

La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales*

*Pedro Nikken***

Lo que en nuestros días se conoce como derechos humanos está referido al reconocimiento de que toda persona humana, por el hecho de serlo, es portadora de atributos autónomos que deben ser reconocidos y protegidos por el Estado. Ellos son inherentes al ser humano y no requieren de ningún título específico para adquirirlos. No resultan de una adjudicación o cesión del Estado, cuya función con respecto a ellos es de reconocimiento, respeto y protección. Basta con ser persona humana para ser titular de los derechos humanos y toda persona humana es titular de esos derechos. Su exigibilidad no depende de su consagración legislativa; por el contrario, históricamente aparecen como atributos que se han hecho valer contra leyes opresivas que los desconocían o menoscababan.

Son derechos subjetivos que emanan de la dignidad humana y que la resguardan, porque ellos combaten la dominación arbitraria y apoyada en desiguales relaciones de poder social, mediante la cual unos seres humanos imponen a otros ser instrumentos de sus propios fines. Hablamos de la ideología universal nacida para encarar la opresión.

* El contenido de este artículo obedece a las exigencias de la programación del XXVIII Curso Interdisciplinario del IIDH.

** Abogado venezolano, integrante del Consejo Directivo del IIDH desde su fundación, del que fue Presidente y actualmente Consejero Permanente. Fue juez y Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Profesor jubilado y ex decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Vicepresidente de la Comisión Internacional de Juristas. Miembro de varios tribunales internacionales de arbitraje. Asesor jurídico de la Secretaría General de las Naciones Unidas para las negociaciones de paz en El Salvador. Ex experto Independiente de la ONU para Derechos Humanos en El Salvador. Miembro del Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos (PROVEA).

La noción de derechos humanos se corresponde con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado. La sociedad contemporánea reconoce que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derechos frente al Estado, derechos respecto de los cuales éste tiene deberes de respeto, protección, promoción o garantía. Debe asimismo, organizar su estructura y su orden jurídico-político a fin de asegurar su plena realización. Ellos también determinan límites y metas de la acción del poder público. Son por lo tanto, indisolubles del concepto de Estado contemporáneo, al menos en todo cuanto su paradigma es el Estado de Derecho.

Esos conceptos fueron expresados sintéticamente en el primer párrafo de la Declaración de Viena y el Programa de Acción¹: “Los derechos humanos y las libertades fundamentales son patrimonio innato de todos los seres humanos; su promoción y protección es responsabilidad primordial de los gobiernos”. Que sean innatos es conceptualmente relevante, pero la nota determinante es que son objeto de protección por parte del Estado y que, si esta falla, hay medios de obtenerla en el ámbito internacional. Antes de abordar el tema general de esta disertación, es decir, a la protección de los derechos humanos, en la segunda parte de esta presentación, me detendré en la primera parte en una apretada sinopsis sobre el advenimiento de los derechos humanos como categoría jurídica. Finalmente me referiré a otro tema, más específico, que me han pedido abordar, como lo haré en la tercera parte de esta disertación, cual es el de la protección de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), que ha sido objeto de controversias conceptuales y prácticas, y que interesa particularmente en el contexto de este XXVIII Curso Interdisciplinario del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, cuyo eje temático es, precisamente, uno de los DESC, el derecho a la educación. Por lo tanto, esta exposición estará dividida en tres partes, a saber: el advenimiento de los derechos humanos; la protección de los derechos humanos; la protección de los derechos económicos, sociales y culturales.

¹ Aprobados por la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos (157/93).

1. El advenimiento de los derechos humanos

Los derechos humanos son de aparición bien reciente, en comparación con el tiempo que llevamos los seres humanos poblando este planeta. Para escudriñar los diferentes mecanismos dirigidos a su protección, es útil indagar antes desde cuándo se reconoce que hay derechos humanos.

Las primeras manifestaciones concretas de declaraciones de derechos individuales, con fuerza legal, fundadas sobre el reconocimiento de derechos inherentes al ser humano que se imponen al Estado como objeto de reconocimiento, respeto y protección, emergen de la Revolución Norteamericana. Un conjunto de circunstancias favoreció su formulación. El pensamiento de Locke², quien por cierto no había preconizado la idea de las declaraciones formales, encuentra campo en una sociedad relativamente poco poblada y con un profundo sentimiento religioso. Los puritanos adherían a alguna forma de libertad de conciencia y estaban persuadidos de que ciertos derechos de la conciencia humana debían imponerse al Estado³. De allí, por una parte, se encontró un vínculo entre la voluntad individual y el gobierno⁴ y se materializó la idea de fundamentarlo sobre la voluntad popular. Por otra parte, se avanzó hacia la defensa de la libertad religiosa, concebida no como una concesión del Estado a sus súbditos sino como un derecho natural del ser humano, que no es proclamado por el gobierno sino por el Evangelio, de modo que resultaba ilegítimo que esa esfera íntima de la libertad se viera limitada por la ley u otros actos del gobierno⁵.

² En Locke, el reconocimiento de que la libertad, la propiedad y la vida son derechos originarios del hombre, no comporta la proposición de formular una declaración de tales derechos, sino más bien de establecer límites al poder legislativo fundados sobre el fin del Estado, que es asegurar el goce de los mismos.

³ Cfr. Morange, J., *Droits de l'homme et libertés publiques*, 4e édition revue et augmentée. PUF, Paris, 1997, pág. 29.

⁴ La Declaración de Independencia de los Estados Unidos expresa esa vinculación cuando postula que la justa autoridad de los gobiernos emana del consentimiento de los gobernados.

⁵ El proscrito Roger Williams fundó la ciudad de Providence (Rhode Island), donde todos los perseguidos por sus creencias podrían encontrar asilo, y se excluyó a la

Estas ideas informan el *Bill of Rights* del Estado de Virginia de 12 de junio de 1776, donde se declaró que “todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los cuales, cuando entran en estado de sociedad, no pueden por ningún pacto privar o desposeer a su posteridad, a saber, el goce de la vida y de la libertad, con los medios para adquirir y poseer la propiedad, y buscar y conseguir la felicidad y la seguridad”⁶. Poco después, la Declaración de Independencia del 4 de julio de 1776 afirmó que “tenemos por evidentes en sí mismas estas verdades: que todos los hombres son creados iguales, que han sido dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para asegurar esos derechos, se instituyen entre los hombres Gobiernos los cuales derivan sus legítimos poderes del consentimiento de los gobernados...”⁷.

Estas declaraciones reconocen derechos individuales del ser humano, inherentes a su condición misma, de modo que las reglas en ellas contenidas están por encima de todo poder legislativo ordinario; y esto no por una cuestión de simple rango formal entre las fuentes del Derecho, sino porque son obra y creación de un Legislador Superior.

A un poco más de una década de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, en lo que sería un hito perdurable de la Revolución Francesa, el 26 de agosto de 1789 la Asamblea Nacional adoptó la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la cual reconoce y declara “que los hombres nacen y permanecen libres

religión y a la conciencia de las materias sobre las que podía legislar la mayoría. Cfr. Jellinek, G., *La Declaration des droits de l'homme et du citoyen*, trad. de G. Fardes, Albert Fontemaing, editor. París, 1902, págs. 61-79.

⁶ “...all men are by nature equally free and independent, and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety.”

⁷ “WE hold these Truths to be self-evident, that all Men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights; that among these are Life, Liberty, and the Pursuit of Happiness. That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just Powers from the Consent of the Governed...”.

e iguales en derechos y que las distinciones sociales no pueden estar fundadas sino en la utilidad común” (artículo 1)⁸; y que “la finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos inalienables e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión” (artículo 2)⁹.

La Revolución de Independencia Latinoamericana también acudió a las declaraciones de derechos como una expresión fundamental de su ideario. Así ocurrió con los Derechos del Pueblo proclamados por el Supremo Congreso de Venezuela el 1º de julio de 1811. El Congreso, dice su Preámbulo, “creyendo que el olvido y desprecio de los derechos del pueblo ha sido hasta ahora la causa de los males que éste ha sufrido por tantos años, ha resuelto declarar, como declara solemnemente ante el universo todo, esos mismos derechos inenajenables, a fin de que todos los ciudadanos puedan comparar continuamente los actos de gobierno con los fines de la institución social”. La Declaración de 1811, a pesar de su denominación referida al “pueblo”, contiene numerosos derechos individuales en el capítulo correspondiente a los Derechos del Hombre en Sociedad¹⁰.

Aquellos procesos revolucionarios fueron el motor para la irrupción histórica de los derechos humanos, en el sentido en que hoy los conocemos, es decir como atributos inherentes a la persona humana que se afirman frente al Estado. Se limitaron entonces a los derechos individuales y las libertades públicas, en nuestros días también designados como derechos civiles y políticos, que atañen a la vida, a

⁸ “Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune”.

⁹ “Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression”.

¹⁰ Cfr. “Derechos del hombre y del ciudadano”, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, Caracas, 1959, en especial el estudio contenido en dicha obra de Pedro Grases, *Estudios sobre los derechos del hombre y del ciudadano*. El autor, que considera la proclamación de los derechos del pueblo como una Declaración de Independencia anticipada (pág. 115), hace un interesante estudio sobre los antecedentes de dicha proclamación, así como otras similares que se produjeron posteriormente. Fue ésta la primera declaración de esa naturaleza en América Latina.

la integridad y a la seguridad de la persona, así como a las libertades fundamentales (de religión, de expresión, de asociación y reunión, de tránsito) y a la participación en el gobierno y el voto. No obstante, en su origen, esos derechos no fueron propiamente universales, pues había importantes grupos excluidos de su ejercicio, si no de su titularidad, al menos parcialmente, como las mujeres y ciertas minorías, en especial determinadas por la raza, origen nacional o estatus económico. Adicionalmente, aquellas revoluciones no alcanzaron a abolir la esclavitud.

Transcurrido más de un siglo, fueron proclamados por primera vez los derechos económicos, sociales y culturales, que se refieren a la existencia de condiciones de vida y de acceso a los bienes materiales y culturales en términos adecuados a la dignidad inherente a la familia humana¹¹. Emergieron por primera vez en la Constitución mexicana de Querétaro de 1917. Poco más tarde fueron incluidos en la Constitución alemana de 1919, la Constitución española de 1931, la Constitución de la URSS de 1936 y la Constitución de Irlanda de 1937, nuevamente entroncados con grandes conmociones políticas y sociales, como lo fueron, respectivamente, la Revolución Mexicana; la proclamación de la República Alemana en Weimar, tras la derrota del Reich en la Primera Guerra Mundial (y la extinción del Imperio Austro Húngaro y del Imperio Otomano, a más del alemán); la proclamación de la Segunda República Española; la Revolución Rusa, y la Independencia de Irlanda. La mayor parte de las constituciones entradas en vigor después de la creación de las Naciones Unidas y la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, consagran el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, junto a los civiles y políticos.

Finalmente, a partir del proceso de descolonización que resultó de la creación de las Naciones Unidas, que trajo consigo la democratización de la comunidad internacional, emergieron lo que se conoce como derechos colectivos, tales como el derecho al desarrollo, a un medio ambiente saludable y a la paz.

¹¹ Este hecho ha sido identificado como el inicio de “la edad social de los derechos humanos”. Cfr. Becet, J. M., y D. Colard, *Les droits de l’homme: Dimensions nationales et internationales*. Economica, París, 1982, págs. 35 y ss.

Por otra parte, las guerras mundiales que estremecieron el siglo XX fueron el factor determinante para la internacionalización de los derechos humanos. La primera manifestación de este hecho trascendental fue la era la Parte XIII del Tratado de Versalles, que puso fin a la I Guerra Mundial, el cual contenía la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, un instrumento fundamental del reconocimiento y la protección de los derechos del trabajador. El Preámbulo de esa Constitución expresa:

Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, contratación de la mano de obra, lucha contra el desempleo, garantía de un salario vital adecuado, protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo, protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, pensiones de vejez y de invalidez, protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero, reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor y del principio de libertad sindical, organización de la enseñanza profesional y técnica y otras medidas análogas...

Dentro del marco de la Organización Internacional del Trabajo, antes y después de la creación de las Naciones Unidas, se han concebido y puesto en vigor numerosas convenciones vinculadas todas, en el más amplio sentido, con la salvaguardia de los derechos humanos¹², como, por ejemplo, la concerniente al trabajo forzado (Convenio 29), de 1930¹³, la relativa a la libertad sindical (Convenio 87), de 1948, o la referida a los pueblos indígenas y tribales (Convenio 167), de 1989.

¹² Cfr. Valticos, N., "OIT", en : Vasak, K. (ed.), *Les dimensions internationales des droits de l'homme*. UNESCO, París, 1978, pág. 442 y ss. Igualmente, Barajas Montes de Oca, S., "La O.I.T. y los derechos humanos del trabajador", en: *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, V. I. Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998, págs. 415-430.

¹³ El 17 de enero de 1959 entró en vigencia una nueva convención sobre abolición del trabajo forzado (Convenio 105), también concebida dentro de la Organización Internacional del Trabajo.

Sin embargo, lo que finalmente condujo a una reacción tangible de la comunidad internacional para instaurar un sistema supranacional de protección de los derechos humanos fue la constatación de los crímenes de lesa humanidad cometidos en la era nazi y, como se verificaría más tarde, también en la estalinista. Podría decirse que la magnitud del genocidio puso en evidencia que el ejercicio del poder público representa un peligro para la dignidad humana, de modo que su control no debe ser prerrogativa excluyente de las instituciones domésticas, sino que deben constituirse instancias internacionales para su salvaguardia. El 26 de enero de 1941 el Presidente Roosevelt proclamó su declaración sobre las cuatro libertades: libertad de opinión y expresión, libertad confesional, derecho a estar al abrigo de necesidades materiales y derecho a la garantía de una vida donde el miedo está excluido. A estas libertades se agregó el derecho al progreso económico y la seguridad social, en la Carta Atlántica suscrita por Roosevelt y Churchill el 14 de agosto de 1941.

Con esos antecedentes, el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas reafirmó “la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres”. El artículo 56 de la misma Carta dispone que “todos los miembros se comprometen a tomar medidas, conjunta o separadamente en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55”, entre los cuales está “el respeto universal de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos”.

Dentro de ese contexto, en 1946, fue creada la Comisión de Derechos Humanos, a la que se encomendó la preparación de un proyecto de declaración internacional. El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos. Meses antes, en la IX Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá, la naciente Organización de los Estados Americanos ya había aprobado la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹⁴.

¹⁴ En la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, conocida como “Conferencia de Chapultepec” (1945) se reconoció la posibilidad

Esas declaraciones, como todos los instrumentos de su género, son actos solemnes por medio de los cuales quienes los emiten proclaman su apoyo a principios de gran valor, juzgados como perdurables. Los efectos de las declaraciones en general, y especialmente su carácter vinculante, no responden a un enunciado único y dependen, entre otras cosas, de las circunstancias en que la declaración se haya emitido y del valor que se haya reconocido al instrumento a la hora de invocar los principios proclamados. Tanto la Declaración Universal como la Americana han tenido gran autoridad. Sin embargo, aunque hay muy buenos argumentos para considerar que han ganado fuerza obligatoria a través de su reiterada aplicación y de la práctica internacional, debe reconocerse que, en general, originariamente carecieron de valor vinculante desde el punto de vista jurídico¹⁵.

Una vez proclamada la Declaración Universal, las Naciones Unidas se propusieron elaborar un tratado o pacto, como paso esencial para la garantía internacional de los derechos humanos. Esa garantía debía plasmarse en el derecho internacional mediante la adopción y puesta en vigor de tratados a través de los cuales las partes se obligaran a respetar los derechos en ellos proclamados y que establecieran, al mismo tiempo, medios internacionales para su tutela. La ruta hacia

de establecer un sistema internacional regional de protección de los derechos humanos y se encomendó al Comité Jurídico Interamericano la preparación de un proyecto de Declaración de los Derechos y Deberes Internacionales del Hombre (Resolución IX [13]). También se aprobó la recomendación de que esa Declaración fuera sometida a una conferencia internacional de juristas americanos, en vista de su adopción como una convención regional (Resolución XL (14), denominada Protección Internacional de los Derechos Esenciales del Hombre).

¹⁵ Cfr. Pinto, M., *Temas de derechos humanos*. Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 1997, págs. 33-43. He estudiado en otra parte el tema del valor original y el valor sobrevenido de las declaraciones. Cfr: *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*. Editorial Civitas/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Madrid, 1987, cap. IV; “La fuerza obligatoria de la Declaración Universal de Derechos Humanos”, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, 75. Caracas, 1990, págs. 329-349; “La Declaración Universal y la Declaración Americana. La formación del moderno Derecho internacional de los derechos humanos”, en: *Revista IIDH*, San José, mayo 1989 (número especial), págs. 65-99; “La fuerza obligatoria de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”, en: *Revista de Derecho Público*, 32. Caracas, 1987, págs. 27-46.

el establecimiento de sistemas internacionales convencionales de derechos humanos ha venido transitándose, si bien de manera desigual, tanto en la esfera de las Naciones Unidas como en los sistemas regionales europeo, americano y africano.

No es materia de esta presentación la de hacer un recuento, y menos aún un análisis, del proceso de internacionalización de los derechos humanos; pero quiero retener un hecho que marcó una diferenciación formal, que no conceptual, entre los derechos civiles y políticos, por una parte, y los derechos económicos, sociales y culturales, por la otra.

En su Quinto Período de Sesiones, la Asamblea General de las Naciones Unidas declaró formalmente que “el goce de las libertades civiles y políticas, así como el de los derechos económicos, sociales y culturales, son interdependientes”; e igualmente, en el Sexto Período, que “el hombre privado de los derechos económicos, sociales y culturales no representa a la persona humana que la Declaración Universal considera como el ideal del hombre libre”¹⁶. En esa perspectiva cabría esperar que la protección de los derechos humanos fuera dividida en varios instrumentos.

Sin embargo, por iniciativa del Consejo Económico y Social, la propia Asamblea General resolvió en 1952 que habría dos pactos: uno relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, y otro a los derechos civiles y políticos.

Esta cuestión estaba llamada a representar uno de los aspectos polémicos que se planteó desde el primer momento, cuyo trasfondo no deja de exhibir connotaciones conceptuales e incluso ideológicas, pero que se manifestó como una cuestión política, dentro del enfrentamiento entre los dos bloques que protagonizaron la llamada Guerra Fría. Se trataba de un asunto capital, atinente al contenido, alcance y entidad de la convención destinada a plasmar un compromiso formal y general de los Estados en materia de derechos humanos. El problema consistía en determinar si la misma debía proteger los derechos económicos, sociales y culturales al igual que los civiles y políticos¹⁷.

¹⁶ Resoluciones 421 (V), Sección E, y 543 (VI).

¹⁷ Cassin, R., “La Commission des Droits de l’Homme de l’ONU”, en: *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*, T. I. Librairie générale de droit et jurisprudence, Paris, 1972, pág. 405.

Llama la atención que, a pesar del reconocimiento de la indivisibilidad física, moral e intelectual de la persona, implícito en la proclamación de su dignidad esencial, se hayan adoptado dos pactos, y no uno, para la protección de los derechos civiles y políticos, por una parte, y de los económicos, sociales y culturales, por la otra. Fue el resultado de la división del mundo en dos bloques, para el momento en que aquel debate tuvo lugar. Para el bloque liderado por los Estados Unidos, el ejercicio de las libertades individuales, en particular la libertad de empresa y las demás libertades económicas dentro de una economía de mercados, cimentaría la prosperidad dentro de la cual las necesidades humanas de naturaleza económica, social y cultural podrían quedar satisfechas. Los DESC no resultaban, dentro de ese concepto, equiparables a los derechos civiles y políticos, pues estos eran verdaderos derechos subjetivos justiciables y exigibles inmediatamente, mientras que los primeros sólo reflejarían aspiraciones, expectativas y metas logrables, no a través del sistema legal sino de los mecanismos propios de la economía y de las políticas públicas en ese ámbito. Para el bloque liderado por la Unión Soviética, en cambio, dominado por la economía estrictamente planificada y centralizada, con vastos programas de asistencia social, si las necesidades socio económicas básicas no estaban resueltas, los derechos civiles y políticos se concretarían en un privilegio para la burguesía y en un espejismo carente de contenido real para las grandes mayorías depauperadas, de modo que los derechos económicos, sociales y culturales no sólo eran derechos subjetivos exigibles, sino aquellos a cuya satisfacción el Estado debía atender con toda prioridad, incluso al precio de restricciones de envergadura a los derechos individuales y las libertades fundamentales¹⁸.

¹⁸ La división en dos Pactos puede ser también vista como la exclusión de los derechos económicos, sociales y culturales de los mecanismos legales de control de los derechos civiles y políticos contemplados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, lo que habría significado una victoria del entonces Bloque Occidental. Cfr. Eide, A. y A. ROSAS, "Economic, Social and Cultural Rights: A Universal Challenge", en: Eide, Krause & Rosas (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights – A Textbook*. Martinus Nijhoff Publishers, 2001, pág. 3.

Como se verá más tarde en esta lección, la pretendida separación entre los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos sociales y culturales es sólo aparente, pues es el producto de una coyuntural confrontación política y carece de fundamentos conceptuales y jurídicos. Basta subrayar, por ahora, que en ausencia de derechos económicos, sociales y culturales, los derechos civiles y políticos corren el riesgo de ser puramente formales; y en ausencia de derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales no podrían ser garantizados por mucho tiempo¹⁹.

Puede sintetizarse la muy breve sinopsis histórica que se ha hecho indicando que la aparición sucesiva de los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos colectivos y la internacionalización de los derechos humanos, con largos intervalos entre ellas, es un encadenamiento progresivo de conquistas, obtenidas todas dentro del contexto de luchas y conmociones signadas por la emancipación contra la opresión. Los derechos humanos se nos presentan así como un concepto dinámico, cuyo alcance ha ido extendiéndose progresivamente a lo largo de la historia, con respecto a la cual a menudo se alude a “generaciones” de derechos humanos, para significar que ellos han aparecido en oleadas, correspondientes a hitos de la humanidad en procura de su liberación contra las diversas formas de opresión. Este enfoque, que reconozco aproximado desde el punto de vista histórico²⁰, es didácticamente útil, pero en ningún caso entraña una sugerencia sobre una jerarquía, entre las distintas “generaciones de derechos humanos”, que sería contraria a la preponderante indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos.

En ese marco es muy sugestiva la propuesta asomada por Carlos Santiago Nino para la fundamentación, o tal vez, la explicación de los derechos humanos. Nino advirtió que los derechos humanos

¹⁹ Van Boven, T., “The Relations between Peoples’ Rights and Human Rights in the African Charter”, en: *Human Rights Law Journal*, 7, 1986.

²⁰ En el plano internacional, por ejemplo, la protección de los derechos del trabajador tuvo su primera manifestación en la antes aludida Constitución de la OIT, parte del Tratado de Versalles. Al menos en ese aspecto, la protección internacional de algunos derechos sociales precedió a la de los derechos civiles y políticos.

son, primero que nada, “uno de los grandes inventos de nuestra civilización”, cuyo reconocimiento efectivo podría parangonarse al desarrollo de las utilidades tecnológicas, las cuales, aunque como la electricidad dependen de hechos naturales, son productos del ingenio humano. Los derechos humanos “constituyen una herramienta imprescindible para evitar un tipo de catástrofe que con frecuencia amenaza la vida humana” como lo es “la práctica de muchos de utilizar a sus congéneres como otro tipo de recursos, sea para asegurar su propio bienestar, sea para materializar una visión peculiar del bien absoluto”, lo cual es especialmente desastroso cuando dicha práctica “es llevada a cabo por los poderosos, por quienes tienen acceso a las armas o a otros medios para someter a sus semejantes a gran escala”²¹. Los derechos humanos pues, se afincan en la moral y son el antídoto inventado por la humanidad para enfrentar la opresión²².

Los derechos humanos son, pues, bienes conquistados. Buena parte de la conquista radica en que ellos se benefician de un régimen de protección, a escala nacional y a escala internacional, materias a las que está dedicado la segunda parte de la presente disertación.

2. La protección de los derechos humanos

Se expondrán a continuación los lineamientos generales de la protección nacional y de la protección internacional de los derechos humanos²³. Sin embargo, para una cabal comprensión de esos

²¹ Nino, C.S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2ª edición ampliada y revisada. Editorial ASTREA, Buenos Aires, 1989, págs. 1-2.

²² Nino propone tres principios de cuya combinación derivan los derechos humanos, a saber: 1) el principio de inviolabilidad de la persona, que prohíbe imponerle sacrificios sólo porque otros se benefician; 2) el principio de autonomía de la persona, que asigna un valor intrínseco a la persecución de planes de vida y de ideales de excelencia; y, 3) el principio de la dignidad de la persona, que prescribe tratar a los seres humanos de acuerdo con sus voliciones y no en relación con otras propiedades fuera de su control. *Ibidem*, pág. 46.

²³ Las fórmulas y mecanismos a través de los cuales se produce esta confluencia entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho constitucional son de diverso tenor; pero su estrecha relación bien podría sentar la base de un “derecho de los derechos humanos” como disciplina en la que se suman ambas vertientes. Sobre el tema, cfr. Ayala, C., “La jerarquía de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”, en: *El nuevo Derecho Constitucional*

lineamientos, así como de otros asuntos que se abordarán en la segunda parte de esta presentación, es útil pasar revista antes a las características de los derechos humanos.

a. Características de los derechos humanos

i. Universalidad

Los derechos humanos corresponden de manera igual a toda persona, sin discriminación alguna y sólo a la persona humana²⁴. Por lo tanto, ellos pueden hacerse valer en la jurisdicción de cualquier Estado, en todo el mundo y frente a todo el mundo²⁵.

Precisamente por ser inherentes a la condición humana, todas las personas son titulares de los derechos humanos y no pueden invocarse diferencias de políticas, sociales, culturales, religiosas, raciales, étnicas, de género ni de ningún otro tipo como pretexto para ofenderlos o menoscabarlos. Ciertas objeciones a la universalidad,

Latinoamericano, V. II. Konrad Adenauer Stiftung, Fundación Pensamiento y Acción, CIEDLA, Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, COPRE. Caracas, 1996, págs. 740-763. Del mismo autor: "Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional", en: *Libro Homenaje a Humberto J. La Roche*. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001.

- ²⁴ El artículo 1(2) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe que "para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano". Sobre la base de una interpretación *a contrario sensu* de dicho texto, parte de la doctrina y la práctica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha concluido que las personas morales están, por el solo hecho de serlo, excluidas del ámbito del sistema de protección establecido por la Convención. Sin embargo, la Corte Interamericana ha flexibilizado esa interpretación al concluir que "en general, los derechos y las obligaciones atribuidos a las personas morales se resuelven en derechos y obligaciones de las personas físicas que las constituyen o que actúan en su nombre o representación" (Corte I.D.H., *Caso Cantos vs. Argentina, excepciones preliminares*, sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C No. 85, párr. 27). De acuerdo con esto, la persona humana sigue siendo el centro de imputación de los derechos humanos, puesto que, en cada situación será necesario examinar el contexto dentro del cual el asunto se presenta y determinar, de acuerdo con el objeto y fin de la Convención, si el interés principal en juego involucra los derechos del "ser humano" reconocidos por ésta.
- ²⁵ También las obligaciones internacionales de los Estados concernientes a los derechos humanos han sido definidas como obligaciones *erga omnes* por la Corte Internacional de Justicia, desde 1970: *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited. Merits*, ICJ Reports, 1970, párrs. 33 y 34.

pretendidamente basadas en la diversidad cultural, inducen a cierta descalificación conceptual de los derechos humanos, presentados como un mecanismo de penetración política o cultural de los valores occidentales. Siempre es posible, por cierto, manipular políticamente cualquier concepto, y es un hecho que a menudo los derechos humanos son invocados desde una perspectiva de doble estándar inaceptable; pero esos descalabros no disminuyen ni lesionan la dignidad simétrica de la persona humana en todo tiempo y lugar.

A pesar del señalado cuestionamiento, y sin duda como el fruto de la persistencia de la opinión pública internacional y de las organizaciones no gubernamentales, la Declaración adoptada en Viena el 25 de junio de 1993 por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, explícitamente afirma que el carácter universal de los derechos humanos y la libertades fundamentales “no admite dudas” (párrafo 1). Aunque la Declaración de Viena admite que “debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos”, también reitera sin remilgos que “los Estados tienen el deber, sean cuales sean sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales” (Párrafo 5).

Una consecuencia de la universalidad ha sido la internacionalización de los derechos humanos²⁶. En efecto, si los derechos humanos son inherentes a la persona como tal, no dependen de la nacionalidad de ésta o del territorio donde se encuentre: los porta en sí misma. Si ellos limitan el ejercicio del poder, no puede invocarse la actuación soberana del gobierno para violarlos o impedir su protección internacional. Los derechos humanos están por encima del Estado y su soberanía; no puede considerarse que se violenta el principio de no intervención cuando se ponen en movimiento los mecanismos organizados por la comunidad internacional para su promoción y protección.

²⁶ He tratado el tema en otra parte: “El Derecho internacional de los derechos humanos”, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, 72. Caracas, 1989. También en *Código de Derechos Humanos*. Ed. Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, “Estudio Preliminar”, y en Buergethal, T., C. Grossman y P. Nikken, *Manual internacional de derechos humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Editorial Jurídica Venezolana, Caracas/San José, 1990, págs. 171-186.

ii. Indivisibilidad e interdependencia

Los derechos humanos son indivisibles como indivisible es la dignidad humana. No se admiten desmembraciones ni jerarquías entre los derechos humanos, de modo que no puede afirmarse que alguno sea no substancial o de importancia menor. Tampoco es admisible, en el plano conceptual y de principios, que se respeten unos derechos, mientras se vulneran otros: no cabe hacer distinciones entre las fuentes de ofensa a la dignidad humana, que es el bien esencial que forma el objeto de los derechos humanos. Ellos son, por el contrario, interdependientes, porque la violación de uno acarrea a menudo la violación de otros, como ocurre, por ejemplo, con el derecho a la participación política si son vulneradas la libertad de expresión o la de asociación; o con el derecho a la vida si no son satisfechos el derecho a la salud o a la alimentación.

En ese sentido, la separación entre derechos civiles y políticos, por una parte, y derechos económicos, sociales y culturales, por la otra, es un extravío que sólo se explica por razones políticas y por la coyuntura histórica presente cuando se discutieron los Pactos de las Naciones Unidas (v. *supra*), pero que, como se verá luego, carece de fundamento conceptual. Igualmente, la distinción que se hace entre “tres generaciones de derechos humanos”²⁷ sólo es admisible didácticamente, pero no como una cuestión de concepto.

iii. Inalienabilidad e imprescriptibilidad

Los derechos humanos pertenecen inseparablemente a cada persona, para siempre. Nadie puede ser despojado de sus derechos humanos, bajo ninguna circunstancia. Esto no impide que los derechos humanos estén sujetos a limitaciones legítimas y compatibles con ellos, tanto ordinariamente como bajo circunstancias de excepción.

iv. Irreversibilidad

Una vez que un determinado derecho ha sido formalmente reconocido como inherente a la persona humana queda definitiva e irrevocablemente integrado a la categoría de aquellos derechos cuya

²⁷ Derechos civiles y políticos (1), derechos económicos, sociales y culturales (2) y derechos colectivos (3).

inviolabilidad debe ser respetada y garantizada. La dignidad humana no admite relativismos, de modo que sería inconcebible que lo que hoy se reconoce como un atributo inherente a la persona, mañana pudiera dejar de serlo por una decisión gubernamental.

Este carácter puede tener singular relevancia para determinar el alcance de la denuncia de una convención internacional sobre derechos humanos (hasta ahora muy raras), en los casos en que la denuncia está permitida. En efecto, la denuncia no debe tener efecto sobre la calificación de los derechos que en él se han reconocido como inherentes a la persona. El denunciante sólo se libraría, a través de esa hipotética denuncia de los mecanismos internacionales convencionales para reclamar el cumplimiento del tratado, pero no de que su acción contra los derechos en él reconocidos sea calificada como una violación de los derechos humanos; y aún eso, sólo con efectos futuros.

Cuando un derecho ha sido reconocido por una ley, un tratado o por cualquier otro acto del poder público nacional como “inherente a la persona humana”, la naturaleza de dicho derecho se independiza del acto por el que fue reconocido, que es meramente declarativo. La tutela debida a tal derecho se fundamenta en la dignidad humana y no en el acto por el cual el mismo fue reconocido como inherente a dicha dignidad. En adelante, merecerá protección propia de los derechos humanos de manera definitiva e irreversible, aun si el acto de reconocimiento queda abrogado o, si se trata de una convención internacional, la misma es denunciada.

v. Progresividad²⁸

Como los derechos humanos son inherentes a la persona y su existencia no depende del reconocimiento de un Estado, siempre es posible extender el ámbito de la protección a derechos que anteriormente no gozaban de la misma. Ha sido así como se ha ensanchado sucesivamente el ámbito de los derechos humanos y su protección, tanto a nivel doméstico como en la esfera internacional.

²⁸ Sobre esta nota gira el análisis del sistema internacional de protección internacional de los derechos humanos contenida en mi libro *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo...*

Una manifestación de esta particularidad aparece en la antes aludida cláusula de apertura constitucional que, con matices, expresa que la enumeración constitucional de los derechos humanos es meramente enunciativa y no taxativa, pues no excluye la protección de otros derechos inherentes a la persona humana que no figuran expresamente en el texto constitucional²⁹. Esto, como se dijo, abre extraordinarias perspectivas de integración del derecho internacional de los derechos humanos al derecho interno, pues, en los países cuyas constituciones contienen una disposición como la comentada, la adhesión del Estado a la proclamación internacional de un derecho como “inherente a la persona humana” abre las puertas para la aplicación de dicha disposición³⁰. En tal supuesto, los derechos humanos internacionalmente reconocidos deben tener la supremacía jerárquica de los derechos constitucionales y estar bajo la cobertura de la justicia constitucional.

Otro elemento que muestra cómo la protección de los derechos humanos se plasma en un régimen que es siempre susceptible de ampliación, mas no de restricción, y que también atañe a la integración de la regulación internacional entre sí y con la nacional. La mayoría de los tratados sobre derechos humanos incluyen una cláusula según la cual ninguna disposición convencional puede menoscabar la protección más amplia que puedan brindar otras normas de derecho interno o de derecho internacional. En esa dirección, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que, “si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana”³¹. Este principio representa lo que se ha llamado la “cláusula del individuo más favorecido”³².

²⁹ Cfr. Carpio Marcos, E., “El significado de la cláusula de los derechos no enumerados”, en: *Cuadernos Constitucionales*, No. 3. México, 2000.

³⁰ Cfr. Jiménez De Aréchaga, E., “La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno”, en: *Revista IIDH* (enero-junio, 1988) 7. San José, págs. 25-41.

³¹ Corte I.D.H., *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre derechos Humanos)*, opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 52.

³² Cfr. Vasak, K. (ed.), *Les dimensions internationales des droits de l'homme...* pág. 710.

La progresividad no debe entenderse como una nota de la exigibilidad de los derechos humanos, en el sentido de que ésta nos sería inmediatamente realizable. Por el contrario, una vez identificado un derecho determinado como “inherente a la dignidad de la persona humana”, éste merece protección inmediata como tal. La progresividad, como aquí la entendemos, lo que denota es que la “aparición”, es decir, el reconocimiento de los derechos humanos se ha ampliado progresivamente y que esa ampliación es irreversible. Asimismo, que el número y el vigor de los medios de protección también ha crecido de manera progresiva e igualmente irreversible, porque en materia de derechos humanos, toda regresividad es ilegítima.

Estas características de los derechos humanos están presentes y explican sus mecanismos de protección, tanto a escala nacional como a escala internacional.

b. La protección de los derechos humanos en la jurisdicción interna

i. El Estado garante: los derechos humanos como condición para el ejercicio legítimo del poder público

El Estado de Derecho y la sociedad democrática son indisociables de un marco jurídico y político signado por la supremacía de los derechos humanos. No tan sólo porque el ejercicio del poder no debe menoscabar de manera arbitraria el efectivo goce de los derechos humanos, sino porque, dentro del constitucionalismo democrático, el norte de la actividad gubernativa debe estar enderezado hacia la preservación de los derechos humanos de todos. El Estado es el garante de los derechos humanos, tanto en la esfera doméstica como frente al derecho internacional.

La función del Estado como garante de los derechos humanos es cardinal en el concepto de Estado de Derecho. Ciertas instituciones constitucionales fundamentales, como la separación de poderes del Estado y la reserva legal³³, son otras tantas garantías genéricas para

³³ Cfr. Corte I.D.H., *La expresión «leyes» en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, opinión consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A, No. 6.

los derechos humanos, pero distan de expresar el alcance del papel del Estado a este respecto en el constitucionalismo democrático. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha descrito los deberes del Estado en este particular de la manera más amplia, expresando que:

Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos³⁴.

Este es un punto crucial con respecto al cual no deben hacerse concesiones conceptuales. Es cierto que en la sociedad contemporánea han aparecido nuevos centros de poder –como las grandes empresas mundiales o transnacionales– y nuevas fuentes de violencia –como las diversas manifestaciones de violencia política, incluido el terrorismo o el crimen organizado. Esto, sin embargo, no puede servir como pretexto para aliviar al Estado de sus responsabilidades concernientes a los derechos humanos³⁵. Los centros de poder distintos del Estado tienen fijados límites a su actuación en virtud de los derechos humanos porque deben sujetar su conducta al orden jurídico del Estado, el cual debe asegurar el respeto y la protección de la dignidad de todas las personas que están bajo su jurisdicción. Compete entonces al Estado marcar los límites de cualquier centro de poder que pueda ofender la dignidad humana, e incluso imponer obligaciones destinadas a satisfacer ciertos derechos humanos. Para esa tarea, el Estado dispone de medios en el ámbito de su propia jurisdicción y, si éstos se revelan insuficientes en la práctica, tiene el derecho y el deber de acudir a los diversos recursos que proporciona la diplomacia y la cooperación internacional para construir acciones concertadas con otros gobiernos, a fin de hacer frente a situaciones de la naturaleza apuntada. Lo que resulta inadmisibles es que el Estado pretenda escudarse en su propia

³⁴ Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*, sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C. No. 4, párr. 166; también párrs. 164-177; Corte I.D.H., *Caso Godínez Cruz*, sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C. No. 5, párr. 175; también párrs. 173-188.

³⁵ Lo que no excluye la responsabilidad de las empresas por su participación en violaciones de los derechos humanos. Cfr. International Commission of Jurists, *Corporate Complicity & Legal Accountability*, V. 3. Ginebra, 2008.

impotencia frente a centros de poder particulares como justificativo para las ofensas a la dignidad humana cometidas dentro de su jurisdicción.

Más claro aún es el papel del Estado frente a los abusos de los que pueda ser víctima una persona sujeta a su jurisdicción y que se originen en acciones atribuidas a particulares. Es muy amplia la gama de situaciones en que un cuadro semejante puede configurarse, pero en cualquier escenario la respuesta ha de ser siempre la misma: el Estado es el garante de la legalidad y el exclusivo depositario de la coacción. Es el custodio de los bienes sociales fundamentales, entre los cuales está la integridad de los atributos inherentes a la dignidad humana. Sólo a él corresponde proteger esos atributos, investigar y reprimir, si fuera el caso, los actos que los mancillen y disponer las reparaciones adecuada para las víctimas. Esa es una función indeclinable del Estado de Derecho al cual se corresponde, al menos parcialmente, uno de los derechos humanos universalmente reconocidos, como lo es el derecho a un recurso efectivo que ampare a la víctima de una violación de sus derechos fundamentales. La inexistencia o inutilidad de ese recurso es lo que culmina la configuración de una violación de los derechos humanos, especialmente cuando la agresión originaria emana de un particular³⁶.

³⁶ En el campo de la responsabilidad internacional, existen, es cierto, situaciones limítrofes, especialmente en el ejercicio de la violencia política. Los grupos insurgentes armados que controlan de una manera estable áreas territoriales o, en términos generales, ejercen de hecho autoridad sobre otras personas, poseen un germen de poder público que están obligados, lo mismo que el gobierno regular, a mantener dentro de los límites impuestos por los derechos humanos, más allá incluso de las prescripciones del Derecho internacional humanitario. De no hacerlo no sólo estarían violando el orden jurídico del Estado contra cuyo orden político insurgen, sino también los derechos humanos. Puede incluso considerarse que quienes se afirman en posesión de tal control, aun si no lo tienen, se están auto imponiendo los mismos límites en su tratamiento a las personas sobre las que mantienen autoridad. Por lo demás, aplicando principios extraídos de la teoría de la responsabilidad internacional, si un grupo insurgente conquista el poder, son imputables al Estado las violaciones a obligaciones internacionales –incluidas las relativas a derechos humanos– cometidas por tales grupos antes de alcanzar el poder (el artículo 11 de los artículos sobre responsabilidad internacional aprobados por la Comisión de Derecho Internacional y formalmente recibidos por la Asamblea General de la ONU [AG/RES/56/83. 28 de enero de 2002], expresa: “Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un movimiento insurreccional que se convierta en el nuevo

En la esfera del derecho internacional, por ejemplo, las omisiones del Estado en la prevención e investigación de situaciones ofensivas de los derechos humanos de personas bajo su jurisdicción y los defectos en la organización del poder público para respetar y garantizar esos derechos, pueden traducirse en la atribución al Estado de la responsabilidad por hechos originados en particulares o en agentes que no actuaban formalmente investidos de funciones oficiales. Tales deberes no dependen

...de que los responsables de las violaciones de estos derechos sean agentes del poder público, **particulares, o grupos de ellos**, ya que según las reglas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la acción u omisión de cualquier autoridad pública constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención³⁷. (Énfasis añadido.)

Las particularidades del derecho de los derechos humanos como derecho protector acarrearán que la atribución al Estado de actuaciones de particulares resulte más natural de lo que se pauta en el derecho internacional general, pues deriva directamente, por una parte, de la obligación a cargo de los Estados de garantizar el pleno disfrute de los derechos humanos a toda persona bajo su jurisdicción y, por lo tanto, de prevenir y establecer responsabilidades para las lesiones que se originen incluso fuera del aparato del Estado³⁸; y, en segundo

gobierno del Estado". Pero, en general, es un error atribuir a todo ejercicio de violencia política, aun si tipifica un gravísimo delito internacional, la configuración de una violación de los derechos humanos. La responsabilidad por la efectiva vigencia de los derechos humanos incumbe exclusivamente al Estado, entre cuyas funciones primordiales está la prevención y la punición de toda clase de delitos.

³⁷ Corte I.D.H., *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 71; Corte I.D.H., *Caso Juan Humberto Sánchez*, sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 142, y Corte I.D.H., *Caso "Cinco Pensionistas"*. sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 163.

³⁸ Por lo demás, es también un principio general de Derecho internacional consuetudinario que se deben atribuir al Estado como causados por su hecho ilícito, aquellos daños que resulten de haber omitido el Estado la prevención de dicho daño, a pesar de que sabía o tenía que saber de la situación peligrosa a la que estaba expuesta la víctima, tal como lo decidió la Corte Internacional de Justicia en el caso Corfu Channel y en otros posteriores. En Corfu Channel, la Corte Internacional de Justicia declaró a Albania responsable por no

lugar, de la naturaleza de los derechos humanos y de las correlativas obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos, que son exigibles *erga omnes*, como lo reconoció hace ya tiempo la Corte Internacional de Justicia³⁹ y lo ha reiterado la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

... las obligaciones *erga omnes* de respetar y hacer respetar las normas de protección, a cargo de los Estados Partes en la Convención, proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales. **La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes**, esas obligaciones *erga omnes* contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención⁴⁰. (Énfasis añadido.)

La función del Estado como garante no se agota, empero, en la provisión de recursos para la determinación de las diversas responsabilidades de naturaleza legal en las que pueda incurrir quien atente contra los derechos humanos, ni en el campo de los recursos o garantías judiciales enderezadas a proteger los derechos humanos. Como se ha notado antes, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha descrito los deberes del Estado en este particular de la

haber advertido a terceros Estados sobre la existencia de minas en sus aguas territoriales, la cual Albania sabía o tenía que saber, porque el minado no podía escapar al conocimiento de las autoridades albanesas. *Corfu Channel. Merits*. I.C.J. Reports 1949, pág. 3, párrs. 23 y 24. En el caso *Diplomatic and Consular Staff*, la Corte concluyó que la responsabilidad de Irán estaba determinada por la “inacción” de las autoridades cuando omitieron adoptar las “medidas apropiadas” en circunstancias en las cuales era evidente que debían hacerlo. *Diplomatic and Consular Staff*. I.C.J. Reports 1980, pág. 3; párrs. 63 y 67.

³⁹ “En vista de la importancia de los Derechos implicados, puede considerarse que todos los Estados tienen interés legal en su protección; son obligaciones *erga omnes*... Tales obligaciones derivan por ejemplo, en el Derecho internacional contemporáneo de los actos ilegales de agresión, del genocidio, y también **de los principios y reglas concernientes a los derechos fundamentales de la persona humana**”. (ICJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*. Judgment, ICJ Reports, 1970, párrs. 33 y 34. Énfasis añadido.)

⁴⁰ Corte I.D.H., *Caso de la “Masacre de Mapiripán”, sentencia de 15 de septiembre de 2005*. Serie C No. 134, párr. 111.

manera más amplia⁴¹. Se trata de puntos cruciales, no de una mera reminiscencia para preservar las nociones sobre las que se fundó la irrupción histórica de los derechos humanos, o al concepto de ellos como un antídoto contra la opresión y los abusos de poder. Es esta una materia en la que entran en juego principios centrales del Estado de Derecho, como los son el rango constitucional de los derechos humanos y la supremacía de la Constitución. En el Estado de Derecho, las leyes y el orden jurídico todo deben sujetarse a las exigencias impuestas por la preeminencia de los derechos humanos; y la maquinaria del poder público, en su organización y funcionamiento, no sólo debe abstenerse de lesionar los derechos humanos sino que debe orientarse su actuación hacia su protección, garantía y satisfacción.

Los derechos humanos tienen, por lo tanto, una vocación universalizante con respecto a todas las actuaciones del Estado. Son al mismo tiempo límites y lineamientos para el ejercicio del poder público. Tratando entonces de focalizar, entenderemos por protección de los derechos humanos en la jurisdicción interna la actividad de los órganos del Estado enderezada a atender las violaciones o amenazas de esas violaciones. En ese ámbito, a su vez, puede distinguirse entre la protección judicial de los derechos humanos y su protección por medios no judiciales.

ii. La protección judicial

Los derechos humanos son derechos constitucionales y gozan, por lo tanto, de la protección de la justicia constitucional. Las modalidades de esa protección pueden variar según el modelo de justicia constitucional adoptado por cada Estado, de modo que la consideración particular de cada modelo desborda los límites de esta presentación.

De manera general, puede afirmarse que los actos del poder público, sean de efectos generales o de efectos particulares, que violen los derechos humanos protegidos por la Constitución están viciados de nulidad por inconstitucionalidad. Frente a ellos podrá hacerse valer el

⁴¹ Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*, sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C. No. 4, párr. 166; también párrs. 164-177; Corte I.D.H., *Caso Godínez Cruz*, sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C. No. 5, párr. 175; también párrs. 173-188.

sistema de control de constitucionalidad que el orden jurídico interno establece, sea por vía de acción de inconstitucionalidad, sea por vía de defensa o excepción, enervando, en un caso concreto, la aplicación del dispositivo inconstitucional, particularmente en aquellos Estados donde existe el llamado control difuso de constitucionalidad.

El medio específico de protección de los derechos humanos en la justicia constitucional, particularmente en América Latina, es el **amparo**⁴², institución de origen mexicano⁴³, conocida en general por esa designación, pero también por la de **tutela** (Colombia), **recurso de protección** (Chile) o **mandado de segurança** (Brasil). El amparo tiene por objeto procurar el restablecimiento del derecho o libertad que hayan sido objeto de violación, a través de un procedimiento judicial especial, sencillo y sumario. En términos generales, está recogido en el artículo 25(1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴⁴, a cuyo tenor,

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, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales⁴⁵.

⁴² Cfr. Brewer-Carías, A., *El amparo a los derechos y garantías constitucionales (una aproximación comparativa)*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993; *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study of the Amparo proceeding*. Cambridge University Press, New York, 2008. Comisión Andina de Juristas, *Los procesos de amparo y hábeas corpus. Un análisis comparado*. Lima, 2000.

⁴³ Cfr. Fix-Zamudio, H., *El juicio de amparo*. Editorial Porrúa, México, 1964; *Ensayos sobre el derecho de amparo*. UNAM, México, 1993.

⁴⁴ Cfr. Ayala Corao, C., “Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos”, en *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio...* págs. 341-373.

⁴⁵ En un sentido menos contundente, pero con la misma dirección, el artículo 2(2) (a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “(t)oda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales”.

El amparo se presenta, pues, con una doble vertiente o naturaleza⁴⁶. Por una parte es, en sí mismo, un derecho constitucional, un derecho humano y, por la otra, es también un recurso judicial, pues se trata del derecho de toda persona a la protección judicial contra las violaciones a sus derechos humanos, mediante un recurso “sencillo y rápido”.

El propósito fundamental del amparo es el restablecimiento del derecho o libertad conculcados. La tendencia tradicional, vigente en numerosos países, es la de concebir el amparo como acción meramente interdictal. Es decir, limitada al efecto restablecedor, sin entrar a condenas pecuniarias ni a la determinación de indemnizaciones por los daños no resueltos con el restablecimiento del derecho violado. En estos casos, esa justa indemnización debe obtenerse a través del procedimiento judicial ordinario aplicable a cada caso. Sin embargo, también se advierte una tendencia favorable en ciertos países, particularmente por imperativo de su particular organización en materia de justicia constitucional, en los cuales el amparo puede conducir a un pronunciamiento judicial definitivo, que incluye condenas patrimoniales⁴⁷.

El amparo es un remedio de orden constitucional, específico para las violaciones a los derechos fundamentales. Su existencia y procedibilidad, sin embargo, no constituyen un obstáculo de principio para hacer valer por la vía ordinaria que corresponda la responsabilidad del agente de una violación de los derechos humanos. La compatibilidad y, en su caso, la complementariedad, entre el amparo y la vía ordinaria dependerán de la regulación de estas materias en el orden jurídico de cada Estado, de modo que no las abordaremos en esta presentación, que es general por definición.

iii. La protección por medios no judiciales. El *ombudsman*

Como se ha dicho, los derechos humanos deben ocupar un papel central en la acción y la organización del Estado. La protección de los

⁴⁶ Cfr. Brewer-Carías, A., *El amparo a los derechos y garantías constitucionales...* pág. 19 y ss.

⁴⁷ Cfr. Canova González, A., “Protección de los derechos constitucionales en los países de Iberoamérica”, en: *El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, T. I. Civitas Ediciones SL, Madrid, 2003, págs. 1118-1119.

derechos humanos no se limita a la esfera de lo judicial. Ella incluye a todas las ramas del poder público. Al órgano legislativo, obligado a adecuar el derecho interno al derecho internacional de los derechos humanos⁴⁸ y a la Constitución. A la administración pública, que debe organizarse atendiendo a las necesidades individuales y colectivas en materia de derechos humanos, particularmente en lo que toca a los servicios públicos y a la policía.

Más allá de esa consideración general, una mención especial la merece la institución del *ombudsman*, originada en Suecia pero recibida en las últimas décadas en numerosos países, especialmente en América Latina, en consonancia con el florecimiento de la democracia a fines del siglo XX, aunque en ninguno de nuestros países se adoptó el nombre escandinavo original, sino más bien, en general, el del “Defensor del Pueblo”, tomado de la Constitución española (así lo han hecho Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela), o “Defensor de los Habitantes” (Costa Rica) o el de “Procurador de Derechos Humanos” (Guatemala, El Salvador), o incluso “Comisión Nacional de los Derechos Humanos” (México)⁴⁹.

El *ombudsman*, en su origen, es una suerte de intermediario entre la administración pública y la ciudadanía, cuyas quejas recibe y les

⁴⁸ He tratado el tema en otra parte: Nikken, P., “El deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos hasta las fronteras del Pacto de San José”, en: *El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI...*, T. III... págs. 2444-2459; también en *La garantía internacional de los derechos humanos*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, págs. 36-57.

⁴⁹ Sobre el tema, cfr. Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo (2º: 2005 abr. 27-30, Ciudad de México); Islas Colín, A. y M.A. Islas Colín, “El *ombudsman*: control no jurisdiccional y protección de derechos humanos”, en: *Ombudsman local*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F., 2005, disponible en línea al 7/10/2010: <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2359/12.pdf>; García Sayán, D., “Defensoría del Pueblo”, en: *Diccionario electoral*. IIDH, San José, disponible en línea al 7/10/2010: http://www.iidh.ed.cr/comunidades/redelectorado/docs/red_diccionario/defensoria%20del%20pueblo.htm; Maiorano, J. L., “El defensor del pueblo en América Latina: la necesidad de fortalecerlo”, en: *Revista Inter-Forum*, disponible en línea al 7/10/2010: <http://www.revistainterforum.com/espanol/articulos/101501artprin.html>. Comisión Andina de Juristas, *Defensoría del Pueblo: análisis comparado*, Lima, set. 1996. Córdoba, J., *El Defensor del Pueblo: antecedentes, desarrollo y perspectivas de la institución del Ombudsman en Colombia*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Santafé de Bogotá, 1992.

da curso de una manera más bien informal y pedagógica, no conten- ciosa, en búsqueda de mejorar por la persuasión la conducta de la administración y de resolver así las quejas que ha recibido, incluida la promoción de arreglos amigables que las solventen. Es de la esencia de la institución el que carece de atributos coercitivos, y funda sus resultados en la persuasión y en la autoridad moral de la institución misma y de su titular. Es también de la esencia de la institución su independencia de las otras ramas del poder público, incluso de aquella de la cual emana su nombramiento. Por tanto, si la autoridad moral o la independencia de la institución están en cuestión ante la sociedad, ella pierde buena parte de su utilidad práctica.

Aunque en su origen la actividad del *ombudsman* apuntaba hacia la supervisión de la actuación de la administración y la formulación de las recomendaciones pertinentes, su aparición en América Latina coincide con el establecimiento de la democracia en numerosos países que vivían bajo regímenes militares por largos años, si es que no a casi todo lo largo de su historia. Las violaciones a los derechos humanos ocurridas bajo esos regímenes militares imponían para la nueva era las mayores prevenciones relacionadas con su promoción y protección. Fue así como el *ombudsman* latinoamericano fue concebido con la función dual de supervisar el buen funcionamiento de la administración y atender los reclamos de quienes se sintieran afectados por sus deficiencias, pero también el de ocuparse de la situación de los derechos humanos, con diversas tonalidades y grados de competencia, pero siempre dentro del concepto de ser un medio no coercitivo e informal, que procuraba soluciones aceptadas y no impuestas.

En materia de protección de los derechos humanos, en sentido estricto, el *ombudsman* latinoamericano recibe reclamos en los que se patentiza una violación de los derechos humanos y les da el curso que las circunstancias del caso ameriten. Los hechos denunciados pueden ser de la más variada naturaleza, desde despidos injustificados hasta malos tratos por la policía; desde la negativa a atender a un enfermo en un hospital hasta la demolición arbitraria de viviendas o su desalojo. Dada la informalidad de la gestión, no es sencillo

sistematizar su práctica, puesto que la sistematización podría atentar contra la informalidad. Se trata, en todo caso, de un instrumento todavía novedoso en la región, cuyas características le permiten cumplir una función de gran utilidad dentro del Estado, si el Estado la toma en serio.

Habiendo ahora pasado revista a la protección de los derechos humanos en el ámbito interno, me referiré brevemente a su protección internacional.

c. La protección internacional de los derechos humanos

La protección internacional de los derechos humanos ha dado origen al derecho internacional de los derechos humanos, sobre cuyas características me detendré un momento. Inmediatamente después me referiré sintéticamente a los sistemas de protección internacionales, y a sus diferentes órganos y métodos de trabajo. Por último haré mención de una institución en la que de algún modo se topan la protección doméstica y la internacional, como lo es la regla del previo agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna.

i. Características del derecho internacional de los derechos humanos

Resumo a continuación, sucintamente, las características que mejor singularizan al derecho internacional de los derechos humanos⁵⁰:

- a. El derecho internacional de los derechos humanos es un derecho ideológico, en el sentido de que parte de la noción de la superioridad de los atributos inherentes a la dignidad humana, cuya inviolabilidad debe ser respetada en todo momento por el Estado. Las bases filosóficas de esa idea pueden ser de la más diversa índole y hasta contradictorias, pero el concepto de la preeminencia de la dignidad inherente a la persona se nos presenta como un acervo de la civilización, como un todo que aspira expresar una ideología común de la humanidad.

⁵⁰ En, general, se extraen del resumen hecho por Vasak, K. en *Les dimensions internationales des droits de l'homme...* pág. 708 y ss.

- b. El derecho internacional de los derechos humanos es complementario del derecho interno. Como se ha visto, las primeras instituciones jurídicas orientadas hacia la afirmación y defensa de los derechos humanos frente al Estado se originan en el derecho constitucional. El derecho internacional se ocupa del tema ante la verificación de que, en la práctica, especialmente cuando el poder se ejerce de modo arbitrario, los recursos del derecho interno son a menudo ilusorios para salvaguardar a la víctima indefensa y de que la ofensa a los valores superiores de la dignidad humana, donde quiera que se cometa, afecta a la humanidad como un todo.
- c. De allí se sigue, en primer lugar, que el derecho internacional de los derechos humanos, pueda considerarse como derivado del derecho interno, de donde se nutre, especialmente en lo que toca a la definición del alcance y contenido de los derechos protegidos. Esto explica igualmente que el régimen de protección internacional sea, en cierta medida, subsidiario del establecido por el derecho interno, en el sentido de que tanto en el interés de la víctima de una lesión a sus derechos, como en el del Estado involucrado en el caso, está que la situación pueda restablecerse y los daños repararse a través de los medios que proporciona el derecho interno, y que sólo si éstos fracasan, no existen o son ilusorios, pueda acudir a la protección internacional. Así, en virtud de las convenciones protectoras, el Estado asume el deber de proporcionar recursos internos eficaces para la tutela de los derechos humanos, pero tiene también el derecho, con las limitaciones que emanan del derecho internacional general, a que se agoten los recursos de la jurisdicción nacional antes de acudir a la instancia internacional.
- d. El derecho internacional de los derechos humanos ofrece una garantía mínima. Numerosos tratados sobre derechos humanos contienen el reconocimiento de que la salvaguarda por ellos ofrecida representa una suerte de garantía mínima, que no pretende agotar el ámbito de los derechos humanos que merecen protección. Esta idea, que está presente incluso en antecedentes precursores de los regímenes actuales, se encuentra estrechamente vinculada con el carácter complementario del sistema internacional de protección respecto del interno, que lo presenta como una garantía adicional

sobre la que deben ofrecer las leyes domésticas. Nada obsta a que el ámbito de la protección internacional pueda ser más estrecho que el dispuesto por el derecho nacional, mientras que, en cambio, si el orden jurídico interno no ofrece garantía suficiente para los derechos internacionalmente protegidos, sí se estaría infringiendo el derecho internacional. Los tratados ofrecen así un régimen que es siempre susceptible de ampliación, mas no de restricción.

De esto se sigue que ninguna disposición de un tratado puede menoscabar la protección más amplia que brindan otras normas, sean de derecho interno o de derecho internacional. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, en esa dirección, que “si en una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana”⁵¹. Este principio representa lo que antes he aludido como “cláusula del individuo más favorecido”⁵², que es capital a la hora de interpretar un tratado sobre derechos humanos.

- e. El derecho internacional de los derechos humanos es un derecho protector. El objeto y fin de los tratados de derechos humanos es, en general, la protección de tales derechos en favor de toda persona sometida a la jurisdicción de los Estados partes. Como los tratados deben interpretarse “teniendo en cuenta su objeto y fin” (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 31.1) esta nota de la naturaleza del derecho internacional de los derechos humanos ha sido la base para la adopción de criterios teleológicos de interpretación que podrían configurar una suerte de método humanitario, destinado a determinar el alcance de los tratados en la forma más adecuada a su propósito, que es la protección de los derechos fundamentales. Por otra parte, una rápida evolución ha ido abriendo paso al sujeto de la protección, es decir, al individuo para que haga valer por sí mismo sus derechos

⁵¹ Corte I.D.H., *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 52.

⁵² Vasak, K. en *Les dimensions internationales des droits de l'homme...* pág. 710.

y para que invoque directamente el auxilio de las instituciones internacionales de protección, a través de sistemas de denuncias, quejas o peticiones que han abierto nuevas perspectivas en el derecho internacional contemporáneo.

Y, finalmente, de nuevo,

- f. La progresividad. El desarrollo de la protección internacional de los derechos humanos demuestra la existencia de una tendencia manifiesta hacia la extensión de su ámbito de modo continuado e irreversible, tanto en lo tocante al número y contenido de los derechos protegidos como en lo que se refiere a la eficacia y el vigor de las instituciones internacionales de protección.

Esta, en verdad, no es una nota exclusiva del derecho internacional de los derechos humanos. Es una característica de los derechos humanos mismos. También está presente a menudo en lo que podría llamarse el derecho protector, como el derecho del trabajo, que se ha abierto paso a través de la ilegalidad, o el derecho de niños y adolescentes. También el derecho internacional ha comprobado su progresividad en los últimos cincuenta años, en los cuales ha permeado áreas relevantes de la vida social. El derecho mismo también se acompasa con la historia. Como elocuentemente lo ha expresado Carbonnier, el derecho es “sinuoso, caprichoso, incierto... Demasiado humano para pretender el absoluto de la línea recta”⁵³.

- ii. El sistema universal y los sistemas regionales de protección y promoción de los derechos humanos

El sistema universal de derechos humanos: los pactos y tratados de las Naciones Unidas y el sistema universal extra convencional

El sistema convencional

En medio de las dificultades que se han comentado antes, originadas en los conceptos contrapuestos que signaron la Guerra Fría, en 1966 finalmente la Asamblea General aprobó y abrió a la firma y ratificación el Pacto Internacional de Derechos Económicos,

⁵³ Carbonnier, J., *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, octava edición (prefacio a la primera edición). L.G.D.J., París, 1995.

Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Protocolo Facultativo de éste, que permite el trámite de denuncias individuales de violación a los derechos humanos. El Pacto Internacional relativo a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) entró en vigencia el 3 de enero de 1976, mientras que el Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Protocolo Facultativo⁵⁴ lo hicieron el 23 de marzo del mismo año⁵⁵. El 10 de diciembre de 2008 se adoptó el Protocolo Facultativo al PIDESC⁵⁶, que no ha entrado en vigencia para la fecha de esta publicación. Antes de los pactos se había adoptado, el 21 de diciembre de 1965, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, que entró en vigor el 4 de enero de 1969.

En los años que siguieron, dentro del ámbito de las Naciones Unidas fueron adoptados otros tratados fundamentales para la conformación del sistema convencional universal de derechos humanos. La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979) y su Protocolo Facultativo (1999)⁵⁷; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984) y su Protocolo Facultativo (2002)⁵⁸; la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) y sus dos

⁵⁴ El Protocolo Facultativo al PIDCP establece un procedimiento internacional de protección a través de denuncias o comunicaciones individuales.

⁵⁵ Más tarde (1989) se adoptó un Segundo Protocolo Facultativo, relativo a la abolición de la pena de muerte, que entró en vigencia el 11 de julio de 1991.

⁵⁶ El Protocolo Facultativo al PIDESC establece dos sistemas internacionales de protección, uno basado en denuncias o comunicaciones individuales y otro basado en comunicaciones interestatales. Establece asimismo un procedimiento de investigación sobre violaciones graves y sistemáticas de los derechos económicos, sociales y culturales. Cfr., Comisión Internacional de Juristas/ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Comentario del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Ginebra/Bogotá, 2008.

⁵⁷ El Protocolo Facultativo a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer establece un procedimiento internacional de protección a través de denuncias o comunicaciones individuales.

⁵⁸ El Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes establece un sistema internacional de visitas periódicas destinado a prevenir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

protocolos facultativos (2000)⁵⁹; la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990), y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo (ambas en 2006)⁶⁰.

Estas convenciones han creado el Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité contra la Tortura y su Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, el Comité de los Derechos del Niño, el Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, y el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En verdad, la expansión y complejidad del sistema convencional universal de protección de los derechos humanos, auspiciado por las Naciones Unidas y sus organismos especializados, no ha dejado de crecer.

A partir de las primeras declaraciones, se inició un proceso, todavía en curso, encaminado hacia la celebración de tratados para la promoción y protección de los derechos humanos. Se han adoptado numerosos instrumentos internacionales, de distinto alcance y fuerza vinculante, que han puesto de manifiesto, por un lado, la existencia de un conjunto de reglas cuya obligatoriedad se ha ido alcanzando progresivamente; y, por otra parte, que la complejidad del sistema que emana de esas normas es también creciente. Se han multiplicado tanto las declaraciones como los tratados relativos a los derechos humanos y las instituciones internacionales concebidas para velar por ellos. Esto configura el sistema internacional convencional de derechos humanos.

⁵⁹ Los protocolos facultativos a la Convención sobre los Derechos del Niño están dirigidos, respectivamente, a establecer sistemas internacionales de protección contra la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, y contra la participación de niños en los conflictos armados.

⁶⁰ El Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece un procedimiento internacional de protección a través de denuncias o comunicaciones individuales.

Los procedimientos especiales. El sistema extra convencional

En paralelo, sobre la base de las disposiciones generales de la Carta de las Naciones Unidas y de la práctica de sus órganos, se ha venido construyendo otro sistema, el cual, por no estar fundado sobre tratados específicos, es conocido como el sistema universal no convencional o extra convencional de protección de los derechos humanos⁶¹. Su gestación y desarrollo han sido objeto de importantes debates teóricos y políticos, muchos de ellos ya superados como resultado del desarrollo mismo de ese sistema.

El debate se remonta al tiempo en que se adoptó la Carta de las Naciones Unidas, la naturaleza de cuyas disposiciones referentes a los derechos humanos fue objeto de importantes diferencias de criterio en los primeros años de la Organización. Según una posición, aunque la Carta proclama el principio del respeto a los derechos humanos fundamentales, difícilmente podría interpretarse que sus disposiciones son una fuente de obligaciones jurídicas de los miembros, en el sentido de tratar a las personas bajo su jurisdicción de conformidad con ese principio, pues no está consagrado en ella ningún medio para garantizar efectivamente tales derechos⁶², y además tampoco se especifica cuáles serían los derechos y libertades protegidos, de modo que sólo cabría hablar de obligaciones legales a este respecto si se reformara la Carta o se acudiera a tratados complementarios⁶³.

Para otros, en cambio, la interpretación inicial de la Carta indicaba que los Estados se habían obligado jurídicamente a observar y respetar los derechos humanos. Ese deber se deduce de lo dispuesto por los artículos 55 y 56, según los cuales los Estados se comprometen a cooperar con la Organización, conjunta o separadamente, para la obtención de sus fines, entre los cuales está la promoción del respeto y la observancia de los derechos humanos. La circunstancia de que

⁶¹ Cfr. Villán Durán, C., *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, primera reimpresión. Editorial Trotta, Madrid, 2006.

⁶² Esa fue la posición inicial de Hans Kelsen. Cfr., *Principios de Derecho Internacional Público*. Ed. El Ateneo, Buenos Aires, 1965, págs. 123-124.

⁶³ Cfr. Kelsen, H., cit. por Schwelb, E., "The International Court of Justice and the Human Rights Clauses of the Charter, en: *AJIL* 66. 1972, págs. 338 y 339.

ese deber esté consagrado en términos generales y poco precisos, si bien puede afectarlo en el plano judicial, no lo desprovee de su carácter esencialmente jurídico⁶⁴. La práctica posterior aclaró las cosas en el sentido últimamente señalado.

El punto de partida de esa práctica, además de las antes mencionadas disposiciones generales de los artículos 55 y 56 de la Carta, fue el artículo 62(2) de la misma, que atribuye al Consejo Económico y Social (ECOSOC), la función de “hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, y la efectividad de tales derechos y libertades”. El ECOSOC, en su primera sesión, decidió la creación de la Comisión de Derechos Humanos⁶⁵. Las primeras actividades de la Comisión se orientaron hacia la redacción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Más tarde se decidiría que la Comisión estaría integrada políticamente, es decir, con representantes de los gobiernos seleccionados con base en una distribución regional⁶⁶. La Comisión, a su vez, en su primer período de sesiones, creó la Subcomisión para la Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, cuyos miembros eran seleccionados y debían trabajar a título personal.

En su primera sesión (enero-febrero de 1947) la Comisión estimó no estar facultada para adoptar ninguna medida o acción a propósito de reclamaciones relativas a los derechos humanos, lo cual fue aprobado por el ECOSOC en su Resolución 75 (V) del 3 de agosto de 1947, en cuyos términos la Comisión no estaba habilitada para dar ningún trámite positivo a las comunicaciones o denuncias en materia de derechos humanos. Esta doctrina, conocida como **la incapacidad de actuar**, dominó los trabajos de la Comisión por más de veinte años⁶⁷.

⁶⁴ Cfr. Lauterpacht, H., “The international protection of human rights”, en: *RCADI* 70. 1947, págs. 13-17.

⁶⁵ Res. 5(1) del 16 de febrero de 1946.

⁶⁶ La Comisión tuvo una composición original de nueve miembros nombrados a título personal durante una etapa muy breve, en la cual es conocida bajo la denominación de “Comisión Nuclear”. El ECOSOC descartó mantener esta fórmula para la composición definitiva de la Comisión.

⁶⁷ Semejante posición fue criticada desde su inicio. La doctrina casi de inmediato apuntó que “nada en la Carta excluye la formulación de recomendaciones

Esa posición se fue modificando insensible y progresivamente, al ritmo de la descolonización. Un hito importante fue la Resolución 1235 (XLII) del ECOSOC, adoptada el 6 de junio de 1967, que resultó determinante en la modificación de la posición que hasta entonces se había sostenido, puesto que se autorizó a la Comisión para examinar toda información relevante concerniente a violaciones flagrantes de los derechos humanos⁶⁸, contenida en las comunicaciones referidas en textos preparados por el Secretario General. Se reconoció asimismo que, dentro de ciertas condiciones, la Comisión tenía poder para elevar informes y recomendaciones al ECOSOC sobre situaciones que revelaran un conjunto grave y sistemático de violaciones a los derechos humanos⁶⁹. Se admitió así que las comunicaciones particulares relativas a la violación de los derechos humanos podían producir ciertos efectos jurídicos, en el sentido de que podían ser objeto de

generales originadas en una petición individual o en una serie de peticiones análogas; o recomendaciones específicas dirigidas a un determinado Estado; o la solicitud de información o de comentarios sobre una solicitud recibida; o, con el consentimiento del Estado afectado, la realización de una investigación en su territorio, con su cooperación; o, sin el consentimiento del Estado afectado, una investigación llevada a cabo fuera de su territorio, que no requiera su cooperación; o con la iniciación de un estudio –que de hecho es indisoluble de la investigación– sobre las condiciones subyacentes de una petición, sea en relación con el Estado afectado o con los problemas generales envueltos en el asunto; o la publicación de los resultados de la investigación” (Cfr. Lauterpacht, H., “The international protection of human rights”... págs. 62 y 63. Igualmente, *International Law and Human Rights*. Praeger, New York, 1950, págs. 223-262). También institucionalmente, en el seno mismo de las Naciones Unidas, la posición del ECOSOC fue censurada. La Subcomisión sobre la condición jurídica y social de la mujer y la Subcomisión sobre la prevención de la discriminación y la protección de las minorías, cuyos integrantes actúan a título personal, recomendaron al Consejo la introducción de enmiendas a la Resolución 75 (V) que permitirían adoptar algunas medidas en ciertos casos (Cfr. Schwelb, E., “Institutions principales et dérivées fondées sur la Charte”, en: Vasak, K. (ed.), *Les dimensions internationales des droits de l’homme...* pág. 320). Tales recomendaciones no fueron acogidas. El Secretario General observó igualmente la conveniencia de enmendar dicha Resolución, a fin de habilitar a la Comisión para examinar comunicaciones y formular recomendaciones, especialmente en casos que interesaran a gran número de personas o tuvieran repercusión internacional (Cfr. UN Doc. E/CN.4/165, 2 de mayo de 1949). También esa iniciativa fue desoída.

⁶⁸ Se citaron como ejemplos de tales violaciones el *apartheid* practicado en Sudáfrica y en el territorio de África Sudoccidental (Namibia), así como la política de discriminación practicada en la entonces Rhodesia del Sur.

⁶⁹ *Ibidem*.

examen y discusión, cuyo término podía eventualmente ser la adopción de una recomendación.

Todo ello implicó la atribución de nuevas funciones a la Comisión, las cuales debían ser reguladas para que su ejercicio se sometiera a cierto procedimiento. Para ese fin el ECOSOC adoptó la Resolución 1503 (XLVIII) el 27 de mayo de 1970, la cual, junto con las resoluciones precedentes, sometió el examen de las comunicaciones sobre casos de violación a los derechos humanos a un trámite confidencial.

Paralelamente, y siempre en su evolución hacia metas ligadas con la protección y promoción internacional de los derechos humanos, la Comisión de Derechos Humanos, con el apoyo de las ONG, organizó “procedimientos especiales” de investigación sobre ciertas situaciones en materia de derechos humanos que ameritan la atención especial de las Naciones Unidas, a través de mandatos unipersonales o de grupos de trabajo independientes, es decir, sin portar una representación o designación de un gobierno determinado. Los primeros casos se refirieron a situaciones emblemáticas de los años 60 y 70 del siglo XX: Sudáfrica, Vietnam, los Territorios Ocupados, Chile.

Más tarde, los procedimientos especiales se dividieron en dos tipos: unos se refirieron a temas específicos y otros a países o áreas geográficas merecedores de una especial atención. En cuanto a los medios temáticos, se dividieron, a su vez, en grupos de trabajo, relatores o representantes especiales y expertos independientes.

La Comisión de Derechos Humanos fue objeto de numerosas críticas, derivadas principalmente de su politización y su falta de claridad con respecto a los estándares relativos a los derechos humanos. Dentro de las reformas propuestas para las Naciones Unidas por su Secretario General se contempló la supresión de la Comisión y su sustitución por un nuevo Consejo de Derechos Humanos, lo cual fue aprobado. El 15 de marzo de 2006, la Asamblea General adoptó la resolución⁷⁰ que establece el Consejo de Derechos Humanos y el 27 de marzo de 2006, la Comisión de Derechos Humanos concluyó su sexagésimo-segunda y última sesión. La práctica inicial del Consejo de Derechos Humanos no ha conducido a superar las críticas que se

⁷⁰ A/RES/60/251.

formularon contra su predecesora, pues persiste un grado determinante de contaminación política en el debate sobre los temas de derechos humanos y los procedimientos especiales no parecen contar con el apoyo que requerirían.

Asimismo, en los años noventa del siglo XX surgió una innovación consistente en la inclusión de un componente de derechos humanos en operaciones para la construcción de la paz tras graves conflictos armados internos o amenazas de los mismos, como ha ocurrido, en el ámbito latinoamericano, en El Salvador, Guatemala y Haití, y con mayor timidez, también en Colombia⁷¹.

En las Naciones Unidas también funcionó, a partir de 1982, el Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, creado como el instrumento principal de la Secretaría General en materia de derechos humanos. Las funciones del Centro fueron la de prestar asistencia en la esfera de los derechos humanos, a la Asamblea General y su Tercera Comisión, al ECOSOC, a la Comisión de Derechos Humanos, a la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías, y a los comités surgidos de varias convenciones universales sobre derechos humanos. El Centro también tuvo a su cargo la evaluación y la elaboración de informes concernientes a la aplicación de los instrumentos sobre derechos humanos de las Naciones Unidas. El Centro funcionó hasta el establecimiento de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Derechos Humanos.

Atendiendo al requerimiento de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 14 al 25 de junio, 1993), la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó una resolución mediante la cual se creó el cargo de Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, con sede principal en Ginebra⁷². El Alto Comisionado asumió las antiguas funciones del Centro de Derechos Humanos además de las nuevas inherentes a su investidura.

⁷¹ He estudiado los procesos de El Salvador y Guatemala, en una perspectiva de derechos humanos, en: Nikken, P., *Las Naciones Unidas y los derechos humanos en la construcción de la paz. Lecciones de la América Central*. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios No. 54. Caracas, 1999.

⁷² A/RES/48/141, 20 de diciembre de 1993.

Por otra parte, aunque no se trata de una instancia que, en rigor, esté enmarcada dentro de la protección de los derechos humanos en sentido propio o estricto, debe mencionarse el desarrollo experimentado desde fines del siglo XX por el derecho penal internacional. Con los antecedentes de los tribunales de Núremberg y de Tokio, establecidos después de la II Guerra Mundial para juzgar a los criminales de guerra del Eje, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas creó el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia⁷³ y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda⁷⁴. El 17 de julio de 1998 se adoptó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, competente para juzgar “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”, que comprenden el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión. Entre los delitos de lesa humanidad se tipifican las más graves violaciones a los derechos humanos, tales como el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la tortura, la violación, la esclavitud sexual u otros delitos sexuales, la privación grave de la libertad física, la desaparición forzada de personas, el *apartheid* y “otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”. Más que a la protección de los derechos humanos, el naciente sistema penal internacional apunta hacia la erradicación de la impunidad de sus más graves violaciones, de modo que, así sea indirectamente, se integra con el sistema internacional de garantía de los derechos humanos.

En paralelo al complejo sistema universal establecido bajo los auspicios de las Naciones Unidas, y aun con anterioridad en algún caso, se han creado y desarrollado varios sistemas regionales de derechos humanos, organizados por el Consejo de Europa, la Organización de los Estados Americanos y la Organización de la Unidad Africana⁷⁵.

⁷³ Creado por la resolución 837 del Consejo de Seguridad, el 25 de mayo de 1993.

⁷⁴ Creado por la resolución 955 del Consejo de Seguridad, el 8 de noviembre de 1994.

⁷⁵ El 15 de septiembre de 1994 la Liga Árabe aprobó la Carta Árabe sobre Derechos Humanos, que no ha entrado en vigor y había sido objeto de tan solo una ratificación (Jordania) para el 1 de enero de 2005.

iii. Los sistemas regionales de protección internacional de los derechos humanos

El Sistema Europeo de Derechos Humanos

La primera convención internacional que consagró un régimen general de protección de los derechos humanos fue el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, conocida como Convención Europea de Derechos Humanos, que se vincula profundamente con los principios que inspiraron el Estatuto del Consejo de Europa y con las circunstancias que rodearon el nacimiento de esa entidad regional. Se trata de un instrumento fundamental dentro del proceso de integración europea, pues como lo ha subrayado la Comisión Europea de Derechos Humanos, éste es un tratado por el cual sus signatarios no han pretendido simplemente satisfacer sus intereses nacionales o concederse recíprocamente derechos y obligaciones, sino “realizar los fines del Consejo de Europa” y “establecer un orden público común de las democracias libres de Europa con el objetivo de salvaguardar su herencia común de tradiciones políticas, ideas y régimen de Derecho”⁷⁶. La Convención Europea se firmó el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor el 3 de septiembre de 1953⁷⁷.

Con posterioridad se han adoptado trece protocolos adicionales a la Convención Europea, sea para ampliar el ámbito de los derechos protegidos, sea para reformar el sistema procesal de protección. Entre estos últimos, destaca el Protocolo No. 11, que introdujo una extensa reforma a la estructura y a los procedimientos del sistema, que comportó, entre otras cosas, la eliminación de la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos y dejó a la Corte Europea de Derechos Humanos como el órgano único de protección, a la cual tienen acceso directo las víctimas de violaciones a los derechos humanos. Asimismo, el 18 de octubre de 1961 se adoptó la Carta Social Europea, que

⁷⁶ European Commission of Human Rights, *Austria vs. Italy*, Application no. 788/60. European Yearbook of Human Rights, vol. 4, 1961, pág. 138.

⁷⁷ Sobre las circunstancias históricas y políticas que rodearon la negociación y adopción de la Convención Europea de Derechos Humanos, cfr. García de Enterría, Linde et al., *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, 2a ed. Editorial Civitas, Madrid, 1983, pág. 61 y ss.

entró en vigor el 2 de febrero de 1965 y cuyo objeto son los derechos económicos, sociales y culturales⁷⁸.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En América fue mucho más prolongado el camino hacia un tratado regional. En la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz o Conferencia de Chapultepec (1945) se proclamó la adhesión de las repúblicas americanas a los principios democráticos y se reconoció la posibilidad de establecer un sistema de protección internacional de los derechos humanos. Se aprobó la preparación de un proyecto de Declaración de los Derechos y Deberes Internacionales del Hombre⁷⁹, lo cual se encargó al Comité Jurídico Interamericano. Se recomendó igualmente que, al término de un proceso de consultas, esa Declaración fuera sometida a una conferencia internacional de juristas americanos, para que pudiera ser adoptada como una convención regional⁸⁰.

La Carta de Bogotá, que creó la Organización de los Estados Americanos, incluyó el respeto y garantía de los derechos humanos entre los principios básicos de la entidad regional, cuyos miembros declararon que la solidaridad humana sólo es concebible dentro de las instituciones democráticas y “un régimen de libertad individual y justicia social basado en el respeto de los derechos fundamentales del hombre”⁸¹. Entre los principios que cimentan la Organización se incluyó expresamente la proclamación de “los derechos fundamentales de la persona humana, sin ninguna distinción de raza, de nacionalidad, de religión o de sexo”⁸². La misma Conferencia de Bogotá aprobó, en su Resolución XXX, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Ella proclama que estos derechos “no nacen del hecho de ser nacionales de un determinado Estado, sino que tienen como

⁷⁸ Para una visión sintética y completa del sistema europeo de derechos humanos, cfr. Buerghental, T., D. Shelton y D. Stewart, *International Human Rights*, cuarta edición. WEST, St. Paul, MN, 2009, págs. 160-255.

⁷⁹ Res. IX (13).

⁸⁰ Res. XL (14). La Resolución fue denominada Protección Internacional de los Derechos Esenciales del Hombre.

⁸¹ Preámbulo.

⁸² Art. 5(j).

fundamento los atributos de la persona humana” y que “la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución”⁸³, todo lo cual expresa el principio de internacionalización de los derechos humanos.

Sin embargo, la Declaración fue aprobada fuera del marco de la Carta de la OEA y se le atribuyó expresamente el rango de “recomendación”, de modo que carecía, en su inicio, de fuerza obligatoria formal. Tampoco se creó ningún órgano, dentro o fuera de la Carta, con la misión específica de promover o proteger los derechos humanos. Por circunstancias de diversa índole, no se encontró oportuno adoptar de inmediato un régimen internacional de garantía, pero se encargó al Comité Jurídico Interamericano la preparación de un proyecto de estatuto de una Corte Interamericana de Salvaguarda de los Derechos Humanos, para someterlo a la siguiente Conferencia Interamericana, lo cual no se cumplió⁸⁴.

En la década de los cincuenta del siglo XX, dominada por la guerra fría, proliferaron en América Latina gobiernos militares que, bajo el pretexto del anticomunismo, desconocieron los derechos humanos y postergaron todo intento para organizar su protección internacional. Simultáneamente la OEA entró en una prolongada crisis que, después de la X Conferencia (Caracas, 1954), no le permitió reunir nunca más una Conferencia Internacional Americana, sino que hubo de recurrir a reuniones extraordinarias o de consulta antes de reformar su estructura en 1967. Fue en la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores (Santiago de Chile, 1959), convocada en un ambiente de tensión entre varios gobiernos americanos, donde el proceso adquirió nuevo vigor. Varias de las resoluciones de esa Conferencia se refirieron a los derechos humanos⁸⁵, entre ellas la trascendental Resolución VIII que encargó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la

⁸³ Preámbulo.

⁸⁴ Una dificultad que ofrecía la creación de la Corte era la ausencia de derecho positivo convencional, en virtud de la carencia de fuerza obligatoria de la Declaración Americana. Por eso el Comité Jurídico Interamericano propuso la celebración de una Convención de Derechos Humanos. Como lo demostraron posteriormente los trabajos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, esta objeción no se justificaba plenamente.

⁸⁵ Resoluciones I, III, IV, VIII, IX y XI.

preparación de un proyecto de convención sobre derechos humanos y decidió la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En la II Conferencia Interamericana Extraordinaria (Río de Janeiro, 1965) se ampliaron las facultades iniciales de la Comisión, y la III Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó un Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización, el cual incluyó a la Comisión entre los órganos permanentes de ésta. A partir de entonces, la Comisión es el fruto de un tratado que obliga a todos los miembros de la OEA.

Paralelamente marchaba la preparación de la convención sobre derechos humanos. En la Conferencia de Río se consideró el proyecto encomendado en Santiago al Consejo Interamericano de Jurisconsultos, así como propuestas adicionales de los gobiernos de Chile y Uruguay. Se remitió la cuestión al Consejo de la Organización, que debía pronunciarse después de un período de consultas y de obtener la opinión de la Comisión. El Consejo convocó a una Conferencia Interamericana Especializada en San José, Costa Rica, entre el 7 y el 22 de noviembre de 1969, en la que se adoptó el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) o “Pacto de San José”. Once ratificaciones eran necesarias para que el tratado entrara en vigor, que no pudieron reunirse sino nueve años más tarde. Finalmente entró en vigencia el 18 de julio de 1978. En el presente, la Convención ha sido ratificada por veinticuatro Estados, incluidos todos los específicamente latinoamericanos, que han reconocido, además, la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁸⁶. A la Convención Americana se han agregado dos protocolos, el primero de los cuales, conocido como el “Protocolo de San Salvador” (PSS) está referido a los derechos económicos sociales y culturales, y el segundo a la abolición de la pena de muerte. También se han adoptado otras convenciones sobre diversos tópicos: tortura, desaparición forzada de personas, violencia contra la mujer y discapacidad⁸⁷.

⁸⁶ La falta de ratificación por parte de Estados Unidos y Canadá es particularmente notoria. Por otra parte sólo cinco Estados de la comunidad del Caribe angloparlante son partes en la Convención (Barbados, Dominica, Grenada y Jamaica, más Suriname).

⁸⁷ Los textos de estos tratados y de otros documentos relativos a derechos humanos en el sistema interamericano pueden verse en la página web de la OEA (<http://>

El sistema interamericano de derechos humanos cuenta con dos órganos principales de protección, que son la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos⁸⁸.

El Sistema Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos

La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos entró en vigor el 21 de octubre de 1986. La Carta fue adoptada en Nairobi, Kenia, en junio de 1981 por la Organización de la Unidad Africana (OUA) y ha sido ratificada por los 53 Estados miembros de la Unión Africana⁸⁹.

La Carta Africana difiere de las convenciones Americana y Europea en numerosos aspectos⁹⁰. Primero, la Carta Africana proclama no sólo derechos sino también deberes. Segundo, reconoce tanto derechos individuales como derechos de los pueblos. Tercero, la Carta protege los derechos económicos, sociales y culturales además de los derechos civiles y políticos. Cuarto, el tratado está redactado en términos que permiten a los Estados partes la imposición de una amplia gama de

www.oas.org). Están editados asimismo, en español y en inglés, bajo la dirección de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*. Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, Washington, DC, 2003. *Basic Documents pertaining to Human Rights in the Inter-American System*. General Secretary, Organization of American States, Washington, DC, 2003.

⁸⁸ Para una visión completa del sistema interamericano de derechos humanos, cfr. Faúndez Ledesma, H., *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales*, 3a. edición revisada y puesta al día. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2004.

⁸⁹ Una visión sintética del sistema africano de derechos humanos, en sus inicios, puede ser encontrada en: Buerghental T. y P. Nikken, “El sistema africano de derechos humanos y de los pueblos”, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, 77. Caracas, 1990. Ese mismo número de la revista contiene una traducción al español de la Carta Africana. También en: Buerghental T., C. Grossman y P. Nikken, *Manual internacional de derechos humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Editorial Jurídica Venezolana, Caracas/San José, 1990, págs. 115-127. Una visión más actualizada, en Buerghental, T., D. Shelton y D. Stewart, *International Human Rights...* págs. 327-373.

⁹⁰ Cfr., en general, Okere, B.O., “The Protection of Human Rights in Africa and the African Charter on Human and Peoples’ Rights: Comparative Analysis with the European and American Systems”, en: *Human Rights Quarterly*, 6. 1984, págs. 141-159.

restricciones y limitaciones al ejercicio de los derechos proclamados⁹¹. Por lo demás, en la redacción de la Carta se advierte a menudo una ambigüedad propia de las fórmulas de compromiso lo que, unido a las numerosas diferencias que pueden detectarse entre las versiones inglesa y francesa del tratado, le comunica un grado de imprecisión y, acaso, una flexibilidad mayores de lo que puede observarse en las convenciones Europea y Americana.

A diferencia de los mecanismos de protección internacional de los otros dos sistemas regionales, el africano fue originalmente concebido para tratar violaciones masivas a los derechos humanos y no violaciones individuales. Otra singularidad viene dada por la relevancia que tienen dentro del sistema los mecanismos de negociación y de conciliación.

La Carta refleja la influencia de los instrumentos sobre derechos humanos de las Naciones Unidas así como la de las tradiciones africanas. De allí que muestre mayor analogía con los pactos internacionales de derechos humanos que con los dos otros tratados regionales sobre el tema⁹². El énfasis de la Carta sobre las tradiciones africanas se expresa tanto en su Preámbulo como en la forma en que se articulan varios de los derechos y deberes⁹³. En el Preámbulo, los signatarios afirman tener en cuenta “las virtudes de sus tradiciones históricas y los valores de la civilización africana que deben inspirar y caracterizar sus reflexiones sobre el concepto de derechos humanos y de los pueblos”.

La Carta instituyó la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, encargada de promover los derechos humanos y de los pueblos y de asegurar su protección en África.

⁹¹ Cfr., Weston, Lukes & Hnatt, “Regional Human Rights Regimes: A Comparison and Appraisal”, en: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 20. 1987, págs. 585 y ss.

⁹² Cfr., Van Boven, T., “The Relations between Peoples’ Rights and Human Rights in the African Charter”, en: *Human Rights Law Journal*, 7. 1986, págs. 183-194.

⁹³ Cfr., M’baye, K., “Introduction to the African Charter on Human and Peoples’ Rights”, en: *Human and Peoples’ Rights in Africa and the African Charter*. International Commission of Jurists ICJ, Ginebra, 1985, pág. 19 y ss.

El 11 de julio de 1990 fue adoptada la Carta Africana sobre Derechos y Bienestar del Niño, que entró en vigencia el 29 de noviembre de 1999⁹⁴. Asimismo, el 11 de julio de 2003 fue adoptado un Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de las Mujeres, el cual entró en vigor el 25 de noviembre de 2005⁹⁵.

En lo que se refiere a medios de protección, el 9 de junio de 1998 fue adoptado un Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre el establecimiento de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que es un tribunal internacional regional, inspirado en los modelos europeo y americano, el cual se añadió a la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. La Corte es competente para resolver todos los casos y controversias que le sean sometidos relativos a la interpretación o aplicación de la Carta Africana, sus protocolos o a cualquier otro instrumento sobre derechos humanos en que sean partes los Estados concernidos. El Protocolo entró en vigor el 25 de enero de 2004⁹⁶.

Sin embargo, en fecha 1 de julio de 2008 la Unión Africana decidió la fusión de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos con la Corte de Justicia de la Unión Africana, de lo que resulta una Corte única, la Corte Africana de Justicia y de Derechos Humanos competente, en general, para atender la interpretación de los tratados concebidos en el seno de la Unión Africana y a cualquier cuestión de derecho internacional y, en particular, a los casos y controversias relativos a la interpretación y aplicación de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, a la Carta Africana sobre Derechos y Bienestar del Niño, al Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de las Mujeres o a cualquier otro instrumento sobre derechos humanos en que sean

⁹⁴ Para la fecha de esta publicación, el Protocolo cuenta con 43 ratificaciones.

⁹⁵ Para la fecha de esta publicación, el Protocolo cuenta con 27 ratificaciones; sólo ha sido suscrito por 46 de los 53 Estados miembros de la Unión Africana, todos ellos partes en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

⁹⁶ Para la fecha de esta publicación, el Protocolo cuenta con 25 ratificaciones; sólo ha sido suscrito por 50 de los 53 Estados miembros de la Unión Africana, todos ellos partes en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

partes los Estados concernidos⁹⁷. Es esta la primera experiencia en la cual se confía a un único tribunal la solución de controversias relativas al derecho internacional general y las propias del derecho internacional de los derechos humanos, si bien la Corte se divide en dos secciones, una relativa a las cuestiones generales y otra relativa a los derechos humanos y de los pueblos. Me permito cierto grado de escepticismo sobre la utilidad y hasta la viabilidad de esta estructura como medio de protección de los derechos humanos, sobre todo teniendo en cuenta que la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos no ha tenido la oportunidad de construir un acervo jurisprudencial que defina los estándares para la interpretación del derecho de los derechos humanos en el contexto regional. La jurisprudencia incipiente sobre derechos humanos de la nueva Corte puede sufrir las consecuencias del enfoque necesariamente general de la misma, en su conjunto.

Recapitulación

En síntesis, la comunidad internacional ha creado una muy abundante normativa concerniente a la protección internacional de los derechos humanos, que abarca desde convenciones generales, universales y regionales, hasta convenciones para atender categorías específicas, como mujeres, niños, trabajadores, personas discapacitadas o migrantes; o para hacer frente con particular vigor a ciertas violaciones graves a los derechos humanos, como la discriminación racial y el *apartheid*, la tortura, la desaparición forzada de personas o la trata de personas. También ha adoptado diferentes medios o procedimientos. En un extremo se sitúa el sistema de casos individuales, que se inicia normalmente con una petición o denuncia y que conduce a un pronunciamiento sobre la denuncia por parte del órgano al que va dirigido; en el otro, el sistema de informes, donde el objeto de análisis son los informes que cada Estado presenta sobre el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos, de conformidad con un tratado al cual el informe está referido. El sistema

⁹⁷ La fusión se pactó a través del Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y de Derechos Humanos, el cual, para la fecha de esta publicación, cuenta con 16 ratificaciones y 42 firmas de los 53 Estados miembros de la Unión Africana.

de informes será tanto más útil como medio de protección en cuanto: 1) los informes sea periódicos; 2) el contenido del informe obedezca a un cuestionario o formato preparado por el órgano encargado de examinarlo; 3) se permita a las organizaciones no gubernamentales relevantes conocer el informe y enviar sus observaciones al órgano encargado de examinarlo; 4) el examen del informe sea realizado en audiencia pública; 5) los integrantes del órgano encargado de examinar el informe puedan formular preguntas libremente a la representación del Estado, con base en cualquier información a su disposición, es decir, sin limitar sus preguntas a los hechos contenidos en el informe; 6) el órgano de examen esté facultado para pedir y obtener información complementarias del Estado; 7) el órgano de examen esté facultado para formular sus conclusiones y recomendaciones.

Los órganos de control pueden ser, por su parte, independientes, es decir, sus integrantes actúan a título personal, sin recibir instrucciones de gobierno alguno, o político, cuando están integrados por representantes de los gobiernos. La experiencia demuestra a la sociedad que sólo los órganos independientes cumplen una función de efectiva protección, mientras que la acción de los órganos políticos frecuentemente está contaminada y sesgada por los intereses políticos de los Estados que los integran. A su vez, los órganos independientes pueden ser:

- **judiciales** (como lo son los tres tribunales internacionales regionales), cuyo procedimiento incluye una sentencia que los Estados concernidos están en la obligación de cumplir;
- **cuasi judiciales**, a los que entendemos como órganos que pueden recibir casos, es decir, peticiones individuales concernientes a la violación de derechos internacionalmente protegidos, sustanciarlas y obtener conclusiones y recomendaciones, pero sin dictar una sentencia, de modo que sus recomendaciones, aunque deben considerarse fuente de una obligación a cargo del Estado concernido de hacer, de buena fe, su mayor esfuerzo para ponerlas en práctica, tampoco tienen, en rigor, el mismo valor vinculante que el fallo de un tribunal. Ejemplo de esta categoría de órganos

independientes son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o algunos de los comités del sistema convencional de las Naciones Unidas, cuando tienen y ejercen competencia para recibir y tramitar denuncias o peticiones individuales;

- **técnicos**, integrados por expertos que actúan a título personal, como ocurre con los comités del sistema convencional de las Naciones Unidas cuando examinan los informes de los Estados, o con los grupos de trabajo y expertos de los procedimientos especiales de las Naciones Unidas.

Para acceder a la protección internacional especialmente en el sistema de casos, peticiones o denuncias, es necesario cumplir con un requisito previo, consistente en la interposición y agotamiento de los recursos que la jurisdicción interna ofrece para atender a la situación que se eleva a las instancias internacionales.

*La regla del previo agotamiento de los recursos internos*⁹⁸

El artículo 46(1)(a) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece, como requisito de admisibilidad de las peticiones que se introduzcan ante la Comisión Interamericana, que “se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos”⁹⁹. La misma exigencia está presente en diversas conven-

⁹⁸ Sobre el agotamiento de los recursos internos, cfr. Cançado Trindade, A., *O esgotamento dos recursos internos no Direito Internacional*. Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1984; “A regra do esgotamento dos recursos internos revisitada: Desenvolvimentos jurisprudenciais recentes no âmbito da proteção internacional dos direitos humanos”, en: *Liber Amicorum Héctor Fix Zamudio...*, págs. 15-44; “A aplicação da regra do esgotamento dos recursos internos no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos”, en: *Derechos Humanos en las Américas. In memoriam a Carlos A. Dunshee de Abranches*. CIDH, Washington, D.C., 1984, págs. 217-229; “O esgotamento dos recursos internos e a evolução da noção de ‘Vítima’ no direito internacional dos direitos humanos”, en: *Revista IIDH*, 3. IIDH, San José, enero-junio 1986, págs. 5-78.

⁹⁹ Sobre el significado de la remisión a “los principios del derecho internacional”, cfr. Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez, excepciones preliminares, sentencia de 26 de junio de 1987*. Serie C No. 1, párr. 87; Corte I.D.H., *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales, excepciones preliminares, sentencia de 26 de junio de 1987*. Serie C No. 2, párr. 86; Corte I.D.H., *Caso Godínez Cruz, excepciones preliminares, sentencia de 26 de junio de 1987*. Serie C No. 3, párr. 89.

ciones internacionales que contemplan un sistema de peticiones o denuncias. Así ocurre con el artículo 5(2)(b) del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 4(1) del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 14(7)(a) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; el artículo 22(5)(b) de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y el artículo 4(1) del Protocolo a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Las aludidas convenciones de las Naciones Unidas establecen como excepción a la exigibilidad de la mencionada regla la demora injustificada en resolver, por parte del órgano ante el cual se haya interpuesto el recurso. La Convención Americana es más específica, e indica que el agotamiento de los recursos internos no es exigible cuando:

- a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados;
- b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y
- c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

La regla del previo agotamiento de los recursos internos se origina en el derecho internacional consuetudinario relativo a la protección diplomática. De acuerdo con ese régimen, todo Estado puede extender su protección a cualquiera de sus nacionales que haya sufrido perjuicios por un hecho ilícito atribuible a otro Estado, en quebrantamiento del derecho internacional. Una de las condiciones para que esa protección pueda acordarse es que la presunta víctima del hecho ilícito haya interpuesto y agotado los recursos internos que la jurisdicción interna del Estado presuntamente responsable ofrece para solucionar la disputa con respecto al hecho lesivo. La justificación de esta regla en el derecho internacional general es la de ofrecer al Estado al que se imputa un hecho ilícito internacional la posibilidad

de resolverlo, o resarcir sus consecuencias, con sus propios medios, antes de ser llevado ante un tribunal internacional. Se trata, pues de un medio de defensa de un Estado demandado ante una instancia internacional, que puede oponer la excepción del no agotamiento de los recursos internos para objetar la admisibilidad de una demanda intentada en su contra sin haberse agotado antes los recursos de la jurisdicción interna. Se trata, pues, de una normativa establecida en provecho del Estado demandado, el cual podría renunciar a invocarla, incluso implícitamente, con su silencio al abstenerse de oponerla cuando ha sido demandado. Asimismo, dicha regla no es aplicable, en el derecho internacional general, si la jurisdicción interna no ofrece recursos internos o si, ofreciéndolos teóricamente, en el caso concreto son inútiles o ilusorios, por ejemplo, entre otras razones, por existir una demora injustificada de los tribunales domésticos en resolver un recurso oportunamente interpuesto.

Algunos de estos fundamentos están presentes en el traslado de la regla al ámbito de la protección internacional de los derechos humanos. Así, la regla del previo agotamiento de los recursos internos se ha establecido en provecho del Estado¹⁰⁰ y es renunciable por el Estado interesado en invocarla¹⁰¹. La renuncia puede ser tácita, lo que ocurre cuando el Estado interesado asume una actitud incompatible con hacerla valer o no la opone oportunamente, lo que indica que debe ser invocada en las primeras etapas del procedimiento¹⁰². Debe destacarse a este respecto, en el marco del sistema interamericano,

¹⁰⁰Cfr. Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*, sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 61; Corte I.D.H., *Caso Godínez Cruz*, sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párr. 66.

¹⁰¹Cfr. Corte I.D.H., *Asunto de Viviana Gallardo y otras*, decisión del 13 de noviembre de 1981. Serie A No. G 101/81, párr. 26; Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*, excepciones preliminares... párr. 88; Corte I.D.H., *Caso Godínez Cruz*, excepciones preliminares, sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 3, párr. 90; Corte I.D.H., *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales*, excepciones preliminares, sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 2, párr. 87.

¹⁰²Cfr. Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*, excepciones preliminares, sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 88; Corte I.D.H., *Caso Godínez Cruz*, excepciones preliminares, sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 3, párr. 90; Corte I.D.H., *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales*, excepciones preliminares, sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 2, párr. 87.

que este medio de defensa está referido a la admisibilidad del caso no ante la Corte sino ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de modo que debe ser invocada frente a ella en la etapa de admisibilidad. La Corte ha reiterado en numerosas ocasiones que “la excepción de no agotamiento de recursos internos debe plantearse, para que sea oportuna, en la etapa de admisibilidad del procedimiento ante la Comisión, o sea, antes de cualquier consideración en cuanto al fondo; si no es así, se presume que el Estado renuncia tácitamente a valerse de ella”¹⁰³.

La carga de la prueba sobre los recursos internos admite un cierto grado de distribución, pues si el demandante afirma haberlos agotado, deberá demostrar que lo intentó sin resultado. En cambio, si es el gobierno el que alega la falta de agotamiento tendrá a su cargo el señalamiento de los recursos por agotarse y de la efectividad de los mismos¹⁰⁴. El artículo 31(3) del Reglamento de la Comisión Interamericana establece que, en el supuesto de que el peticionario afirme la imposibilidad de comprobar el agotamiento de los recursos internos, corresponderá al Estado contra el cual se dirige la petición “demostrar a la Comisión que los recursos internos no han sido previamente agotados”.

Sin embargo, en la justificación de esta regla en la protección internacional de los derechos humanos debe tenerse presente, en primer lugar, que ésta es un remedio para la indefensión de la persona frente al Estado que menoscaba, ofende o suprime atributos inherentes al ser humano. Por consiguiente, si la persona afectada

¹⁰³ Cfr., por ejemplo, Corte I.D.H., *Caso de las Hermanas Santa Cruz, excepciones preliminares, sentencia de 23 de noviembre de 2004*. Serie C No. 118, párr. 135. Igualmente, Corte I.D.H., *Caso Castillo Páez, excepciones preliminares, sentencia de 30 de enero de 1996*. Serie C No. 24, párr. 40; Corte I.D.H., *Caso Loayza Tamayo, excepciones preliminares, sentencia de 31 de enero de 1996*. Serie C No. 25, párr. 40; Corte I.D.H., *Caso de la Comunidad de Mayagna (Sumo) Awás Tigni, excepciones preliminares, sentencia de 1 de febrero de 2000*. Serie C, No. 66, párr 53.

¹⁰⁴ Cfr. Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez, excepciones preliminares...* párr. 88; Corte I.D.H., *Caso Godínez Cruz, excepciones preliminares, sentencia de 26 de junio de 1987*. Serie C No. 3, párr. 90; Corte I.D.H., *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales, excepciones preliminares, sentencia de 26 de junio de 1987*. Serie C No. 2, párr. 87.

no está indefensa y puede acudir a medios de protección eficaces establecidos en el derecho interno para solventar situaciones que son *prima facie* violatorias de sus derechos humanos, es lógico que se le exija la utilización de los recursos domésticos antes de invocar la protección internacional.

La moneda, sin embargo, tiene dos caras, porque la misma consideración impone que los recursos internacionales puedan usarse sin dilación cuando los internos no existen o son ilusorios. Cuando la víctima invoca que carece de recursos internos eficaces, no sólo se está exceptuando de un requisito procesal de admisibilidad, sino que está denunciando una nueva violación de sus derechos humanos. A este respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha observado que,

...la fundamentación de la protección internacional de los derechos humanos radica en la necesidad de salvaguardar a la víctima del ejercicio arbitrario del poder público. La inexistencia de recursos internos efectivos coloca a la víctima en estado de indefensión y explica la protección internacional. Por ello, cuando quien denuncia una violación de los derechos humanos aduce que no existen dichos recursos o que son ilusorios, la puesta en marcha de tal protección puede no sólo estar justificada sino ser urgente. En esos casos no solamente es aplicable el artículo [31.3] del Reglamento de la Comisión, a propósito de la carga de la prueba, sino que la oportunidad para decidir sobre los recursos internos debe adecuarse a los fines del régimen de protección internacional¹⁰⁵.

En tal sentido, es necesario atender con cuidado las distintas situaciones en las que la posición de la víctima se haya agravado de resultas de inexistencia o inutilidad de los recursos internos

... para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que **sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos** y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, **por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios.**

¹⁰⁵ Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez, excepciones preliminares...* párr. 93.

Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; **por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia**, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial¹⁰⁶. (Énfasis añadidos.)

Por su parte, la CIDH ha determinado que la víctima no dispone de recursos internos en un cuadro de “inoperancia del sistema judicial para resolver su situación”¹⁰⁷, lo cual ocurre, entre otras situaciones, cuando está establecida su corrupción o su “falta de independencia”¹⁰⁸.

La Comisión Interamericana ha decidido que la regla tampoco es aplicable cuando se trata de casos generales de violación de derechos humanos¹⁰⁹. Finalmente, la Corte Interamericana ha admitido que la indigencia de una víctima de violación a sus derechos humanos, puede eximirla de cumplir con el requisito de agotar previamente los recursos de la jurisdicción interna antes de acudir a la protección internacional. En concreto, la Corte Interamericana ha afirmado que “si un individuo requiere efectivamente asistencia legal para proteger un derecho garantizado por la Convención y su indigencia le impide obtenerla, queda relevado de agotar los recursos internos”¹¹⁰.

¹⁰⁶ Corte I.D.H., *Garantías judiciales en estados de emergencia, opinión consultiva OC9-87 de 6 de octubre de 1987*. Serie C No. 9, párr. 24. Igualmente, *Caso Bámaca González, sentencia de 25 de noviembre de 2000*. Serie C No. 70, párr. 191.

¹⁰⁷ CIDH, *Caso Elvis Gustavo Lovato Rivera, Informe No. 5/94*. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1993, Consideración No. 5, párrs. f y h.i, pág. 187 y ss.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ Cfr., CIDH, *Caso No. 1684*. Informe sobre la labor desarrollada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 28º Período de Sesiones (Extraordinario). OEA/Ser.L/V/II.28 doc 24 rev 1 de 20 de febrero 1973, págs. 14-22.

¹¹⁰ Corte I.D.H., *Excepciones al agotamiento de los recursos internos (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos humanos), opinión consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990*. Serie A No. 11, párr. 31.

Esta última consideración nos da un buen pie para ingresar a la tercera y última parte de esta disertación: la protección de los derechos económicos, sociales y culturales.

3. La protección de los derechos económicos, sociales y culturales¹¹¹

Los derechos económicos, sociales y culturales, se refieren a la existencia de condiciones de vida y de acceso a los bienes materiales y culturales en términos adecuados a la dignidad inherente a la familia humana. Según el concepto tradicional, la realización de los derechos económicos, sociales y culturales no dependería, en general, de la sola instauración de un orden jurídico ni de la mera decisión política de los órganos gubernamentales, sino de la conquista de un orden social donde impere la justa distribución de los bienes, lo cual, en general, ha de alcanzarse progresivamente y es materia de políticas públicas idóneas. Esta es una de las dificultades conceptuales que plantean los DESC, porque ellos envuelven derechos de “toda persona” que deben ser satisfechos y cuya violación debe ser tratada como un evento ilícito por el sistema judicial; pero también comprenden definiciones de políticas, de prioridades en el gasto y de jerarquías de necesidades

¹¹¹ Sobre el tema, Pinto, M., “Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el Sistema Universal y en el Sistema Interamericano”, en: *Revista IIDH*, 40. San José, 2004; Bolívar, L., “Derechos económicos, sociales y culturales: derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes. Una visión desde la (in)experiencia de América Latina”, en: *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, v. V. IIDH, San José, 1996, págs. 85-136; Abramovich, V. y C. Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, prólogo de L. Ferrajoli. Editorial Trotta, Madrid, 2004; Courtis, C. (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. CEDAL/CELS, Buenos Aires, 2006; IIDH, *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*. San José, 2008; IIDH, *Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Sistema Universal y Sistema Interamericano*. San José, 2008; CIJ/IIDH, *Comentario del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Ginebra/Bogotá, 2008; International Commission of Jurists, *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights*. Geneva, 2008; Eide, Krause & Rosas (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook*. Martinus Nijhoff Publishers, 2001; García Ramírez, S., “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, en: *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 9. México, julio-diciembre de 2003; Abramovich, V., “Los derechos económicos, sociales y culturales en la

que podrían considerarse ajenas a la función jurisdiccional y resultar más bien propias del trájín democrático, de la participación política y de las luchas sociales.

En las convenciones internacionales relativas a estos derechos se estipula algún tipo de vinculación entre su satisfacción y exigibilidad con “el máximo” de los “recursos disponibles” (PIDESC, art. 2.1; PSS, art. 1), lo cual, unido a la satisfacción progresiva pautada para los mismos, parecería circunscribir la naturaleza de las obligaciones estatales con respecto a ellos al logro de ciertas metas, ajustadas a lo sumo a las denominadas obligaciones de medio, de conducta o de comportamiento. A esto se une, en el ámbito internacional, la desproporcionada tendencia presente en la mayoría de los tratados que inicialmente se ocuparon de la materia (pero superada con el Protocolo Facultativo al PIDESC de 10 de diciembre de 2008) de confiar el control del cumplimiento de este tipo de obligaciones a instituciones más político-técnicas que jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales, que reciben informes periódicos de los Estados sobre la situación de los DESC, y emiten sus propias conclusiones con respecto al tema, pero que no están facultadas para el trámite de casos o de denuncias sobre violaciones específicas de infracción al tratado respectivo. Estas

denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en: *Presente y futuro de los derechos humanos: ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*. IIDH, San José, 1998; Cançado Trindade, A.A., “A justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais no plano internacional”, en: *Presente y futuro de los derechos humanos...*; Nikken, P., “El impacto de la crisis económica mundial sobre los derechos humanos”, en: *En defensa de la persona humana. Estudios sobre derechos humanos (1982-1987)*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1988, págs. 69-93; Nikken, P., “The Impact of the World Crisis on Human Rights”, en: Silva-Michelena, J. (ed.), *Latin America. Peace Democratization & Economic Crisis*. The United Nations University/Zed Book Ltd., London, 1988, págs. 187-201; Salvioli, F., “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en: *Revista IIDH*, 39. San José, 2004; Urquilla Bonilla, C.R., “Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la reforma al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, en: *Revista IIDH*, 30-31 San José, 2000; Van Hoof, G., “The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views”, en: Alston, P. y K. Tomasevski (eds.), *The Right to Food*. Utrecht, 1984; Bossuyt, M., “La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels”, en: *Human Rights Law Journal*, 8. 1975, págs. 785-820.

circunstancias han sido invocadas como argumento para desvalorizar la naturaleza jurídica de los DESC.

En efecto, a propósito de estos asuntos se ha planteado una contraposición, de fondo artificial, entre los derechos económicos, sociales y culturales, por una parte, y los civiles y políticos, por la otra. Estos últimos serían derechos inmediatamente exigibles y frente a ellos los Estados están obligados a un resultado: un orden jurídico-político que los respete y garantice. Los otros, en cambio serían exigibles en la medida en que el Estado disponga de los recursos para satisfacerlos, puesto que las obligaciones contraídas esta vez son de medio o de comportamiento, de tal manera que, para establecer que un gobierno ha violado tales derechos no basta con demostrar que no han sido satisfechos, sino que el comportamiento del poder público en orden a alcanzar ese fin no se ha adecuado a los estándares técnicos o políticos apropiados. Así, la violación del derecho a la salud o al empleo no depende de la sola privación de tales bienes como sí ocurre con el derecho a la vida o a la integridad.

Esta concepción choca con cuestiones de principio y es además desmentida tanto a nivel de la teoría jurídica como del examen empírico sobre los mecanismos de exigibilidad y las hipótesis de violación de los derechos humanos, sean éstos civiles y políticos o económicos sociales y culturales. Se abordará entonces, a continuación, una crítica sintética a la clasificación de marras y se delinearán intentos para una presentación unitaria de la función del poder público frente a los derechos humanos. Finalmente, me referiré al tema de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

a. Una diferenciación obsoleta

Una distinción ontológica, o incluso estructural, entre distintas categorías de derechos humanos, en orden a su exigibilidad o a su vigor, tropieza con la unidad e indivisibilidad de la dignidad humana. Como en temprana hora lo expresó la Asamblea General de las Naciones Unidas, en cita que ahora se repite, “el hombre privado de los derechos económicos, sociales y culturales no representa a la persona humana que la Declaración Universal considera como el ideal

del hombre libre”¹¹². Casi cuarenta años más tarde, en los Principios de Limburgo¹¹³ se postuló que

Teniendo en cuenta que los derechos humanos son indivisibles e interdependientes, se debería prestar la misma atención y consideración urgente a la aplicación, fomento y protección tanto de los derechos civiles y políticos, como de los económicos, sociales y culturales.

Por esa misma razón conceptual, una distinción fundada sobre una hipotética diferencia de naturaleza entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, adversa una de las notas características de los derechos humanos mismos, como lo es su indivisibilidad e interdependencia.

Pero la crítica a la diferencia de naturaleza entre una y otra categoría de derechos no se agota en lo ontológico. Pasaré revista a continuación a las notas sobre las cuales ha pretendido construirse la diferencia de naturaleza entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales.

- i. En el plano de la técnica legislativa, se ha afirmado que mientras los textos legales referidos a los derechos civiles y políticos son claros en cuanto al contenido de los derechos y de las obligaciones exigibles, los que atañen a los DESC son imprecisos y genéricos. Esto obedecería a que la creación de las condiciones sociales y económicas que permiten el goce de los DESC no puede ser descrita en términos jurídicos. Para que un derecho sea “legal”,

¹¹² Resoluciones 421 (V), Sección E, y 543 (VI).

¹¹³ Del 2 al 6 de junio de 1986, se reunió en Maastricht, Países Bajos, un grupo de distinguidos expertos en Derecho Internacional convocados por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburgo (Maastricht) y el Instituto Urban Morgan para los Derechos Humanos de la Universidad de Cincinnati (Ohio, EE.UU). El propósito de la reunión era el considerar la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados Partes del PIDESC, así como la cooperación internacional según lo dispuesto en la Parte IV del Pacto. Los expertos aprobaron por unanimidad un conjunto de principios sobre la materia que los congregó, conocidos como los Principios de Limburgo, los cuales han ganado, con el tiempo, progresiva autoridad como instrumento interpretativo del PIDESC.

debe ser legalmente definible; sólo así será exigible y, de allí, justiciable.

La pretendida debilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, en realidad, se ha construido más bien sobre la debilidad de los deberes del Estado para proveer a su protección. La exigibilidad de los DESC frente al Estado puede ser presentada como atenuada por ciertas formulaciones contenidas en convenciones internacionales según las cuales: 1) como norma general, los Estados estén obligados solamente a “adoptar medidas” (PIDESC, art. 2.1; PSS, art.1) o a “adoptar providencias” (CADH, art. 26) para lograr su plena efectividad; 2) ese objetivo ha de alcanzarse “progresivamente”, de modo que no sería inmediatamente reclamable; y, 3) las medidas o providencias dependerían de los “recursos disponibles” por el Estado.

Sin embargo, esas objeciones son superficiales y no afectan la naturaleza de los DESC como verdaderos y propios derechos ni excluyen en manera alguna su exigibilidad ni su justiciabilidad frente al Estado. Tampoco son objeciones que pueden oponerse exclusivamente a los derechos económicos, sociales y culturales. Si el Estado está obligado a adoptar medidas y no las adopta, incurre en una infracción al derecho internacional, es decir, en un hecho ilícito internacional. La circunstancia de que deban tomarse en cuenta componentes tales como la disponibilidad de recursos y la satisfacción progresiva de los derechos, introduce mayor complejidad al estándar de incumplimiento de la obligación, pero no desvirtúa su naturaleza como tal ni excluye la responsabilidad por incumplimiento.

Además, semejante línea de argumentación parece dejar de lado principios cardinales. En cuanto al derecho interno, se hace abstracción de la supremacía de la Constitución del Estado, es decir, su suprema obligatoriedad para todo el aparato del Estado, para el órgano legislativo, para la administración y para el juez. En cuanto al derecho internacional, se olvida una regla fundamental: *pacta sunt servanda*. No es una nadería pretender que hay normas que, a la vez, forman parte de la Constitución y de convenciones internacionales, pero que no son propiamente obligatorias ni

exigibles. No puede desconocerse que la formulación genérica, ambigua o vaga de un derecho o su contenido resultan en una dificultad para su aplicación, pero no por ello debe tenerse el derecho como inexistente o no proclamado. El papel del intérprete ha de ser el de determinar el contenido de esas obligaciones, por más que el mismo haya sido formulado de manera vaga, genérica o imprecisa. En la medida en que esto no es posible, es preciso hacer un esfuerzo por elaborar reglas más detalladas y obtener su aceptación por los Estados. Finalmente, si el sistema de exigibilidad de las obligaciones prueba ser insatisfactorio, deben buscarse los medios y las vías para mejorar su efectividad. Como bien se ha dicho, si este punto de partida no se adopta, la alegada insubstancial naturaleza legal de los DESC será una profecía auto cumplida¹¹⁴.

Así, por ejemplo, a propósito de la formulación en términos generales de la obligación a cargo del Estado de adoptar “medidas” o “providencias”, cabe subrayar que ella no está condicionada ni sometida a plazos. Como lo ha subrayado García Ramírez, ella “existe sin más, y por ello puede ser reclamada, también sin más”¹¹⁵. A lo sumo podría argüirse, como antes he dicho, que se trata, en algunos casos, de obligaciones de medio o de comportamiento; pero, como se verá luego, este género de obligaciones no comporta un deber jurídico de menor rango que las obligaciones de resultado: las distingue la configuración de sus violaciones así como los criterios que han de aplicarse para determinar cuándo han sido infringidas. Su inobservancia acarrea responsabilidad por el mismo título que las obligaciones de resultado, pues en ambos casos se configura un hecho ilícito en términos objetivos, es decir, la infracción de una norma jurídica. Adicionalmente, el Estado debe adoptar medidas o providencias, de modo que si no adopta ninguna con respecto a determinado derecho, estará violando de plano esa obligación general.

En verdad, la descalificación jurídica de los derechos humanos por la ambigüedad de los términos que los enuncian y por expresar a

¹¹⁴ Cfr. Van Hoof, G., “The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: a Rebuttal of Some Traditional Views”... pág. 102.

¹¹⁵ García Ramírez, S., “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”... pág. 140.

menudo más deseos que realidades tangibles, no es una novedad ni es exclusiva de los derechos económicos y sociales, pues esas objeciones ya fueron enunciadas en hora temprana respecto de las declaraciones de derechos del siglo XVIII¹¹⁶, que estaban referidas exclusivamente a los derechos individuales y a las libertades públicas y precedieron en casi siglo y medio a las primeras proclamaciones formales de los DESC.

- ii. Tampoco puede considerarse como una disminución en la naturaleza de los DESC que el compromiso de satisfacerlos deba ordenarse atendiendo a los recursos disponibles. Hay derechos civiles y políticos cuya realización depende de los recursos disponibles, como el derecho al debido proceso, los derechos políticos y los derechos de las personas detenidas. Podría argüirse que en estos casos las convenciones internacionales no establecen un vínculo entre la garantía a tales derechos y la existencia de recursos disponibles, de manera que a la denuncia de su violación el Estado no podría oponer la defensa de la escasez o inexistencia de recursos materiales. Pero, aun admitiendo que en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales esta defensa pudiera ser opuesta, ¿sobre quién recae la carga de la prueba de que la imposibilidad de cumplir se debió a la falta de recursos? El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha observado que “para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas por falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha hecho todo el esfuerzo para satisfacer con carácter prioritario esas obligaciones mínimas”¹¹⁷. Además, como bien lo ha destacado Bolívar, estos compromisos necesariamente implican el deber de disponer de indicadores objetivos y confiables sobre la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales y el

¹¹⁶ Un ejemplo clásico es el de las críticas de Jeremy Bentham a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en su obra *Anarchical Fallacies: Being and examination of the Declarations of Rights issued during the French Revolution*. Cfr. Pérez Luño, A.E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, novena edición. Ed. Tecnos, Madrid, 2005, págs. 28-30.

¹¹⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 3, párr. 10.

correlativo derecho a esos indicadores, cuya existencia es, por sí misma, una expresión del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones correspondientes, puesto que un Estado nunca podrá alinear sus políticas en la dirección de sus obligaciones si carece de los indicadores para determinar el efecto de dichas políticas¹¹⁸.

- iii. También se ha afirmado que los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales tienen una estructura sustancialmente disímil, lo cual tampoco es sostenible en el plano de la teoría jurídica¹¹⁹. A este respecto, una nota que se ha presentado como de diferenciación entre los derechos civiles y políticos y los económicos sociales y culturales consiste en que los primeros se concretarían en obligaciones de no hacer a cargo (no privar de la vida o la integridad, no interferir en el ejercicio de las libertades públicas, etc.) del Estado mientras que los segundos requieren de éste ciertas prestaciones o el cumplimiento de obligaciones de hacer (promover el pleno empleo, suministrar adecuados servicios de salud o educación, etc.). Sin desconocer que numerosos DESC requieren de prestaciones positivas, un examen de esta aparente nota de diferenciación revela que es superficial. Primero, porque hay numerosos derechos civiles y políticos que no pueden ejercerse ni alcanzar su plenitud sin una prestación positiva del Estado, como ocurre con la organización de los servicios de justicia, en relación con el debido proceso, con la organización electoral, con respecto a los derechos políticos y con la misma policía, en relación con la vida y la seguridad, por ejemplo. Lo mismo ocurre con la mayoría de las obligaciones de garantía de estos derechos, como son la prevención, investigación y sanción de sus violaciones. Segundo, porque en el ámbito de los DESC también se detectan numerosas obligaciones negativas o de no hacer, como no interferir ilegítimamente en la actividad sindical, en la libertad de educación,

¹¹⁸ Cfr. Bolívar, L., "Derechos económicos, sociales y culturales: derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes. Una visión desde la (in)experiencia de América Latina"... pág. 115.

¹¹⁹ Sobre la unidad de estructura de los derechos humanos, civiles y políticos y económicos, sociales y culturales, cfr. Abramovich, V. y C. Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles...* págs. 19-37.

en la creación, preservación y diseminación de bienes culturales, etc. Tercero, porque la prohibición de destrucción de los derechos humanos está referida por igual a los derechos civiles y políticos y a los económicos, sociales y culturales, como lo establece el artículo 5(1) del PIDCP y del PIDESC, una disposición común a ambos tratados, que prohíbe “emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto”. Como bien se ha observado a propósito de los derechos económicos, sociales y culturales, “la inexistencia de la prestación estatal supone automáticamente la denegación del derecho”¹²⁰. En ese mismo sentido, pienso que cabe hacer una distinción entre la no satisfacción de los DESC, que puede depender del incumplimiento o no de obligaciones de medio o comportamiento, y su supresión o destrucción, que comporta un resultado ilegítimo y contrario al derecho internacional¹²¹.

- iv. Esta distinción se interrelaciona con otra, según la cual los derechos civiles y políticos tendrían como contrapartida obligaciones de resultado a cargo del Estado, mientras que los DESC se traducirían en obligaciones de comportamiento. Puede admitirse que obligaciones de una y otra naturaleza se corresponden más a menudo con una u otra categoría de derechos, pero esto es irrelevante. En efecto, las obligaciones de resultado y obligaciones de comportamiento participan de la misma naturaleza: son deberes jurídicos. La diferencia está en cómo se aprecia su cumplimiento o su incumplimiento. En un caso habrá que verificar si un resultado determinado se ha obtenido, mientras que en el otro será necesario comparar la diligencia del Estado con ciertos estándares, como ocurre en numerosos casos en el derecho interno (como el estándar del *bonus pater familiae*, por ejemplo), o en el derecho internacional (como el estándar mínimo en el trato a extranjeros, por ejemplo). Al cumplimiento de las obligaciones de comportamiento debería corresponder el estándar de buen

¹²⁰ Contreras Peláez, F., citado por Abramovich, V. y C. Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles...* pág. 25.

¹²¹ He abordado el tema en “El impacto de la crisis económica mundial sobre los derechos humanos”... págs. 82-92.

gobierno, es decir, debería compararse el comportamiento concreto del gobierno que procura la satisfacción de los DESC con el que abstractamente se asumiría con el gobierno de un Estado moderno razonablemente bien organizado. Lo mismo podría decirse, por ejemplo, con las obligaciones asumidas por los Estados partes en el PIDESC de “adoptar medidas... hasta el máximo de los recursos de que disponga... para lograr progresivamente por todos los medios apropiados... la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”¹²². Las obligaciones de comportamiento no son deberes jurídicos devaluados; ellas son igualmente exigibles y su incumplimiento compromete la responsabilidad del Estado, tanto como el de las obligaciones de resultado.

Por lo demás, se pueden detectar derechos económicos, sociales y culturales que aparejan obligaciones de resultado y no de mero comportamiento o que combinan unas y otras. Por ejemplo, el artículo 13 del PIDESC establece la obligación de suministrar enseñanza primaria “obligatoria y asequible a todos gratuitamente”, que es una clara obligación de resultado. En cambio, en materia de enseñanza secundaria y superior, el deber de los Estados se contrae a “la implantación progresiva de la enseñanza gratuita” lo que es, en principio, una obligación de comportamiento, que deviene no obstante en obligación de resultado una vez alcanzada esa meta, de la cual no cabría legítimamente “regresar”. A la inversa, en el campo de los derechos civiles y políticos están también presentes

¹²²El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha puntualizado que “se debe dar a la frase ‘por todos los medios apropiados’ su significado pleno y natural. Si bien cada Estado Parte debe decidir por sí mismo qué medios son los más apropiados de acuerdo con las circunstancias y en relación con cada uno de los derechos contemplados, la ‘propiedad’ de los medios elegidos no siempre resultará evidente. Por consiguiente, conviene que los Estados Partes indiquen en sus informes no sólo las medidas que han adoptado sino también en qué se basan para considerar tales medidas como las más ‘apropiadas’ a la vista de las circunstancias. No obstante, corresponde al Comité determinar en definitiva si se han adoptado o no todas las medidas apropiadas” (Observación General No. 3, párr. 4). Por lo demás, las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales están en gran medida dirigidas a precisar ciertos estándares o conceptos generales presentes en el Pacto, tales como “nivel de vida adecuado”, “el más alto nivel posible de salud física o mental”, “alimentación adecuada”, “vivienda adecuada”, por ejemplo.

ciertas obligaciones de comportamiento, particularmente en lo que concierne a la garantía de esos derechos. Como lo ha advertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en un *dictum* aplicable a toda obligación de comportamiento, éstas deben

...emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares...¹²³.

- v. Los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales también se distinguirían¹²⁴:
- *Ratione temporis*: los derechos civiles y políticos se implementan de inmediato, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales se realizan progresivamente.
 - *Ratione materiae*: los derechos civiles y políticos deben ser respetados en su totalidad mientras que los DESC pueden ser aceptados parcialmente.
 - *Ratione personae*: los derechos civiles y políticos deben garantizarse por igual a todos (universalmente), mientras en que los derechos económicos, sociales y culturales ciertos grupos de la población pueden, y en ocasiones, deben ser tratados con prioridad (selectivamente).

¹²³Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988...* párr. 177; *Caso Godínez Cruz, sentencia de 20 de enero de 1989...* párr. 188. El *dictum* está referido a la obligación de investigar, pero perceptiblemente tiene su origen en otro de la Corte Internacional de Justicia referido a la obligación de negociar, que es otra obligación de comportamiento o de medio: las partes “tienen la obligación de comportarse de tal manera que la negociación tenga un sentido, lo que no ocurre cuando una de ellas insiste sobre su propia posición sin contemplar ninguna modificación” (the parties “are under an obligation so to conduct themselves that the negotiations are meaningful, which will not be the case when either of them insists under upon its own position without contemplating any modification on it”). Les parties “ont l’obligation de se comporter de telle manière que la négociation ait un sens, ce qui n’est pas le cas lorsque l’une d’elles insiste sur sa propre position sans envisager aucune modification”). *Northern Sea Continental Shelf, Judgement*. ICJ, Reports 1969, párr. 85.

¹²⁴Cfr. Bossuyt, M., “La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels”... págs. 791-792; Van Hoof, G., “The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views”... págs. 104-105.

Se trata de una apreciación superficial y rígida¹²⁵. Histórica y empíricamente, todos los derechos humanos son, hasta cierto punto, progresivos. En mi parecer, como antes he expresado, la progresividad es una nota de la naturaleza de los derechos humanos, que no tiene que ver con su exigibilidad ni con su esencia como tales derechos subjetivos. El desarrollo de la protección de los derechos humanos demuestra la existencia de una tendencia manifiesta hacia la extensión de su ámbito de modo continuado e irreversible tanto en lo tocante al número y contenido de los derechos protegidos como en lo que se refiere a la eficacia y el vigor de los mecanismos y de las instituciones nacionales e internacionales de protección. Eso, que es un fenómeno de progresividad, encuentra su raíz en la esencia de los derechos humanos como concepto. Como los derechos humanos son inherentes a la persona y su existencia no depende del reconocimiento de un Estado, siempre es posible extender el ámbito de la protección a derechos que anteriormente no gozaban de la misma. Siendo además una herramienta de lucha contra la opresión, es comprensible que vaya abriéndose campo progresivamente.

Ha sido así como se ha ensanchado sucesivamente el ámbito de los derechos humanos y su protección, tanto a nivel doméstico como en la esfera internacional. Los derechos civiles y políticos no fueron objeto de reconocimiento universal, ni muchísimo menos, desde su aparición. Cuando emergieron los primeros derechos humanos, civiles y políticos, a fines del siglo XVIII, aún existía la esclavitud, sin que aquellas revoluciones alcanzaran a abolirla. De hecho, el reconocimiento de los DESC fue una conquista posterior, en términos generales, a la de los derechos civiles y políticos, pero no de un todo. Para el momento en que surgieron los DESC estaba aún pendiente la conquista de numerosos derechos civiles y políticos, especialmente en el campo de la discriminación contra la mujer y de la discriminación racial. Más aún, los derechos civiles y políticos de los niños y adolescentes no fueron objeto de reconocimiento universal sino en el ocaso del siglo XX. Incluso en nuestros tiempos

¹²⁵ Cfr. Van Hoof, G., "The Legal Nature of Economic, Social and Cultural; Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views"... pág. 104.

cabe preguntarse si la igualdad ante la ley, por ejemplo, es un derecho universalmente conquistado y efectivo. No es verdad, por tanto, ni histórica ni conceptualmente que los derechos civiles y políticos sean ajenos a la nota de progresividad tal como ésta es atribuida a los derechos económicos, sociales y culturales.

Adicionalmente, existen numerosos DESC que son inmediatamente exigibles, algunos de los cuales han sido señalados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales con respecto al Pacto correspondiente de las Naciones Unidas¹²⁶. Adicionalmente, la obligación de adoptar medidas es inmediatamente exigible.

Tampoco es cierto que todos los derechos civiles y políticos sean respetados enteramente y por igual. Los diversos sistemas constitucionales así como los sistemas internacionales, sean el universal y o los regionales, no definen simétricamente todos los derechos humanos, ni en su contenido positivo ni en las limitaciones legítimamente autorizadas¹²⁷. Esto no contradice la universalidad de los derechos humanos, pues la misma no se opone a adaptaciones razonables a “las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos”, siempre que no contradigan el deber de los Estados, “sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”¹²⁸. Adicionalmente, los tribunales internacionales de derechos humanos, especialmente la Corte Europea de Derechos Humanos, han reconocido que los Estados

¹²⁶En el párrafo 5 de la Observación General No. 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales Adoptadas por Órganos Creados en Virtud de Tratados de Derechos Humanos, HRI/GEN/1/Rev.7, 12 de mayo de 2004), el Comité identificó como inmediatamente exigibles los derechos a los que se refieren los artículos 3, 7(a)(i), 8, 10(3) 13(2)(a), 13(3), 13(4) y 15(3).

¹²⁷Por ejemplo, el derecho de propiedad es reconocido como un derecho individual y clasificado entre los civiles y políticos por el Protocolo 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 21). Fue reconocido igualmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, pero no ha sido incluido en los pactos de las Naciones Unidas.

¹²⁸Declaración y Programa de Acción de Viena, párr. 5.

disponen de un “margen de apreciación” para determinar el alcance de las limitaciones legítimas a los derechos civiles y políticos.

Es igualmente inexacto que todas las personas estén en condiciones de absoluta igualdad frente a los derechos civiles y políticos. Por una parte, hay numerosas disposiciones y medios de protección específicos para atender la situación especial de personas o grupos de personas especialmente vulnerables, que son tratadas de una manera hasta cierto punto selectiva. Igualmente, hay restricciones específicas en el goce de derechos civiles y políticos enfocadas exclusivamente sobre determinadas personas o grupos, tales como las personas detenidas, las personas que padecen ciertas enfermedades, los militares o los funcionarios públicos, que limitan institucionalmente algunas de esos derechos, sin que esto afecte la igualdad ante la ley ni la universalidad de los derechos humanos.

Por tanto, los criterios de distinción fundados en razones de temporalidad, de materia o de persona no resisten un escrutinio detenido y aparecen como criterios rígidos enderezados a establecer una diferenciación preconcebida.

- vi. Otra nota diferencial que se ha avanzado¹²⁹ es que la realización de los DESC requiere un esfuerzo financiero del Estado, lo cual no ocurre con los derechos civiles y políticos. No es relevante, según esta postura, que algunos derechos civiles y políticos, como el debido proceso y la celebración de elecciones libres, requieren un esfuerzo financiero, porque se trataría de un esfuerzo mínimo que no va mucho más allá del requerido para asegurar la existencia misma del Estado. Sin embargo, este último esfuerzo, en términos proporcionales, puede ser muy significativo, especialmente entre los países pobres. Además, parece partirse del presupuesto de que el Estado no tiene entre sus fines atender a las necesidades socio-económicas de la población, lo que se traduce en la satisfacción de sus derechos económicos, sociales y culturales. Se trata, en verdad, de una *petitio principii*, pues para denegar la existencia

¹²⁹ Cfr. Bossuyt, M., “La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels”... pág. 790; Van Hoof, G., “The Legal Nature of Economic, Social and Cultural; Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views”... pág. 103.

de deberes jurídicos tangibles de los Estados de cara a los DESC, se parte del principio de que estos derechos no tienen la misma importancia para la existencia del Estado que las que portan los civiles y políticos. Lo que se pone de manifiesto, por una parte, es el desconocimiento de la unidad e indivisibilidad de todos los atributos de la dignidad de la persona humana; y, por otra parte, un concepto anticuado del Estado, sólo como potencial agresor de las libertades públicas y los derechos individuales y no como garante de todos los derechos humanos.

- vii. Otro de los puntos centrales relativos a la naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales, en particular con respecto a su diferenciación con los derechos civiles y políticos, ha tenido que ver con su justiciabilidad, entendida como la posibilidad efectiva de protección jurisdiccional. Este tema se plantea a veces con el ímpetu de un círculo vicioso o de una doble petición de principios, pues se objeta la naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales como verdaderos derechos porque no serían justiciables y, a la inversa, se afirma que no son justiciables porque no son verdaderos derechos o porque su naturaleza particular así lo impone.

b. La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales

Entendemos por “justiciabilidad” la “posibilidad efectiva de protección jurisdiccional promovida por una acción procesal y alcanzada mediante una sentencia de necesario cumplimiento para el obligado”¹³⁰. En el caso de los derechos humanos, se trata de acudir ante el sistema judicial del Estado para proteger el derecho violado o amenazado y determinar la responsabilidad del causante de la infracción, así como las consecuencias de ella.

La justiciabilidad supone, por tanto, una pretensión formulada por un reclamo en contra de un sujeto obligado por el derecho y al mismo tiempo, en términos amplios, un juzgador que, satisfechas determinadas circunstancias, resuelve la controversia.

¹³⁰Cfr. García Ramírez, S., García Ramírez, S., “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”... pág. 131.

Requiere un órgano jurisdiccional (ente decisor) independiente e imparcial para dirimir la controversia, tanto en la apreciación y valoración de los hechos, a través de un sistema probatorio preestablecido y transparente, como en la interpretación o aplicación del derecho. La independencia y la imparcialidad son estados de espíritu. La independencia alude a la inexistencia de relaciones con una de las partes en la controversia que puedan influir en la decisión del árbitro, mientras que la imparcialidad está referida a la ausencia de sesgos o predisposición hacia una de las partes. Tal estado de espíritu sólo puede ser inferido de la conducta del juzgador o de personas conectadas con él, de lo que resulta una dificultad probatoria de las impugnaciones a su independencia o imparcialidad. En particular, las decisiones precedentes en casos similares no prejuzgan sobre la independencia o imparcialidad, pues, por una parte, las conclusiones que haya obtenido de la apreciación de los hechos o el derecho en un caso no le impide llegar a conclusiones diferentes en otro; y, por otra parte, si la analogía entre dos casos hace inevitable que se resuelvan del mismo modo, ello no es el resultado de la parcialidad o falta de independencia del juzgador sino un imperativo de la justicia, que requiere que casos idénticos sean resueltos en el mismo sentido.

La justiciabilidad, además, debe hacerse efectiva a través del debido proceso. La controversia debe ser resuelta a través de un procedimiento contradictorio, donde esté garantizada la igualdad de las partes en la defensa de sus respectivas posiciones, tanto en lo que se refiere a la promoción y producción de las pruebas como en la exposición y audiencia de sus alegatos.

La decisión es obligatoria para las partes en el proceso. Su contenido dependerá del tipo de recurso interpuesto, pero, en general, en materia de derechos humanos la vocación de las decisiones es atender a:

- La **restitución**, hacer cesar el acto lesivo y borrar sus consecuencias, es decir, restablecer hasta donde sea posible el derecho lesionado al estado anterior al inicio de la lesión.
- La **indemnización**, es decir, el pago de una suma de dinero que compense, hasta donde sea posible, el daño no reparado mediante la restitución.
- La **garantía de no repetición**.

- La **satisfacción**, que puede consistir en un reconocimiento de la violación, una expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada.

Por otra parte, debe hacerse una distinción entre justiciabilidad, de un lado, y exigibilidad directa, por la otra. Cuando el contenido del derecho y, más aún, el contenido de la obligación a cargo del Estado están claramente definidos, no existe obstáculo alguno para invocar la protección judicial. En el ámbito del derecho internacional, la noción de exigibilidad inmediata de los derechos y las obligaciones que surgen de una convención internacional está conectada con la posibilidad de que esa convención sea directamente invocada ante el juez nacional para fundar una pretensión. Es decir, lo que debe dilucidarse es si la convención internacional es auto ejecutable en el caso presentado ante la instancia nacional. Esto depende, ante todo, del derecho interno, pues el mecanismo a través del cual un tratado se incorpora al orden jurídico doméstico y es, por lo tanto, susceptible de ser aplicado directamente por el juez nacional, es materia del sistema de derecho interno. En segundo lugar, si el derecho interno no se opone a que el juez nacional aplique directamente el derecho internacional, habría que determinar si la norma internacional está formulada de manera que el juez nacional la pueda aplicar directamente. Si este es el caso, estaremos ante derechos y obligaciones internacionales directamente exigibles ante el juez nacional.

Los derechos directamente exigibles son siempre justiciables. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha identificado ciertos derechos “que cabría considerar de aplicación inmediata por parte de los órganos judiciales y de otra índole en numerosos sistemas legales nacionales”¹³¹. Son ellos (los que siguen son artículos del PIDESC): la no discriminación por razón de género (art. 3), el derecho a un salario equitativo (art. 7 (a)(i)), los derechos sindicales (art. 8), el derecho de protección de niños y adolescentes (art. 10(3)), el derecho a la enseñanza primaria obligatoria (art.13(2)(a)), la libertad de educación y de enseñanza (art 13(3) y 13(4)) y la libertad de investigación científica y de creación (art. 15(3)). Adicionalmente, la obligación de adoptar medidas es inmediatamente exigible.

¹³¹ Ver nota 126 *supra*.

Adicionalmente, aun con respecto a derechos que no están definidos en términos que permitan su aplicación inmediata por el juez, normalmente será posible identificar DESC, o aspectos de ellos, que son justiciables. Por ejemplo, estando garantizado el derecho a la vivienda de manera genérica, será difícil formular una pretensión ante el juez para que éste asigne vivienda a todo aquel que acuda a demandar esa pretensión; pero sí podrá prohibir desalojos arbitrarios o la demolición de viviendas que no contemple solución habitacional para los afectados. En todo caso, a la luz de la jurisprudencia (tanto nacional como internacional) y de la práctica de entidades internacionales competentes, puede verificarse que numerosos DESC son justiciables, con base en los más variados mecanismos. Por sí mismos, son justiciables la no discriminación, particularmente en el acceso a la satisfacción de prestaciones; la libertad de reunión y de asociación, en especial con fines económicos, laborales, sociales, culturales o deportivos; los derechos de la familia; los derechos del niño; el derecho de propiedad (CADH, art. 21.1); la prohibición de la usura y de cualquier forma de explotación del hombre por el hombre (CADH, art. 21.3); y la libertad de educación (PSS, art. 13). Se han identificado asimismo numerosas situaciones en la cuales la justiciabilidad internacional de los DESC se ha afincado sobre diversos pivotes que proporcionan los derechos civiles y políticos, como lo son el derecho a la vida¹³², al debido proceso o a un recurso efectivo¹³³.

Un factor que conspira contra la justiciabilidad de los DESC es la ignorancia, especialmente frente a la superstición ligada a las formulaciones genéricas, y que se traducen irreflexivamente como

¹³² Cfr., p. ej., Corte I.D.H., *Caso Villagrán Morales (caso de los Niños de la Calle)*, sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, No. 63. La Corte afirmó (párr. 144) que el derecho a la vida implica “un derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna”.

¹³³ Para un examen de estas diversas aplicaciones, Abramovich, V., “Los derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”... Igualmente, Abramovich, V. y C. Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles. Derecho al trabajo, salud, vivienda, educación y seguridad social*, 2a. ed. Buenos Aires, 2004. Para el derecho a la salud, Brewer Carías, A. R., “Algunos aspectos del derecho a la salud en las constituciones latinoamericanas y los problemas de justiciabilidad”, XXII Curso Interdisciplinario sobre Derechos Humanos, San José, 2004.

programáticas para negar su existencia normativa. A menudo, por ignorancia, el abogado puede abstenerse de invocar, o haciéndolo, el juez nacional puede denegar dicha justiciabilidad, como ha ocurrido también con derechos civiles y políticos erróneamente conceptuados como programáticos. Pero ello es, precisamente, lo que debería otorgar una función relevante en este ámbito a la protección internacional, concebida para remediar las deficiencias de la jurisdicción doméstica. Sin embargo, las demandas internacionales en este ámbito no han sido las más numerosas. Uno de los factores por los cuales no puede identificarse un acervo de derechos económicos, sociales y culturales justiciables radica, sin duda, en defectos de práctica forense.

Conviene entonces evocar el sugestivo catálogo de propuestas formulado por Abramovich y Curtis, como vías para la justiciabilidad de los derechos humanos. A la exigibilidad directa, los señalados autores agregan seis vías para la exigibilidad indirecta de los DESC, que llegan a ser justiciables apoyándose en otros derechos¹³⁴:

- Protección de los derechos económicos, sociales y culturales a partir del principio de igualdad y la prohibición de discriminación.
- Protección de los DESC con apoyo en el derecho al debido proceso.
- Protección de los DESC a través de los derechos civiles y políticos.
- Protección de los DESC a través de otros derechos económicos, sociales y culturales.
- Protección de los DESC como límites a los derechos civiles y políticos.
- Protección de los DESC a través de derecho de acceso a la información.

Debe reconocerse, sin embargo, que la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales no se garantiza exclusivamente mediante su justiciabilidad. Una sentencia judicial puede ordenar el remedio de una situación particular, pero no puede enmendar ni redefinir políticas públicas, que son materias propias del gobierno y la política y no de la justicia y el derecho. El juez puede proteger a las

¹³⁴ Abramovich, V. y Curtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles...* págs. 168-249.

víctimas particulares por la violación, por ejemplo, de su derecho a la salud, pero no es competente para definir una política hospitalaria o de prestación de servicios médicos. Además, para que su sentencia brinde la protección demandada se requiere que ella sea ejecutada, lo cual puede resultar imposible en determinados casos por carencia oportuna de recursos por parte del Estado. El remedio judicial puede ser incompleto o ilusorio, de modo que no debe construirse un concepto de satisfacción de los DESC con base exclusiva en su justiciabilidad; pero que la solución judicial no baste para su protección y satisfacción no puede ser motivo para denegar el acceso a la justicia a quienes sufran violaciones a sus derechos económicos, sociales o culturales. Por lo demás, la justiciabilidad tampoco remedia ciertas condiciones generales relativas al ejercicio de no pocos derechos civiles y políticos, cuya satisfacción también se conecta con políticas públicas, como la administración de justicia, la administración penitenciaria o la organización electoral.

c. Una definición unitaria

En conclusión, la diferenciación entre los derechos económicos, sociales y culturales y los civiles y políticos tiene una base histórica, por el diferente tiempo en que insurgieron como tales derechos humanos (según la fecha de su “descubrimiento” en el antes referido concepto de Nino). Ella carece, empero, de justificación en cuanto a su naturaleza jurídica. En cambio, parece más certero identificar una tendencia, ya propuesta hace tiempo por Van Hoof¹³⁵ de clasificar más bien las obligaciones del Estado con respecto a todos los derechos humanos, con prescindencia de que éstos estén incluidos en cualquiera de las categorías tradicionales, es decir, sin que la naturaleza de esas obligaciones dependa de que se originen en derechos civiles y políticos o en derechos económicos, sociales y culturales. Según la propuesta de Van Hoof, existirían cuatro tipos o niveles de obligaciones del Estado de cara a los derechos humanos, a saber, obligaciones de respetar, obligaciones de proteger, obligaciones de realizar y obligaciones de promover. Esa tendencia ha adquirido vigor, con algunas variantes a

¹³⁵ Van Hoof, G., “The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: a Rebuttal of Some Traditional Views”... págs. 99 y ss.

veces, que reducen las categorías o niveles a tres: respetar, proteger y realizar¹³⁶. Por su parte, y en el mismo sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a propósito del derecho a una alimentación adecuada contenido en el artículo 11 del PIDESC, ha dicho:

El derecho a la alimentación adecuada, al igual que cualquier otro derecho humano, impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: las obligaciones de **respetar, proteger y realizar**. A su vez, la obligación de **realizar** entraña tanto la obligación de **facilitar** como la obligación de **hacer efectivo**¹³⁷. (Subrayado agregado; énfasis del original.)

El fenómeno jurídico que subyace a esta afirmación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales consiste en que cada uno de los derechos humanos es fuente plural de obligaciones a cargo del Estado. El derecho a la vida, por ejemplo, no se agota en la obligación de no privar a nadie de ella arbitrariamente (respeto a la vida por parte del Estado y sus agentes), sino que comprende asimismo numerosas actividades de protección y prevención en las más diversas áreas (sanitaria, alimentaria, policial, educacional etc.),

¹³⁶ Shue, H., *Basic Rights*. Princeton University Press, 1996 (Abramovich (cit. nota al pie 17; en la edición de 1980 de este mismo libro, Shue ya habría sugerido esa distinción, pero no he podido corroborar la referencia); Toebes, B., "Human Rights, Health and Nutrition", en: *The Third Abraham Horwitz Lecture*. SCN News No. 18, julio 1999, págs. 63-70.

¹³⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general No. 12, párr. 15. El Comité, afinando el asunto con respecto al derecho a una alimentación adecuada, continúa en los siguientes términos: "La obligación de **respetar** el acceso existente a una alimentación adecuada requiere que los Estados no adopten medidas de ningún tipo que tengan por resultado impedir ese acceso. La obligación de **proteger** requiere que el Estado Parte adopte medidas para velar por que las empresas o los particulares no priven a las personas del acceso a una alimentación adecuada. La obligación de **realizar (facilitar)** significa que el Estado debe procurar iniciar actividades con el fin de fortalecer el acceso y la utilización por parte de la población de los recursos y medios que aseguren sus medios de vida, incluida la seguridad alimentaria. Por último, cuando un individuo o un grupo sea incapaz, por razones que escapen a su control, de disfrutar el derecho a una alimentación adecuada por los medios a su alcance, los Estados tienen la obligación de **realizar (hacer efectivo)** ese derecho directamente. Esta obligación también se aplica a las personas que son víctimas de catástrofes naturales o de otra índole". (Énfasis del original.)

o de garantía (investigación de los atentados contra la vida, sanción de los homicidas, reparación a los familiares de las víctimas, etc.). Tiene, pues, sentido intentar una clasificación de las obligaciones de los Estados atendiendo al contenido de éstas más que al contenido de cada uno de los derechos, que participan, ellos, de una naturaleza única: son derechos humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, hizo una disección de las obligaciones a cargos de los Estados con base en las dos categorías dispuestas en el artículo 1(1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que son las obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos. El respeto se traduce en que el ejercicio del poder público no puede traspasar los límites que le señalan los derechos humanos y debe abstenerse de ofenderlos o menoscabarlos. La garantía comprende un conjunto de obligaciones complejo, pues

... implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos¹³⁸.

Aunque esa dicotomía es plenamente aplicable al Pacto de San José y tiene arraigo en el derecho internacional, debe admitirse que ella apunta hacia el sistema de la Convención y que no ha sido trasladada al Protocolo de San Salvador. En esa perspectiva y teniendo en cuenta las elaboraciones anteriores pero también la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como la pluralidad de deberes que pueden surgir de todos los derechos humanos, en particular los DESC, me atrevo a sugerir la siguiente clasificación de las obligaciones de los Estados frente a todos los derechos humanos:

¹³⁸ Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*, sentencia de 29 de julio de 1988... párr. 166; *Caso Godínez Cruz*, sentencia de 20 de enero de 1989... párr. 175.

- i. **Obligación de respetar**, que establece límites al poder público más que acciones positivas. En los términos que más arriba se señalaron, el respeto a los derechos humanos implica que la actuación de los órganos del poder público no puede traspasar los límites que le señalan esos derechos, como atributos inherentes a la dignidad de la persona y superiores al poder del Estado.
- ii. **Obligación de proteger**, cuyo contenido está referido a la prevención de violaciones de los derechos humanos, incluida la regulación de la actividad de los actores no estatales en orden a la preservación de los bienes que son el objeto de los derechos humanos.
- iii. **Obligación de satisfacer**, que comprende la promoción de las condiciones necesarias para que toda persona pueda acceder a los recursos necesarios para el goce de sus derechos humanos, así como la provisión de medios mínimos para salvaguardar a quienes, por razones fuera de su control, no pueden procurárselos.
- iv. **Obligación de garantizar**, dirigida a remediar las violaciones a los derechos humanos directamente imputables al Estado y las ofensas a los bienes que son objeto de los mismos derechos, imputables a particulares. La garantía implica la investigación, la atribución de la responsabilidad correspondiente al agente de la lesión y la reparación integral de los daños causados.

Estos son, desde luego, puntos de debate e ideas que siguen decantándose y permanecen abiertos a la discusión, por lo que me detengo ahora sobre ese debate para abordar la cuestión relativa a las limitaciones legítimas a los derechos humanos.

Conclusión

Me detendré sólo sobre un punto, más como reflexión final que como conclusión.

He dicho antes en esta disertación que el Estado es el garante de los derechos humanos, lo que se traduce en que éstos tienen, por lo tanto, una vocación universalizante con respecto a todas las actuaciones del Estado. Son al mismo tiempo límites y lineamientos para el ejercicio del poder público. Por eso choca que se pretenda discernir entre derechos de primera y derechos de segunda a la hora de juzgar el

cumplimiento de los deberes y las funciones del Estado con respecto a los derechos humanos, a todos los derechos humanos.

El reconocimiento de los DESC, que incluye su rango como derechos constitucionales, acarreó, en su momento, cambios en el ámbito que usualmente se reconocía para la acción del Estado. El Estado de Derecho tiene que garantizar el respeto y la aplicación de todo el orden jurídico, que comprende los derechos económicos, sociales y culturales. Para hacer explícito ese paradigma la Ley Fundamental (Constitución) de la República Federal de Alemania de 1949 enmendó la expresión y la tradujo en Estado Social de Derecho.

El Estado Social de Derecho es el resultado, entre otras cosas, de la necesidad de adecuar el orden jurídico político y la organización del Estado a los imperativos de los derechos sociales. Como lo ha expresado García-Pelayo, “mientras que en los siglos XVIII y XIX se pensaba que la libertad era una exigencia de la dignidad humana, ahora se piensa que la dignidad humana (materializada en supuestos socioeconómicos) es una condición para el ejercicio de la libertad”¹³⁹. Para mostrar los contrastes entre el Estado tradicional y el Estado social, el mismo autor expresa:

De este modo, mientras el Estado tradicional se sustentaba en la justicia conmutativa, el Estado social se sustenta en la justicia distributiva; mientras que el primero asignaba derechos sin mención de contenido, el segundo distribuye bienes jurídicos de contenido material; mientras que aquél era fundamentalmente un Estado legislador, éste es, fundamentalmente, un Estado gestor, a cuyas condiciones han de someterse las modalidades de la legislación misma (predominio de los decretos-leyes, leyes medida, etc.); mientras que el uno se limitaba a asegurar la justicia legal formal, el otro se extiende a la justicia legal material. Mientras que el adversario de los valores burgueses clásicos era la expansión de la acción estatal, para limitar la cual se instituyeron los adecuados mecanismos –derechos individuales, principio de legalidad, separación de poderes, etc.–, en cambio, lo único que puede asegurar la vigencia de los valores sociales es la acción del Estado, para lo cual han de desarrollarse también los adecuados mecanismos institucionales. Allí se trataba de proteger a

¹³⁹ García-Pelayo, Manuel, “Las transformaciones del Estado contemporáneo”, en: *Obras completas*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pág. 1603.

la sociedad del Estado, aquí se trata de proteger a la sociedad por la acción del Estado. Allí se trataba de un Estado cuya idea se realiza por inhibición, aquí se trata de un Estado que se realiza por su acción en forma de prestaciones sociales, dirección económica y distribución del producto nacional¹⁴⁰.

Cualquiera sea la denominación, aunque parezcan verdades de Pero Grullo, el Estado debe organizarse y funcionar para alcanzar sus fines, entre los cuales está, y no en baja escala, la garantía de los derechos humanos de todos; y, de manera más global, el bien común. En ese contexto, no puede verse sino con desconfianza y preocupación la tendencia que procura desligar al Estado de sus deberes en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Se trata de una doctrina hermanada con las políticas de rancio liberalismo económico que han apuntado hacia el abaratamiento del Estado, a menudo al precio de sus políticas sociales. Hace ya casi 20 años el Relator especial Türk advertía:

La base jurídica sobre la que se asientan los derechos económicos, sociales y culturales supone fundamentalmente la presencia de un Estado “fuerte” como motor que impulsa la realización de esos derechos, junto con una orientación nacional favorable a esta categoría de derechos. Sin embargo, esta opinión está claramente en contradicción con las realidades políticas que predominan en la mayoría de los Estados y con las opiniones acerca del presunto “papel apropiado” del Estado, que propugna cada vez más el Banco Mundial, según las cuales toda participación del Estado en la economía resulta sospechosa¹⁴¹.

Y agregaba:

...la historia ha demostrado suficientemente que numerosos aspectos de la política social no se pueden resolver mediante la confianza ciega en las fuerzas del mercado¹⁴².

¹⁴⁰ *Ibidem*, pág. 1604.

¹⁴¹ Informe Final del Relator Especial, profesor Danilo Türk, sobre la Realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (E/CN.4/Sub.2/1992/16., 3 de julio 1992), párr. 85.

¹⁴² *Ibidem*, párr. 98.

Este no es un tema teórico, meramente reivindicativo o intrascendente. La mayor forma de opresión de nuestro tiempo es la pobreza. La pobreza es hoy, por lo mismo, el reto más importante para los derechos humanos. La pobreza abate todos los derechos humanos y no sólo los económicos, sociales y culturales; pero sin alcanzar un nivel mínimo de satisfacción de éstos, es imposible que los pobres dejen de ser pobres.

¿Qué es la pobreza?

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha definido la pobreza “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”¹⁴³.

El Sr. Arjun Sengupta, quien fue Experto Independiente de las Naciones Unidas sobre la cuestión de los derechos humanos y la extrema pobreza, definió la extrema pobreza como “una combinación de escasez de ingresos, falta de desarrollo humano y exclusión social”¹⁴⁴.

Más allá de las elaboraciones conceptuales rigurosas, un testimonio de los pobres en su propia experiencia, recogido por el padre Joseph Wrésinski, pionero en la lucha contra la pobreza con un enfoque de derechos humanos, afirma que la pobreza¹⁴⁵ “...no es tener hambre, no saber leer, ni siquiera no tener trabajo, la peor desdicha del hombre. La peor de las desdichas es saberse contado como un nadie, al punto que incluso tus sufrimientos son ignorados. Lo peor es el desprecio de tus

¹⁴³ Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre la pobreza y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 2002, Suplemento No. 2 [E/2002/22-E/C.12/2001/17], anexo VII), párr. 8.

¹⁴⁴ Informe presentado por el Experto Independiente sobre “Los derechos humanos y la extrema pobreza”, Sr. Arjun Sengupta (E/CN.4/2006/43 2 de marzo de 2006), párr. 58.

¹⁴⁵ El padre Wrésinski, él mismo de origen miserable, creó en 1957 la primera asociación contra la exclusión de los más pobres, que más adelante daría origen al Movimiento ATD Cuarto Mundo. Bajo su iniciativa, las Naciones Unidas instauraron el 17 de octubre como Día Mundial de Rechazo a la Miseria.

conciudadanos... La desgracia más grande de la pobreza extrema es la de ser como un muerto en vida a todo lo largo de la existencia”¹⁴⁶.

Lapidariamente, en otro testimonio agrega: “Los pobres, me decía una madre, tienen que trabajar sin oficio, sin nada. Sólo viven para no morir. Pero eso no es vivir verdaderamente la vida, porque la vida no es así...”¹⁴⁷.

Pobreza y derechos humanos: una vinculación necesaria pero incómoda

Teniendo presente el volumen de opresión contra la persona humana que la pobreza entraña y la función ontológica de los derechos humanos como herramienta para la liberación de la opresión, es difícil aceptar la resistencia que han ofrecido los Estados para reconocer la pobreza como una causa de violación masiva de los derechos humanos. Los órganos y expertos de las Naciones Unidas han insistido en que, para acometer el combate contra la pobreza, es imperativo un enfoque de derechos humanos, pero los Estados, vale decir, los gobiernos, en su conjunto, se ha rehusado a aceptar ese enfoque. Según lo informó a la Asamblea General de las Naciones Unidas el mismo Sr. Sengupta, “aunque la comunidad internacional de derechos humanos ha intentado en muchas ocasiones invocar estas fuentes del derecho internacional para obtener el reconocimiento de los derechos y sus correspondientes obligaciones, especialmente los relativos a la eliminación de las condiciones de pobreza en el mundo, la mayoría de los gobiernos no lo han considerado aceptable”¹⁴⁸.

Los gobiernos, en cambio, han estado dispuestos a aceptar declaraciones en las que se exprese que “la extrema pobreza y la exclusión social constituyen una violación de la dignidad humana”¹⁴⁹, o que “las

¹⁴⁶ Wrésinski, Joseph, “Les plus pauvres, révélateurs de l’indivisibilité des droits de l’homme”, en: *Commission nationale consultative des droits de l’homme: Les droits de l’homme en questions. Livre blanc*, prefacio de Jean Pierre-Bloch. La documentation française, París, 1989, pág. 225.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 228.

¹⁴⁸ E/CN.4/2006/43 2 de marzo de 2006, párr. 47.

¹⁴⁹ Proyecto de principios rectores “Extrema pobreza y derechos humanos: los derechos de los pobres”. (A/HRC/2/2-A/HRC/Sub.1/58/36. 11 de septiembre de 2006), párr. 2.

personas que viven en la extrema pobreza tienen derecho a disfrutar plenamente de todos los derechos humanos, incluido el de participar en la adopción de las decisiones que les conciernen y contribuir al bienestar de su familia, su comunidad y la humanidad¹⁵⁰. Lo que no han estado dispuestos a suscribir es que la pobreza constituye un marco de privación y violación múltiple y continua de los derechos humanos de quienes la padecen. Es irónico que se reconozca que se viola la dignidad de los pobres pero no sus derechos, cuando un componente cardinal de la esencia de los derechos humanos es que son inherentes a la dignidad de la persona humana. Afirmar que la dignidad de la persona ha sido violada y negar al mismo tiempo que los derechos humanos aparejados a esa dignidad han sido vulnerados es una contradicción flagrante, más aún cuando adicionalmente se afirma, como una suerte de concesión de suyo inaceptable, que los pobres tienen derecho a disfrutar de todos los derechos humanos (¡como si pudieran no tenerlo!).

No podemos resignarnos a aceptar este enfoque. Primero, porque los Estados tienen obligaciones internacionales y constitucionales de respetar, garantizar, proteger y satisfacer los derechos humanos y las ofensas a sus derechos fundamentales que sufren los pobres a causa de la pobreza no pueden sustraerse a la exigencia de cumplimiento de las obligaciones de los Estados con relación a los derechos humanos. La formulación de sus políticas frente a la pobreza y la actuación de sus órganos y funcionarios en ese marco, están condicionados y direccionados por esas obligaciones. Segundo, porque la existencia de un cuadro de pobreza crítica en la sociedad impide radicalmente que en esa sociedad florezca la plenitud de los derechos humanos. En el área jurídico-política, es posible identificar tres precondiciones o presupuestos sin los cuales la plenitud de los derechos humanos no es posible, incluso si algunos de ellos no son violados. Esas condiciones son la autodeterminación, el Estado de derecho y la democracia. Esto no significa que la ausencia de cualquiera de esos componentes acarree que todos los derechos humanos de todas las personas que viven bajo semejante régimen sean violados; ni tampoco que la reunión de esos

¹⁵⁰ *Ibidem*, párr. 4.

tres presupuestos asegure que todos los derechos humanos de todas las personas son respetados y garantizados. Lo que sí ocurrirá, en cambio, es que en ausencia de esos tres presupuestos nunca podrá alcanzarse un grado razonable de goce efectivo de los derechos humanos por el cuerpo social en su conjunto ni de cada uno de sus componentes individuales. En semejante contexto, nunca podrán cristalizar los valores de una sociedad democrática.

El mismo valor de presupuesto lo tiene, en el área socioeconómica, la existencia de un grado de desarrollo económico y social donde la pobreza crítica generalizada esté excluida. La pobreza crítica asfixia colectivamente los derechos humanos al mismo título que la carencia de autodeterminación, democracia o Estado de Derecho. Esto, de nuevo, no significa que todos los integrantes de la sociedad están privados de todos sus derechos humanos y ni siquiera que todos los derechos de todos los pobres son conculcados. Lo que expresa esta afirmación es que los derechos humanos y los valores democráticos no pueden alcanzar su plenitud en una sociedad minada por la pobreza extrema. La pobreza extrema es al abatimiento de la dignidad humana y la exclusión de los bienes sociales de un grueso contingente de la sociedad, incluidos los bienes que sirven para proteger, satisfacer y garantizar los derechos humanos. Ese contexto afecta, priva o amenaza los derechos humanos tanto a los que padecen directamente la pobreza como a todos los que viven en una sociedad humanamente mutilada.

Más aún, no cabe hablar en plenitud de una sociedad democrática si en ella impera la pobreza crítica, la cual, por definición, excluye a los pobres de la participación real en la gestión de los asuntos públicos y del goce de los beneficios de la participación política. La democracia no puede reducirse a una cuestión procesal, a un mecanismo de tomar el poder mediante el voto y a organizar formalmente el ejercicio del poder público conforme a reglas de legítima representatividad. La democracia que no combate con eficacia la exclusión y la pobreza se niega a sí misma. Para que el *dictum* de Lincoln, que identificó la democracia como el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo, sea una realidad social y política y no un mero ensueño poético, es indispensable erradicar la exclusión masiva que la pobreza crítica

acarrea. Más aún, un sistema de gobierno, un sistema político, como lo es la democracia, no puede ignorar sin más los fines del Estado moderno, no puede desentenderse de un compromiso ontológico con el bien común, y la erradicación de la pobreza crítica en una sociedad que la padece es un imperativo apremiante del bien común. Adicionalmente, la frustración de las esperanzas de las masas que padecen pobreza crítica sobre lo que hará el gobierno representativo para erradicar ese flagelo, rompe el vínculo de la representatividad efectiva y destruye el compromiso colectivo con las instituciones democráticas, creando el caldo de cultivo para su abolición, incluso con la aprobación mayoritaria del pueblo pobre.

El enfoque de derechos humanos, sus consecuencias y sus ventajas

Afirmar que la pobreza ofende la dignidad humana, mas no los derechos humanos, no es sino una manera de evadir o contornar el enfoque de derechos humanos para el flagelo de la pobreza. Esta afirmación no agrega nada en materia de derechos humanos, pero en cambio si le resta un tema capital, como lo es el de la responsabilidad. Un atentado a la dignidad humana, como valor, no entraña consecuencias para el perpetrador, pero una ofensa a los derechos humanos, precisamente por ser derechos de la víctima, acarrear la responsabilidad, en sentido legal o jurídico, del infractor. El enfoque de derechos humanos impone identificar al responsable o responsables. Este concepto, sin duda, comporta delicados y difíciles problemas. ¿Quién responde frente a los pobres y la pobreza? Precisamente en esto radica el gran salto cualitativo implicado en la aparición histórica de los derechos humanos. Desde ese momento las ofensas a los valores de la dignidad de la persona caracterizados como derechos inalienables que le pertenecen dejó de ser un mero pecado para configurarse en un hecho jurídicamente ilícito, que debe ser tratado como tal por el orden jurídico-político del Estado y por la comunidad internacional.

En ese marco debemos formularnos una pregunta y tratar de responderla: ¿es la pobreza únicamente un problema social grave y una inmoralidad en el plano humanitario, o es un hecho jurídicamente

reprobable e ilícito en cuanto priva a quienes la sufren de los bienes jurídicos protegidos por los derechos humanos? Y, de ser un hecho jurídicamente ilícito, ¿quién es el responsable de la infracción, quién repara y cómo se repara el daño causado por la pobreza? Algunas de estas preguntas carecen de respuestas tan evidentes como puede parecernos a primera vista y otras son definitivamente difíciles de responder y, de hecho, no tienen respuestas claras en estos tiempos. Pero hay que buscarlas y hallarlas.

La pobreza, ya lo he dicho, es la mayor forma de opresión de nuestro tiempo y, por lo mismo, es también el reto más importante para los derechos humanos en la hora actual. Es tiempo de reevaluar los derechos económicos, sociales y culturales y de educar para su justa comprensión como herramientas para la emancipación del ser humano, y de los más pobres muy en particular.