IIDH
Instituto Interamericano
de Derechos Humanos

La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales

Asdi
AGENCIA SUECA
DE COOPERACION
INTERNACIONAL PARA
EL DESARROLLO

Embajada
de la República Federal de Alemania
San José

La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Con el apoyo de:
Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo
Embajada de la República Federal de Alemania -San José-

© 2009, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
Reservados todos los derechos.

323.4
I59-j
Instituto Interamericano de Derechos Humanos
La justicia directa de los derechos económicos, Sociales
y culturales / Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
-- San José, C.R. : IIDH, 2008
197 p. 22X14 cm.

ISBN 978-9968-611-09-1

1. Derecho económico social y culturales
2. Sistema interamericano de derechos humanos 3. Justiciabilidad.

Las ideas expuestas en este documento son de exclusiva responsabilidad de las personas autoras y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Se permite la reproducción total o parcial de los materiales aquí publicados, siempre y cuando no sean alterados, se asignen los créditos correspondientes y se haga llegar una copia de la publicación o reproducción al editor.

Equipo productor de la publicación:

Carlos Urquilla
Autor

Víctor Rodríguez
Editor

Odenis Bacallao
Marisol Molestina
Corrección de estilo y formato

Imprenta y litografía Segura Hermanos
Diagramación, artes finales e impresión

Publicación coordinada por la Unidad de Información y de Servicio Editorial del IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica
Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955
e-mail: uinformacion@iidh.ed.cr
www.iidh.ed.cr

Indice

Presentación 7

I

A. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos 12
1. Elemento normativo 13
   a. Normas del ius cogens 16
   b. Costumbre internacional 17
   c. Tratados 19
   d. Declaraciones 29
   e. Principios generales del derecho 32
   f. Resoluciones adoptadas en el marco de la OEA 33
   g. Actos unilaterales de los Estados 33
   h. Normas de soft law 36
2. Elemento orgánico 37
   a. Comisión Interamericana de Derechos Humanos 37
   b. La Corte Interamericana de Derechos Humanos 55
3. Elemento político-subjetivo 61
4. El sentido del sistema 69

B. Derechos económicos, sociales y culturales 76

C. Justiciabilidad 84
1. El carácter independiente e imparcial del ente decisor 86
2. La naturaleza del procedimiento decisorio 88
3. El contenido de la decisión 92

D. A manera de conclusión 105

II

A. La Convención Americana 107
B. El protocolo de San Salvador 160

III

A. Los argumentos de distinción 177

1. Realización inmendiata versus realización progresiva..... 177
2. Justiciabilidad versus no-justiciabilidad 181
3. Gratuidad versus erogaciones 189
4. Obligaciones negativas versus obligaciones positivas 191

B. El abandono de la visión interamericana 192

C. Bases para la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano 195

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

Presentación

Los principales retos y desafíos de los derechos humanos siempre han tenido su centro en la satisfacción de las necesidades más básicas e inmediatas de la persona humana y, en especial, de aquellas pertenecientes a grupos excluidos, discriminados, vulnerables y vulnerabilizados. Por razones históricas y de contextos políticos represivos, la atención de esas necesidades básicas no solo fue obviada, sino relegada hacia una lucha más inmediata vinculada con la protección de la integridad física y psíquica de las personas que eran objeto de persecución y amenazas por razones políticas, étnicas, religiosas o de cualquier otra naturaleza.

Así, los primeros estándares de los derechos humanos en el ámbito constitucional, estuvieron prácticamente cooptados en el reconocimiento de derechos individuales, civiles y políticos, y en una casi total ausencia de referencias a otros derechos relacionados con la satisfacción de necesidades básicas, individuales y colectivas, como la salud, la vivienda, la educación, la alimentación y, mucho menos, en la realización de un proyecto de vida digna. La satisfacción de esas necesidades, hoy reconocidas como derechos y, más concretamente derechos económicos, sociales y culturales, estuvieron rezagadas a la "buena voluntad" de los gobiernos, a la espera de presupuesto, al dilema de "si alcanza", de "si sobra" o peor aún, de la oportunidad político-electoral de atraer clientelismo a cuenta de dar a cambio un trabajo, una oportunidad, una ración de comida; en fin, lucrar con las necesidades humanas pisoteando lo más inherente a la dignidad de las personas.

Decir hoy que esas necesidades básicas son derechos humanos es todo un avance indiscutible. Decir que son derechos justiciables y exigibles resulta todavía una "exquisitez jurídica" para algunos que siguen pensando que los derechos económicos, sociales y culturales deben estar relegados a "vocaciones de buena voluntad" de los Estados. Reconocer lo contrario y que hoy se puedan reclamar judicialmente en el derecho interno y en instancias internacionales es, sin lugar a dudas el mayor triunfo

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

de la lucha perenne por el reconocimiento progresivo de los derechos humanos en la historia de la humanidad.

Con la reciente aprobación por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas del Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que permite a las personas y grupos de personas interponer quejas individuales contra los Estaos por violaciones a esos derechos, queda sellada una discusión que estuvo dominada por teóricos del derecho que abogaban en pro o en contra de la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Una vez más, la voluntad de los propios Estados de someterse a estándares de acatamiento de obligaciones internacionales colectivas e individuales se antepone a lo discursivo, a lo doctrinario, a lo instrumental.

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos no ha querido ser simple espectador de ese proceso. Desde sus inicios, la agenda institucional ha tenido como eje transversal los derechos económicos, sociales y culturales y, desde la actual política de su Dirección, se ha intensificado el enfoque de combate a la pobreza desde una perspectiva de derechos humanos, la cual ha sido generosamente apoyada por nuestros donantes. Con esa visión, el IIDH apoyó intensamente la preparación de un borrador de los trabajos preparatorios del Grupo de Trabajo para la Elaboración del Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, investigación que fue intensiva en el apoyo contundente de la tesis de la exigibilidad y justiciabilidad de los llamados “DESC”.

El Gobierno de la República de Alemania, por medio de su Embajada en Costa Rica, ha sido uno de esos actores importantes que se suma a este tipo de iniciativas y facilitó los recursos económicos para la publicación de este libro, L*a justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*, elaborado por el consultor externo, Carlos Rafael Urquilla B., quien ha venido trabajando sistemáticamente este tema desde hace más de una década.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

A pesar de los avances en el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales y de su exigibilidad, el IIDH, como entidad regional experta en promoción, educación e investigación en derechos humanos, ha querido elaborar un documento que no deje ninguna duda de la sistematización doctrinaria, de la normativa y jurisprudencia interamericana que muestra la evolución –y en algunos casos involución y retrocesos- en relación con los aportes que los órganos políticos y jurídicos de la OEA han asumido durante las últimas seis décadas en torno a la promoción y protección de los DESC.

Esta investigación tiene un mérito incuestionable: difícilmente pueda haber un trabajo de sistematización tan detallado de los trabajos preparatorios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, así como de la memoria histórica de debates anteriores y posteriores, conferencias y reuniones regionales así como de análsisis de esos insumos en el marco de la geopolítica interamericana. A ello se suma un hilo rector de un enfoque claro respecto a la indudable exigibilidad y justiciabilidad de los DESC mediante una interpretatación exegética de las fuentes del derecho internacional interamericano, donde el principal método ha sido la recopilación de documentos originales difíciles de ubicar, así como la interpretación auténtica –desde la fuente primaria– para tratar de identificar el verdadero espíritu de las normas convencionales analizadas.

Con esa convicción, este libro demuestra que, con altos y bajos, con aciertos y desaciertos, incluso con algunas incoherencias discursivas, finalmente los Estados americanos, la OEA y sus órganos políticos y de protección de derechos humanos, han ido decantando el tema sobre la exigibilidad y justiciabilidad de los DESC; una tarea que, por cierto, está inconclusa, pero que debe fortalecerse mediante el rompimiento de paradigmas muy enraizados en los procesos históricos, políticos y jurídicos regionales. Los precedentes y la jurisprudencia de la Comisión y de la Corte Interamericana tienen trabajo por delante, y mucho; especialmente, para dimensionar de nuevo y revitalizar la invocación, aplicación e interpretación amplia y progresiva

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con el artículo 29 de la misma (principio *pro persona humana*).

Esa línea de acción debe ir acompañada de otras iniciativas integrales y holísticas, así como de un trabajo paralelo de complementariedad entre el Sistema Interamericano y el Sistema de las Naciones Unidas. Que ello decante en un mensaje claro hacia la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el ámbito interno es otro desafío que ha ido avanzando a paso lento, pero sostenido. Para el IIDH la subsidiariedad del Sistema Interamericano es el aliado perfecto para apoyar a los Estados en la instrumentación de políticas y enfoques adecuados para la realización de los DESC con enfoque más universal, inclusivo y preferente a partir de la aplicación de políticas de acción afirmativa.

Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

I

Sobre la temática de los derechos económicos, sociales y culturales se ha reflexionado relativamente bastante desde los últimos tiempos. Incluso una importante dinámica se ha venido construyendo, especialmente en el ámbito doctrinario, sobre la protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos[1]. En ese sentido la temática no resulta novedosa bajo ningún punto de vista. No obstante, el valor efectivo que presenta esta publicación está relacionado con el enfoque sobre la reclamación de los derechos

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

económicos, sociales y culturales en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, donde si bien otras publicaciones la han precedido, sigue imperando una visión y una práctica que todavía no desarrolla todas las posibilidades para lograr la justiciabilidad de tales derechos. Exponer las bases jurídicas que permiten utilizar las herramientas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para hacer una reclamación directa de los derechos económicos, sociales y culturales, logrando así su justiciabilidad, es el derrotero motivador de esta publicación. El modelo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención Americana"), fue diseñado para asumir ese papel pero lamentablemente aún no lo cumple[2].

A. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La primera delimitación que se impone, en consecuencia, está vinculada directamente con el entendimiento sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Existen dos maneras para hacer referencia a este, una de ellas, *stricto sensu*, que lo identifica con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante denominada "Comisión Interamericana") y con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante denominada "Corte Interamericana"). La otra, *lato sensu*, que se refiere al sistema a partir de su definición conceptual y, por tanto, entendiéndolo como un conjunto de elementos que, relacionados entre sí, contribuyen de manera ordenada al logro de un objetivo o propósito[3]. En tal sentido, no basta con citar a sus dos órganos principales, sino que además debe

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

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

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

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

1. Elemento normativo

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

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

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

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

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

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

de éste, pero al procedimiento de su aplicación, precede la interpretación, y es justamente la interpretación de las normas de derechos humanos –que tiene reglas propias adicionales y especiales a las normas de interpretación del derecho de los tratados– la que obliga a utilizar otras normas originadas fuera de la OEA –ya sea porque provienen de otros sistemas de derechos humanos a los que se sujeta el Estado, o porque provienen de su derecho doméstico– para lograr el adecuado sentido de las normas que integran el elemento normativo. Las normas originadas en la OEA se interpretan y aplican teniendo en consideración normas que no son originadas en la OEA. La Corte Interamericana ha tenido la oportunidad, por ejemplo, de interpretar el derecho a la vida, contemplado en el artículo 4, inciso 1 de la Convención Americana a la luz de normas del derecho internacional humanitario, en particular de los Convenios de Ginebra[4]. Lo mismo ha hecho para interpretar el derecho a la propiedad privada, contemplado en el artículo 21, inciso 1 de la Convención Americana, empleando para ello normas del derecho interno[5] y normas del derecho internacional en el marco de la Organización Internacional del Trabajo[6].

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

4 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Las Palmeras contra Colombia. Excepciones preliminares*. Sentencia del 4 de febrero de 2000. Serie C, Nº 67, párrs. 32-34; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Bámaca Velásquez contra Guatemala. Fondo*. Sentencia del 25 de noviembre de 2000. Serie C, Nº 70, párr. 209.

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Serie C, Nº 79, párr. 148.

6 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Comunidad indígena Yakye Axe contra Paraguay. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C, Nº 125, párr. 130; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Comunidad indígena Sawhoyamaxa contra Paraguay. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie C, Nº 146, párr. 117.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

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

a. Normas del *ius cogens*

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

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

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

Las normas del *ius cogens* no son normas que siempre consten documentalmente, es decir, que su proceso de creación no se decanta en un acto de formalización en un respaldo documental que adquiere oficialización. Algunas normas del *ius cogens* pueden provenir del derecho de los tratados, pero eso no es un requisito de su existencia. En el Sistema Interamericano se ha reconocido que, *inter alia*, son normas de *ius cogens* aquellas prohibitivas de la esclavitud[8], de la aplicación de la pena de muerte a personas menores de 18 años al momento de cometer un delito sancionable con tal pena[9], y la que reafirma el principio de igualdad y la prohibición de toda forma de discriminación[10].

b. Costumbre internacional

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

8 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Aloeboetoe y otros contra Suriname*. *Reparaciones y costas*. Sentencia del 10 de septiembre de 1993. Serie C, Nº 15, párrs. 56-57.

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

10 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva, Serie A, Nº 18, del 17 de septiembre de 2003, párrs. 97-101.

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

ser bilateral, regional o universal[12], la experiencia del Sistema Interamericano no ha transitado por la aplicación de costumbres bilaterales ni regionales, sino que ha acudido a la identificación de costumbres universales y, por tanto, compartidas por la mayor cantidad posible de Estados en el mundo.

La utilización de normas consuetudinarias por los órganos del Sistema Interamericano ha sido muy escasa. Y aún así, su uso se aprecia principalmente respecto de casos en los que están involucrados Estados que no son parte de la Convención Americana[13], seguramente porque en el actual estado de desarrollo del derecho internacional americano, las normas escritas suelen ser comprensivas de las consuetudinarias, quedando estas subsumidas por aquellas[14]. Aunque no es imposible, es cada vez más difícil encontrar un ámbito del derecho que sea regulado sólo por la costumbre y respecto del cual no pueda hacerse alusión o referencia a normas escritas.

---

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

12 *Ibidem*, pp 9-10. Tratándose de costumbres derivadas de las relaciones bilaterales, el componente de *opinio iuris* no puede presumirse sobre la base de la práctica continuada, y precisamente la noción de *opinio iuris* se confunde con el principio de la aquiescencia.

13 Así, los peticionarios han considerado, entre otros, que las normas del Protocolo I a los Convenios de Ginebra se reconocen como un derecho consuetudinario (ver: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso 10.573. *Informe sobre el fondo* 31/93, del 14 de octubre de 1993, párr. 57); igualmente que existe como norma del derecho consuetudinario internacional la prohibición de impedir a alguien abandonar su propio país, la prohibición de devolver a una persona una situación de riesgo o peligro (*non-refoulement*), y la norma que obliga a proveer un recurso eficaz para la protección de los derechos humanos (ver: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso 10.675. *Informe sobre el fondo* 51/96, del 13 de marzo de 1997, párr. II, inciso *g*).

14 También hay una razón práctica, y es que las normas escritas, por ejemplo las convencionales, no sólo incluyen la norma consuetudinaria, sino que poseen un nivel de regulación mucho más amplio que favorece su utilización para resolver disputas o controversias específicas.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

Lo anterior no significa nada respecto de la modalidad de interrelación entre el derecho escrito y el derecho consuetudinario. Particularmente en el ámbito del derecho internacional no hay algo que esencialmente obligue a que la modalidad de tal interrelación se rija necesariamente por un criterio determinado –como por ejemplo las modalidades de costumbre *præter legem*, costumbre *secundum legem* o costumbre *contra legem*– porque en el dominio del derecho internacional general prevalece aún un sentido voluntarista[15]. Lo cierto es que, en lo que a derechos humanos se refiere, la modalidad de interrelación para solventar una controversia entre una norma escrita y una consuetudinaria no será más que el principio *pro persona*[16].

c. Tratados

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

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

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

obligatoriedad de una de tales normas no se ajusta propiamente a la manifestación de voluntad de un Estado en aceptar la norma derivada de la costumbre, como de lo contrario, es decir, que no la rechace persistentemente desde su creación como Estado objetor[17].

Con los tratados sucede lo contrario. Los efectos normativos de un tratado sólo se despliegan sobre un Estado en tanto que ha manifestado su voluntad por comprometerse por los términos del tratado, haya o no participado en la formación de los alcances de su texto[18]. De esta manera, la relevancia de las normas convencionales radica en la manifiesta intencionalidad de reconocer los efectos jurídicos de ellas.

Respecto del Sistema Interamericano, el tratado más importante es la Convención Americana, respecto de la cual los restantes tratados son ampliaciones, o son normas que ofrecen un contenido autónomo de especialización temática o de protección sectorial. El carácter fundamental de la Convención Americana descansa tanto en razones históricas como en su contenido. Su régimen de protección ha estado vinculado directamente a la judicialización de la protección de los derechos humanos, reconociendo así la tendencia de construcción del paradigma internacional del Estado de Derecho[19].

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

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

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

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

La jurisprudencia de la Corte Interamericana en ese tema se ha basado en la que ha desarrollado su análoga europea, así quedó claramente manifestado en la sentencia sobre el fondo del *Caso Cantoral Benavides*. En este caso se afirmó que[20]: "[Entre] los elementos de la noción de tortura [...] está incluida la intervención de una voluntad deliberadamente dirigida a obtener ciertos fines".

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

20 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cantoral Benavides contra Perú. Fondo*. Sentencia del 18 de agosto de 2000. Serie C, Nº 69, párr. 97.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

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

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

Tres años después de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura se aprobó el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –que en adelante se la denominará "Protocolo de San Salvador"– agregando así un listado amplio y expreso de derechos económicos, sociales y culturales que extendía, de manera enunciativa, los derechos humanos reconocidos convencionalmente en el sistema interamericano[21]. A éste le siguió el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, cuyo propósito es permitir un tránsito entre la tendencia reduccionista y restrictiva sobre

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

el uso de la pena de muerte que se contempla en la Convención Americana, hacia su completa eliminación como sanción penal aplicable a civiles[22].

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

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

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

22 El artículo 2, inciso 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte deja abierta la posibilidad para que los Estados se reserven el derecho de aplicación de la pena de muerte en tiempo de guerra conforme al derecho internacional, y por delitos sumamente graves de carácter militar. De manera prístina se ha interpretado el sentido de progresividad de la Convención Americana, que sin abolir la pena de muerte, reduce su utilización ampliamente, ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Restricciones a la pena de* muerte (Art. 4, incisos 2 y 4, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva del 8 de septiembre de 1983. Serie A, Nº 3, párr. 57.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

de Personas. Precisamente, la construcción jurisprudencial afirmaba desde sus inicios que[23]:

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

De esa manera, si bien la jurisprudencia no estaba afirmando, reconocía, conjuntamente con resoluciones internacionales tanto del ámbito de Naciones Unidas como del de la OEA, el carácter de delito de lesa humanidad que posee la desaparición forzada de personas. Y en un intento de descripción muy detallado de los elementos integradores del delito en referencia, la jurisprudencia de la Corte Interamericana señaló[24]:

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

23 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras*. *Fondo*. Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C, Nº 4, párr. 153.

24 *Ibidem*, párrs. 155-157.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

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

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

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

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

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

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

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

> Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...]
>
> b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados [...]

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

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

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

> Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:
>
> a) permitir a alguno de los Estados partes, grupo o personas, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

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

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

colegiación obligatoria de periodistas, donde manifestó[25]: "Si la propia Convención [Americana] establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención [Americana], para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce".

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

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

> Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:
>
> [...]
>
> c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno [...]

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

25 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La colegiación obligatoria de periodistas* (Arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva del 13 de noviembre de 1985. Serie A, Nº 5, párr. 52.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

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

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

> Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:
>
> [...]
>
> d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

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

d. Declaraciones

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

siguiente pregunta[26]: "¿Autoriza el artículo 64 [de la Convención Americana sobre Derechos Humanos] a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a rendir opiniones consultivas, a solicitud de un Estado Miembro de la OEA o de uno de los órganos de la misma, sobre [la] interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en Bogotá en 1948 por la Novena Conferencia Internacional Americana?"

Al respecto, la Corte Interamericana lo primero que llega a afirmar de manera contundente es que la Declaración Americana no es un tratado en los términos que dispone la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ni de la Convención Americana[27]. Sin embargo, destaca, como principio de cuenta, que ésta es una fuente de obligaciones jurídicas internacionales, respecto de los Estados miembros de la OEA, como de aquellos que además son Estados Partes de la Convención Americana; lo único que respecto de estos, el efecto de la Declaración Americana lo es por una doble vía: como Estados miembros de la OEA, debido a que solo se puede ser Estado parte de la Convención Americana al ser Estado miembro de la OEA[28], y adicionalmente, por el efecto interpretativo expreso al que invoca el artículo 29, inciso *d* de la Convención Americana que obliga a interpretarla sin excluir el efecto que pueda producir la Declaración Americana así como otros actos internacionales de la misma naturaleza.

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

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

27 *Ibidem*, párr. 33.

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

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

Esto tiene importantes repercusiones jurídicas, quizás la más importante es que, en palabras de la Corte Interamericana, para los Estados miembros de la OEA, la Declaración Americana, en lo pertinente y en relación con la carta de la OEA, constituye una fuente de obligaciones internacionales[29]. Así las cosas, un Estado Parte de la Convención Americana no deja de ser miembro de la OEA, por lo tanto, al llegar a ser parte de tal tratado, agrega un componente jurídico a la protección de los derechos humanos básica que por antonomasia le establece su membresía a la OEA[30].

La conclusión básica respecto de la Declaración Americana es que, respecto de un Estado miembro de la OEA que no sea parte de la Convención Americana, la Declaración Americana es fuente directa de obligaciones jurídicas. Y respecto de un Estado miembro de la OEA que adicionalmente es parte de la Convención Americana, la Declaración Americana no deja de ser fuente directa de obligaciones jurídicas, y por lo tanto, esta es, al mismo tiempo, fuente de interpretación y de integración de la Convención Americana[31]. O dicho en otros términos, conforme al artículo 29, inciso *d* de la Convención Americana, la Declaración Americana es una fuente de interpretación de esta, y por ocasión de la calidad de miembro de la OEA, un Estado

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

30 *Ibidem*, párr. 46.

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

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

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

e. Principios generales del derecho

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

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

fuerza para guiar la aplicación de las normas de derechos humanos[32].

f. Resoluciones adoptadas en el marco de la OEA

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

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

g. Actos unilaterales de los Estados

Los actos unilaterales de los Estados son una importante fuente de obligaciones internacionales. Es un lugar común en este punto acudir a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en los casos *Nuclear Test* donde se sentó primariamente el reconocimiento efectivo de los actos unilaterales de los Estados como fuentes de obligaciones internacionales. Particularmente en tales sentencias se manifestó[33]:

---

32 A manera de ejemplo, la Corte Interamericana ha considerado que la peligrosidad de una persona acusada de un delito, empleada para la determinación de la calificación de su conducta o la imposición de una sanción, es una vulneración del principio de legalidad criminal, lo que sirvió de base para declarar la violación al artículo 9 de la Convención Americana, cuya formulación literal sólo abarca la necesidad de que las conductas penales estén descritas con anterioridad, ver.: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Fermín Ramírez contra Guatemala. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 20 de junio de 2005. Serie C, Nº 126, párrs. 87-98.

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

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

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

El jurista internacionalista español Bondía García indica que son cuatro los actos unilaterales de un Estado que producen obligaciones jurídicas, a saber: la promesa, el reconocimiento, la protesta y la renuncia[34]. Mediante la promesa el Estado se compromete a observar una determinada línea de conducta[35]; el reconocimiento considera como legítimo un estado de cosas o una pretensión determinada, generándose la obligación de no contestar la legitimidad de ese estado de cosas o de la pretensión[36]; la protesta es la antítesis del reconocimiento y, por tanto, con él se cuestiona la legitimidad de una pretensión o de un estado de

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

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

35 *Ibidem*, p. 89.

36 *Ibidem*., pp. 98-99.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

cosas[37].La renuncia es mediante la cual un Estado abandona una pretensión o un derecho, una competencia o un poder[38].

Desde el punto de vista teórico, los actos unilaterales de Estado, para poder generar obligaciones deben satisfacer varios requisitos, como la intención de obligarse por el acto[39], la licitud del objeto del acto[40], la capacidad internacional del emisor del acto,[41] así como otras determinados formalidades[42]. Además, los actos unilaterales del Estado no son actos de cumplimiento de obligaciones convencionales o consuetudinarias que imponen determinados cursos conductuales, sino que para ser auténticos deben surgir sobre aspectos no reglamentados ya por el derecho, de manera que la obligación que generen se deba auténtica y directamente al acto unilateral y no a una norma que le impone ese comportamiento.

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

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

37 *Ibidem*, p. 102.
38 *Ibidem*, p. 105.
39 *Ibidem*, pp. 111-118.
40 *Ibidem*, pp. 118-124.
41 *Ibidem*, pp. 124-129.
42 *Ibidem*, pp. 129-135.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

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

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

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

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

Su existencia no presupone necesariamente su utilización; tampoco la Corte Interamericana está obligada a usarlas como parámetros para la solución de un caso. Su utilización se encuentra dentro del sentido de fundamentación de las decisiones, en ocasiones como fundamento complementario o subsidiario. Y dentro del margen que existe para su utilización, igualmente es posible que se empleen otras normas de *soft law* provenientes del sistema de Naciones Unidas, si fuera el caso[43].

2. Elemento orgánico

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

a. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

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

Cuando el Consejo de la OEA elaboró el programa para orientar el desarrollo de la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, estableció dos puntos, a saber[44]:

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

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

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

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

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

a) Estudio doctrinario, teniendo en cuenta el mantenimiento estricto del principio de no intervención, de la posible relación jurídica entre el respeto efectivo de los derechos humanos y el ejercicio de la democracia representativa y la facultad de poner en marcha los mecanismos previstos por el derecho internacional positivo americano.

b) Procedimiento que permita apreciar el cumplimiento de dos principios fundamentales del derecho internacional americano: ejercicio efectivo de la democracia representativa y respeto de los derechos humanos; y medidas que deben tomarse en los casos de incumplimiento de esos principios.

Del Acta Final de la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, el punto VIII –como se citó anteriormente– da vida a la Comisión Interamericana. La lectura del texto de tal punto es importante para comprender los orígenes históricos, que son determinantes para entender que la visión imperante al momento de su creación, más allá de lo geopolíticamente estratégico, descansaba esencialmente en la defensa de los derechos humanos desde una visión holística, comprensiva de los derechos económicos, sociales y culturales, conjuntamente con los civiles y políticos. Así, textualmente se puede leer lo siguiente[45]:

La Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores,

CONSIDERANDO:

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

45 *Ibidem*, pp. 10-11.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

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

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

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

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

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

DECLARA:

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

RESUELVE:

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

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

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

II

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

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

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

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

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

Muy bien queda demostrado lo anterior en el texto de la Resolución XXXII de la IX Conferencia Internacional Americana, denominada "Preservación y Defensa de la Democracia en América", que se cita en la Resolución VIII de la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, y que dice así[46]:

> Las Repúblicas representadas en la IX Conferencia Internacional Americana,

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

CONSIDERANDO:

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

DECLARAN:

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

REITERAN,

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

CONDENAN,

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

RESUELVEN:

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

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

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

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

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

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

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

simplemente adjetiva o lírica, de tal suerte que el Consejo de Europa nació de una vez con un tratado de derechos humanos, evidenciando así que el compromiso por su observancia era vinculante[47]. Se trata de la denominada Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, adoptada por los Estados miembros del Consejo de Europa en la temprana fecha del 4 de noviembre de 1950. El tratado europeo, justo al nacer, contaba con un mecanismo de supervisión internacional integrado orgánicamente por dos entidades: la Comisión Europea de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos. La primera con un mandato similar al de un ministerio público doméstico –encargado de hacer investigaciones sobre denuncias particulares, y con el monopolio de ejercicio de la acción procesal– y la segunda actuando como un auténtico tribunal de derecho –ante cuya jurisdicción y competencia la Comisión Europea de Derechos Humanos ejercía el derecho de acción en tutela de los derechos humanos de las víctimas que identificaba conclusivamente al cierre de sus investigaciones– lo que serviría como modelo a seguir en la formulación del tratado análogo interamericano. La influencia normativa de la Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms en el ámbito interamericano se limitó primordialmente a lo institucional, porque en lo sustantivo tal instrumento es principalmente de derechos civiles y políticos.

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

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

1948. En la misma resolución donde se aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos se hizo un llamado al Consejo Económico y Social para que este requiriera a la –ahora extinta– Comisión de Derechos Humanos, que continuara dando prioridad en su trabajo para elaborar un borrador de convención de derechos humanos[48]. En el ámbito de Naciones Unidas no se planteó en ese momento la escisión entre derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos económicos, sociales y culturales, por el otro.

No obstante, la Comisión de Derechos Humanos, al cerrar su sexto período de sesiones, en 1950, y remitir su informe al Consejo Económico y Social, comenzó a plantear la escisión como parte de su metodología de trabajo para cumplir lo prescrito por la Asamblea General de elaborar un borrador de convención de derechos humanos. Así, el Consejo Económico y Social aprobó la decisión de la Comisión de Derechos Humanos de trabajar inicialmente con ciertos derechos civiles y políticos, y dejar para su séptimo período de sesiones, los aspectos atinentes a los derechos económicos, sociales y culturales[49]. Y, de una forma u otra, paralizó el proceso de creación de un eventual tratado en materia de derechos humanos hasta que la Asamblea General decidiera qué hacer en lo que respecta a la escisión de los derechos[50]. La Asamblea General rechazó de manera

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

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

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

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

categórica, inicialmente, cualquier modalidad que condujera a la escisión de los derechos previstos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de cara a su ulterior reconocimiento por la vía de una convención[51]. Su deseo de tal reconocimiento y

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

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

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

vigencia efectiva se proyectó incluso con la solicitud para que se incluyera en el borrador de convención de derechos humanos que requería, o en un protocolo adicional, mecanismos de protección internacional que se activaran con denuncias individuales de violación tanto de los derechos civiles y políticos, como de los económicos, sociales y culturales[52].

Sin embargo, la firmeza de la Asamblea General de Naciones Unidas se quebró muy rápidamente. El Consejo Económico y Social, mediante su Resolución 384 (XIII) requirió a la Asamblea General que reconsiderara su posición de contar en una sola convención con derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, esto porque se estimaba que para cada tipo de derechos existían métodos para su implementación que eran diferentes, lo que recomendaba, a su juicio, la adopción de dos convenciones diferentes[53]. De esta forma la Resolución 543 (VI)

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

53 United Nations Economic and Social Council, Resolution 384 (XIII) C, 29 August 1951. Se lee en ella lo siguiente:

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

de la Asamblea General terminó aceptando la escisión de los derechos en tratados diferentes[54].

Como explican Eide y Rosas, esto se debió a un triunfo de los Estados occidentales en la Asamblea General[55], lo que demuestra cómo la guerra fría, en tanto expresión de la polaridad entre los modelos de economía de mercado de tales Estados y los de economía de planificación centralizada de los Estados colocados al oriente de la cortina de hierro[56], se filtró en el foro diplomático de Naciones Unidas decantándose, entre otros ámbitos, en el

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

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

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

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

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

de los derechos humanos. No obstante, como destaca Eide, subyacían a la decisión que adoptó la Asamblea General de escindir en dos convenciones los derechos humanos reconocidos por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, muchas aseveraciones que no siempre tenían fundamentaciones adecuadas[57]. De esta manera, la pretendida razón técnica que recomendaba la escisión[58], rápidamente queda descubierta en sus verdaderas intenciones polarizadoras en el marco de la guerra fría, cuando se le somete a un análisis jurídico[59]. En el fondo las distinciones invocadas para escindir los derechos civiles y políticos de los derechos económicos, sociales y culturales, escondían la pretensión de etiquetar ciertos derechos como afines y consustanciales a los distintos polos que existían al este y al oeste de la cortina de hierro.

En palabras de Cançado, sin embargo, los orígenes de este tratamiento distintivo que provoca la existencia de dos categorías de derechos se debe encontrar en un período anterior incluso al de la adopción de la Declaración Universal, concretamente en 1947, cuando la UNESCO realizó un estudio, sobre la base de un cuestionario, analizando los problemas teóricos que presentaba la idea de crear la Declaración Universal. En el documento que produjo durante el verano de 1947, denominado Bases of an International Declaration of Human Rights, se planteó dos interrogantes básicas, una de ellas derivada de las múltiples interpretaciones posibles en función de las variadas visiones filosóficas que han existido en cada época, y por otra parte, la temprana formación de los derechos civiles y políticos seguida por la formación de los denominados derechos económicos, sociales y culturales, que da lugar a la interrogante sobre las modalidades de implementación de ambos tipos de derechos[60].

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

58 *Supra* nota 19.

59 *Infra*.

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

El proceso legislativo en materia de derechos humanos en el ámbito de Naciones Unidas presentó una peculiaridad histórica al escindir los derechos civiles y políticos de los derechos económicos, sociales y culturales. De lo expuesto anteriormente puede verse que la Comisión de Derechos Humanos (Naciones Unidas) era partidaria de desarrollar sucesivamente los temas, mientras que la Asamblea General lo era de contar con un solo instrumento inclusivo de ambos tipos de derechos. Así las cosas, la alternativa de crear paralelamente dos tratados, resultó ser, en palabras de Cançado, una fórmula de transacción[61].

El recientemente fallecido sacerdote jesuita y ex congresista por Massachusetts, Robert F. Drinan no dudó en apuntar que una de las modalidades con la que se frustraron los propósitos fundamentales de Naciones Unidas, fue la escisión de los derechos civiles y políticos por un lado, y los económicos, sociales y culturales, por el otro[62]. En el momento de buscar su implementación, tanto los Estados Unidos como la URSS se dividieron provocando la escisión[63]. Ni la URSS se quiso comprometer a garantizar la libertad de expresión o el derecho a exigir elecciones, mientras que los Estados Unidos fueron renuentes a garantizar los derechos económicos, sociales y culturales porque –argumentativamente– se oponían a los principios del capitalismo[64].

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

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

63 *Ibidem*.

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

> If this split had not occurred, the enforcement of human rights might well have developed in essentially different ways. The U.S.S.R and the Communist bloc would have been under the pressure of international law to allow elections, grant freedom to the press, and release captive nations from their colonial status. Americans and other capitalistic nations would have been under pressure to give health insurance and economic equality to millions of workers.
>
> That was a part of the original dream of the U.N charter and the Universal Declaration of Human Rights. It was made inoperative in part by the division between east and west and by the obduracy of the divided nations.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

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

Contemporáneamente, se hacía presente la urgencia por lograr un avance visible en materia de derechos humanos, de manera tal que esta temática no quedara reducida a una simple literalidad. Los acontecimientos políticos de la época requerían una actualización urgente de los contenidos de derechos humanos. Es por tal razón que se observa que la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores parece estar inmersa en una urgencia, destacando que han pasado 11 años desde la aprobación de la Declaración Americana y en el ámbito de la OEA no había sucedido nada más, mientras que en los sistemas universal y regional europeos, estaban desarrollándose importantes dinámicas que podrían evidenciar o ser interpretadas como una pérdida de interés político por los temas de derechos humanos por parte de los Estados de la OEA. Es así como la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores determinó que el Consejo Interamericano de Jurisconsultos elaborara en su IV Reunión –que dio comienzo el 25 de agosto de 1959, apenas una semana después de la clausura de la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores– un proyecto de convención sobre derechos humanos[65], enfatizando, con un contenido poco

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

usual en el lenguaje diplomático, pero muy representativo de la urgencia apremiante que implicaba el contexto histórico, que si éste no cumplía tal mandato se pasaría –de pleno derecho o por avocación– al Consejo de la OEA para que comisionara al Comité Jurídico Interamericano o a la entidad que estimara conveniente a desarrollarlo[66]. La prisa era tal que en el ideario de la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores el proyecto de convención regional sobre derechos humanos debía formar parte del objeto de la XI Conferencia Interamericana, para lo cual se debía remitir a los diferentes Estados con 60 días de antelación a la instalación de esta[67].

Esta urgencia por hacer visible un avance en los derechos humanos dentro del seno de la OEA no se limitaba al llamado vehemente por lograr una convención regional de derechos humanos, sino también a contar con mecanismos de protección y tutela de los derechos humanos que, como se indicó, eran conceptualizados como civiles, políticos, económicos, sociales y culturales[68], destacando que el resguardo internacional debía hacerse –aunque cabía la posibilidad que no se limitara exclusivamente– a partir de la erección de un tribunal internacional especializado en la materia. Consecuentemente, el apremio por hacer algo en lo que a derechos humanos se refería, se manifestaba por partida

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

66 Conforme al artículo 68 de la Carta de la OEA –en su versión sin enmiendas– el Comité Jurídico Interamericano era la comisión permanente del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, y se integraba por nueve juristas.

67 La aprobación por la IX Conferencia Internacional Americana de la Carta de la OEA, cambió, en su versión original, la denominación del órgano plenario, pasando de la Conferencia Internacional Americana –como se denominaba antes de la existencia de la Carta de la OEA– por el de Conferencia Interamericana, que se reuniría cada cinco años, manteniendo la numeración consecutiva de las que se habían realizado, de manera que si en 1948 se realizó la IX Conferencia Internacional Americana, en 1954 se llevó a cabo la X Conferencia Interamericana, y la XI Conferencia Interamericana se tendría que realizar idealmente en 1960.

68 *Supra*.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

doble: elevar la naturaleza jurídica internacional de su reconocimiento a una fuente convencional, y resguardar su observancia mediante el ejercicio, al menos, de una jurisdicción internacional, como ya sucedía en el sistema regional europeo[69].

Finalmente, todo esto se explica por el *rol estratégico de los derechos humanos en la estabilidad política* de los Estados de las Américas, lo cual era un convencimiento en el marco de la OEA que venía consolidándose por varios años. Y el rol de los derechos humanos –conceptualizados holísticamente, como fue el reconocimiento que de ellos hizo la Declaración Americana– era vital en el marco de la lucha en contra del comunismo internacional. Esto quedó muy bien evidenciado durante la IV Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores que fuera convocada para tratar, precisamente, la temática de la agresión internacional comunista y las estrategias para prevenirla efectivamente. De esta manera, es principalmente llamativa, entre otras, la Resolución IX, denominada "Mejoramiento del Nivel Social, Económico y Cultural de los Pueblos de América" de la que vale la pena hacer la siguiente cita parcial[70]:

> La Cuarta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores,
>
> CONSIDERANDO:
>
> [...]
>
> Que es derecho del hombre la satisfacción de sus necesidades económicas, sociales y culturales indispensable a su dignidad y al libre desarrollo de su persona; y
>
> Que el no satisfacer este derecho produce un malestar que puede llevar equivocadamente al hombre a acoger doctrinas incompatibles con sus propios intereses y con los derechos de los demás, con la seguridad de todos, con el bienestar general y con los ideales democráticos,

69 *Supra*.

70 IV Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, Acta Final, Serie sobre Conferencias y Organismos, Nº 13, pp. 15-16.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

RESUELVE:

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

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

b. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

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

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

Americana de Garantías Sociales y de la Declaración Americana, se aprobó la Resolución XXXI denominada "Corte Interamericana para Proteger los Derechos del Hombre" mediante la cual se recomendó al Comité Jurídico Interamericano para que elaborara un proyecto de estatuto para la creación y funcionamiento de una Corte Interamericana destinada a garantizar los derechos del hombre, para que sea sometido a la X Conferencia Interamericana y estudie si es oportuna su creación[71]. La idea de creación de la Corte Interamericana, por tanto, está precediendo en 11 años a la creación de la Comisión Interamericana.

Y así, al llegar a la X Conferencia Interamericana se conoció la temática pero se resolvió que el Consejo de la OEA continuara haciendo estudios sobre la protección internacional, y se trasladó la decisión sobre su eventual existencia para la XI Conferencia Interamericana. Los acontecimientos de enero de 1959 en Cuba y la especial preocupación que generó en el hemisferio, llevaron a que –como se indicó anteriormente– la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores urgiera la inmediata creación de un tratado regional-americano en materia de derechos humanos, donde igualmente se estudiaran las posibilidades de que se avanzara hacia la protección jurisdiccional de tales derechos[72]. Entre la X Conferencia Interamericana y la XI Conferencia Interamericana se realizó la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores para atender la situación ya referida, y eso provocó una alteración en las prioridades de la OEA, de manera que la XI Conferencia Interamericana tuvo que dedicarse primordialmente a otras temáticas y dejar los temas de derechos humanos que le correspondían para la II Conferencia Interamericana Extraordinaria, realizada en 1965. En ésta sí se conoció lo que dentro de la OEA se había logrado avanzar en la temática de derechos humanos y su protección internacional en la dimensión regional americana, y fue precisamente la II Conferencia Interamericana Extraordinaria la que mediante

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

72 *Infra* nota 46.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

su Resolución XXIV requirió al Consejo de la OEA, para que finalmente se adoptara un documento final que pudiera servir como documento de trabajo para una futura Conferencia Especializada Interamericana que decidiera sobre la adopción de una convención de derechos humanos, requiriendo en esa misma resolución la participación de la Comisión Interamericana, que para entonces tenía 5 años de funcionar y había acumulado una importante experiencia sobre la situación de los derechos humanos en las Américas[73].

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

Así, Uruguay destacó de manera lacónica pero contundente que[74]: "En lo que respecta a la segunda parte del Anteproyecto (órganos para la protección de los derechos humanos) ha de considerarse que sus disposiciones consagran una vieja aspiración de Uruguay y que los textos redactados por la Comisión son apropiados".

República Dominicana presentó observaciones escritas que facilitaban la lectura de los textos relacionados con la Corte, pero sin hacer cambios radicales en los mismos[75]. Estados Unidos igualmente aportó consideraciones importantes que no sugerían modificaciones radicales en el diseño de la Corte

73 Ver *supra*.

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

75 *Ibidem*, pp. 79-86.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

y su competencia[76]. México planteó una oposición frontal a la existencia de la Corte Interamericana en los siguientes términos[77]:

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

La posición originaria de Ecuador parece que fue muy coincidente con la recién expresada de México, aunque no ofreció su rechazo explícito y directo a la existencia de la Corte Interamericana, sí invoca la soberanía nacional y los principios de no intervención y autodeterminación de los pueblos, así como la prevalencia de su ordenamiento constitucional[78]. Guatemala comunicó sus observaciones y sugerencias sin que ofreciera puntos radicales que afectaran la competencia de la Corte Interamericana[79]. Brasil únicamente planteó observaciones escritas con el propósito de garantizar que la sede de la futura Corte Interamericana con la de

76 *Ibidem*, p. 96.

77 *Ibidem*, p. 100.

78 *Ibidem*, p. 104.

79 *Ibidem*, pp. 117-120.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

la Comisión Interamericana fuera la misma, al establecimiento de normas sobre incompatibilidades, y una disposición que condiciona la instalación de la Corte a la ratificación de la eventual convención de derechos humanos por las dos terceras partes de los miembros de la OEA[80].

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

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

Hay que tener presente que la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, para efectos de su realización, se integró en dos comisiones de trabajo, a saber: Comisión I, cuyo mandato era la discusión de la "Materia de la Protección", y la Comisión II, que se abocaría a la discusión de "Órganos de la Protección y Disposiciones Generales". Con fecha 17 de noviembre de 1969, en el marco de la quinta sesión de trabajo de la Comisión II, se presentó el siguiente intercambio[81]:

80 *Ibidem*, pp. 126-128.

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

> El PRESIDENTE (Sr. García Bauer) propuso que la Comisión decidiera si se deseaba crear la Corte.
>
> Las siguientes Delegaciones en el orden que se indica expresaron su conformidad de que se creara la Corte: Costa Rica, Colombia, Ecuador, Guatemala, El Salvador, Estados Unidos de América, Honduras, Chile, Venezuela, Uruguay y Nicaragua. En contra de la creación de la Corte manifestó su punto de vista el DELEGADO DE MÉXICO (Sr. Icaza) expresando que consideraba prematuro el establecimiento de la Corte y que estimaba más práctico y promisorio que, con la experiencia y prestigio que adquiera la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se llegue a formar una conciencia en los Estados Americanos acerca de la posibilidad y conveniencia de sujetar sus actos en este campo a un tribunal internacional.
>
> El PRESIDENTE (Sr. García Bauer) anunció que, por lo tanto, era decisión de la Comisión la creación de la Corte y en consecuencia el Grupo de Trabajo comenzaría a estudiar el tema en su sesión de la tarde.

Hubo muy pocos puntos de debate. Por lo que puede leerse y entenderse de las actas de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos; el día 19 de noviembre de 1969 se conoció el resultado del Grupo de Trabajo al que la Comisión II encargó el estudio de los artículos relacionados con la Corte Interamericana. El debate da cuenta de las discusiones en torno a la sede de la Corte Interamericana, el nombramiento de su Secretario, la utilización de medidas provisionales, la motivación de las sentencias y el mecanismo de aprobación de su presupuesto[82]. En la discusión plenaria no hubo especiales incidentes que merezcan destacarse[83].

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

82 *Ibidem*, pp. 358-364.

83 *Ibidem*, pp. 453-462.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

3. Elemento político-subjetivo

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

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

Entre los primeros es imposible negar a la Asamblea General de la OEA que entre sus atribuciones encuentra la de elegir a los miembros de la Comisión Interamericana[84], aprobar el Programa-Presupuesto de la OEA lo que incluye obviamente los de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana[85], y conocer los informes anuales de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana[86], y es la Asamblea General de la OEA la que impone las sanciones a los miembros

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

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

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

de la Comisión Interamericana y a los jueces de la Corte Interamericana[87], sin perjuicio de ser el órgano que aprueba los correspondientes Estatutos de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana[88]. Adicionalmente, aunque la función puede ser delegada, *e.g.*, a una Conferencia Especializada Interamericana, la Asamblea General es también el órgano creador de las normas convencionales que integran el elemento normativo del sistema interamericano, y puede, al mismo tiempo, emitir resoluciones que tengan efectos normativos o que puedan operar como mecanismos de constatación de costumbre internacional, de normas de *ius cogens*, e incluso es uno de los foros donde los Estados –no es el único, claramente– pueden formular manifestaciones unilaterales de voluntad que incidan normativamente en sus obligaciones dentro del Sistema Interamericano en materia de derechos humanos.

Vistas las cosas desde otro punto de vista, la Asamblea General es, conjuntamente con cualquier otro órgano de la OEA, un ente que goza de legitimación procesal activa para solicitar a la Corte Interamericana el pronunciamiento por la vía de opiniones consultivas sobre asuntos de su competencia que tengan incidencia en las normas de derechos humanos de la propia Convención Americana o que se encuentren en otros tratados[89].

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

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

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

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

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

El Consejo Permanente es otro organismo dentro de la OEA que juega un rol muy importante en la determinación del sistema interamericano. Además del muy importante rol que juega este organismo en la negociación política previa a la reunión de la Asamblea General, tiene el mandato de llenar las vacantes que sucedan dentro de la Comisión Interamericana cuando estas no se deban a vencimiento de mandato de alguno de sus miembros, *e.g.*, renuncia o muerte[91]. Además, el Consejo Permanente implementa muchas decisiones –por sí o por medio de alguna de sus Comisiones– que adopta la Asamblea General, y que tienen que ver con el funcionamiento de los órganos del sistema interamericano, así a manera de ejemplo debería citarse la Resolución AG/RES 2407 (XXXVIII-O/08), denominada Fortalecimiento de los Sistemas de Derechos Humanos en Seguimiento de los Mandatos Derivados de las Cumbres de las Américas, en la cual se da cuenta del proceso de reflexión sobre el funcionamiento del Sistema Interamericano que ha desarrollado el Consejo Permanente por medio de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, el rol de esta en la realización del Diálogo sobre el Funcionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, entre los Estados Miembros y los miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde

90 A manera de ejemplo –y sin pretender comprender que este factor es la única variable en juego– debe tenerse presente cómo la Corte Interamericana, en su composición para el año 1998, introdujo en su jurisprudencia el concepto de *daño al proyecto de vida* como un tipo de daño o lesión que habilitaba medidas de reparación como resultado de la responsabilidad del Estado (ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Loayza Tamayo contra Perú. Reparaciones y costas*. Sentencia del 27 de noviembre de 1998. Serie C, Nº 42, párrs. 147-154); ese concepto, utilizado esporádicamente, ha dejado de aparecer en la jurisprudencia de la Corte Interamericana con el cambio de integración que se operó a partir del 1 de enero de 2007.

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

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

La Secretaría General de la OEA tiene también un importante rol en el desempeño de los órganos del sistema interamericano. Así los servicios de la Secretaría de la Comisión son desempeñados por una unidad funcional especializada que forma parte de la Secretaría General de la OEA[92], es también el órgano por medio del cual los Estados Miembros de la OEA pueden dirigir consultas a la Comisión Interamericana[93], es el órgano por medio del cual la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana remiten a la Asamblea General su programa-presupuesto[94], al titular de la Secretaría General se debe informar, por cada Estado que haga uso de la suspensión que regula el Artículo 27 de la Convención Americana, sobre las disposiciones suspendidas, los motivos de la suspensión y la fecha de su terminación[95], es informado para efectos de publicación de los acuerdos de solución amistosa logrados en el contexto de las peticiones individuales[96], nombra, en consulta con el Secretario de la Corte Interamericana al personal de ésta[97], es el depositario del tratado[98], y es también el canal por medio del cual la Comisión Interamericana o la Corte Interamericana pueden proponer a la Asamblea General propuestas de enmienda a la Convención Americana[99].

92 Art. 40 de la Convención Americana.

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

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

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

96 Art. 49 de la Convención Americana.

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

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

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

Asimismo se encarga del desarrollo del procedimiento previo que permite el nombramiento de los jueces de la Corte Interamericana[100], y de los miembros de la Comisión Interamericana[101]; y a él se dirigen el presidente de la Corte Interamericana para notificarle la declaratoria de incapacidad o la renuncia de un juez[102], y el de la Comisión Interamericana para comunicar una vacante no debida a expiración de mandato[103]. Adicionalmente, el Secretario General es quien nombra al secretario ejecutivo de la Comisión Interamericana, en consulta con ella, e igualmente, él es quien puede separarlo del cargo, previa consulta con ella e información de los motivos en que se fundamenta[104].

Es inevitable referir a los Estados, tanto como Estados Miembros de la OEA como Estados Parte en la Convención Americana. Los Estados Miembros son los que tienen la capacidad exclusiva de postulación para los miembros de la Comisión Interamericana[105], aunque los elige la Asamblea General. Y los Estados Partes son los únicos que pueden proponer y elegir a los jueces de la Corte Interamericana, aunque sus propuestas puedan incluir a nacionales de Estados Miembros que no son Estados Partes, y todo se realiza en el marco de una Asamblea General[106]. De igual manera los Estados Partes son los que deciden la sede de la Corte[107], la cual pueden cambiar por decisión de dos terceras

100 Art. 8 del Estatuto de la Corte Interamericana.

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

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

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

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

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

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

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

partes de ellos, en sesión de Asamblea General[108]. No obstante, la Corte Interamericana puede celebrar sesiones en el territorio de cualquier Estado Miembro si así lo decide ella internamente y con previa aquiescencia del Estado respectivo[109]. Los Estados Miembros –y esto es una verdad de perogrullo– son los únicos que pueden llegar a ser Estados Partes, ya sea por la vía de la ratificación o de la adhesión[110], y sólo los Estados Partes –y la Comisión Interamericana o la Corte Interamericana– pueden proponer a la Asamblea General propuestas de enmiendas a la Convención Americana[111]. Los Estados Partes –y la Comisión Interamericana– pueden proponer a los demás Estados Partes reunidos en Asamblea General, Protocolos para la inclusión de otros derechos y libertades en el régimen de protección de la Convención Americana[112]. Sólo los Estados Partes pueden denunciar la Convención Americana[113], reconocer la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana[114], presentar casos ante la Corte –ya sea contra ellos mismos[115] o en

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

108 *Ibidem*.

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

110 Art. 74, inciso1 de la Convención Americana.

111 Art. 76, inciso1 de la Convención Americana.

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

113 Art. 78 de la Convención Americana.

114 Art. 62 de la Convención Americana.

115 Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Asunto Viviana Gallardo y otros contra Costa Rica. Decisión de admisibilidad*. Sentencia del 13 de noviembre de 1981. Serie A, Nº 10181, párrs. 21-27. Se desprende de la decisión que adopta la Corte Interamericana, que un Estado puede renunciar de la defensa procesal de exigir que la presunta víctima agote los recursos que ofrece la jurisdicción doméstica; en segundo lugar, que la renuncia al procedimiento que debe observarse ante la Comisión Interamericana es únicamente renunciable cuando están

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

demandas interestatales[116]– y además pueden solicitar opiniones consultivas[117]. Y aunque nada se los impide, pueden presentar memoriales de *amicus curiæ* en casos contenciosos que no están dirigidos en su contra[118]. Igualmente autorizan la realización de investigaciones *in loco* y observaciones *in loco* de la Comisión Interamericana[119]. Como se puede apreciar, el Estado es algo más que el tradicional y permanente sujeto pasivo de la relación jurídico-procesal.

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

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

116 Art. 62 de la Convención Americana. También, el Art. 45 de la Convención Americana habilita las peticiones inter-estatales en sede de la Comisión Interamericana.

117 Art. 64 de la Convención Americana.

118 En la práctica no se ha estilado la presentación, por Estados Partes de *amicus curiæ* en casos en los que no son parte procesal, sin embargo, no hay norma que impida que efectivamente pudieran hacerlo. Hay ausencia regulatoria, no prohibición.

119 Art. 48, inciso 2 de la Convención Americana y Arts. 40 y 51-55 del Reglamento de la Comisión Interamericana.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

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

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

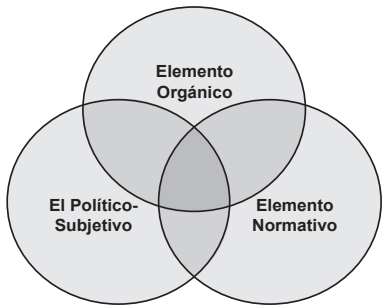
Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

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

4. El sentido del sistema

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

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



DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

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

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

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

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

Corte Interamericana, de manera que esto permite crear dos categorías adicionales a la de Estados Miembros –a quienes aplica el estándar anteriormente reseñado– la de Estados Partes –*i.e.* los Estados Miembros que han ratificado o adherido a la Convención Americana– por un lado, y la de Estados Partes que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, por el otro. La primera constatación es que no todos los Estados Miembros son Estados Partes respecto de la Convención Americana; adicionalmente, no todos los Estados Partes han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana. De los 34 Estados Miembros de la OEA[120], son Estados Partes en la Convención Americana únicamente 24 y llama la atención especialmente la identificación de los 10 Estados que no son parte de la Convención Americana: Estados Unidos, Canadá, Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Guyana, St, Kitts y Nevis, Santa Lucía, St. Vincent and the Granadines, y Trinidad y Tobago[121]. Esta información puede leerse desde dos puntos de vista no necesariamente excluyentes: o se trata de países angloparlantes inspirados en sistemas jurídicos del *common-law*, o se trata, geopolíticamente, de los

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

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

Estados más industrializados, conjuntamente con los del Caribe angloparlante. En todo caso, la Convención Americana presenta su característica de interamericana como una aspiración, aunque en la realidad es esencialmente latinoamericana[122]. Este carácter latinoamericano se acentúa al ver que de los Estados Partes, los que no han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana son Estados del Caribe angloparlante[123].

La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura reconoce, mediante su artículo 8, inciso 3 la posibilidad de emplear el mecanismo de peticiones individuales de la Convención Americana. Pero su suerte geopolítica no es mejor que la de la Convención Americana. Por su naturaleza de convención autónoma (y no de protocolo adicional a la Convención Americana) está abierta a la ratificación o adhesión por todos los Estados Miembros de la OEA, sin embargo, sólo 17 de ellos son Estados Partes[124], y un poco de atención permite advertir que, aunque se mantiene una tendencia latinoamericana, dos Estados centroamericanos (Honduras y Nicaragua) impiden que se pueda considerar plenamente como tal.

El Protocolo de San Salvador está abierto para que sean Estados Partes de él los que son igualmente Estados Partes de la Convención Americana[125]. Si ésta no puede catalogarse plenamente de interamericana, su protocolo adicional con menor razón, aún si todos los que sean parte de aquella lo fueran de este. No obstante, de los 24 Estados Partes de la Convención

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

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

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

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

Americana, sólo 14 lo son del Protocolo de San Salvador[126]. El Protocolo de San Salvador reconoce la utilización del mecanismo de peticiones individuales ante la Comisión Interamericana y de demandas ante la Corte Interamericana, pero en forma limitada[127]. Lo mismo sucede con el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte que está conceptualizado también como un protocolo del que sólo pueden ser Estados Partes los que lo son de la Convención Americana, no confiere expresamente jurisdicción a la Corte Interamericana, y de los 24 Estados Partes de aquella, sólo 9 Estados son parte del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte[128].

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas es un tratado autónomo en el sistema interamericano, en el sentido de que pueden llegar a ser Estados Partes de ella cualquier Estado Miembro de la OEA[129], y tristemente, igual

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

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

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

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

que como sucede con los anteriores tratados, los Estados que han llegado a obligarse por esta convención –13 hasta la fecha– son geopolíticamente latinoamericanos[130]. Vale indicar que mediante el Artículo XIII esta convención confiere competencia *ratione materiæ* a la Comisión Interamericana y a la Corte Interamericana para conocer de casos en los que se aleguen violaciones a sus normas principales. Es diferente lo que sucede con la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, que es igualmente un tratado autónomo, y aunque la totalidad de Estados Miembros de la OEA no son Estados Partes de esta convención, en términos de la experiencia internacional es, hoy por hoy, el tratado más próximo de ser considerado como interamericano[131]; el artículo 12 de esta confiere competencia *ratione materiæ* para conocer mediante el mecanismo contencioso (peticiones individuales y demandas) sobre las violaciones a su artículo 7 que contiene algunas obligaciones estatales, que no son denominadas *expressis verbis* como obligaciones progresivas.

Finalmente, en lo que atañe a la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, que es igualmente una convención autónoma, también presenta una tendencia meramente latinoamericana, de la que todavía no han participado los Estados industrializados ni los Estados del Caribe angloparlante; de los Estados Latinoamericanos Miembros de la OEA sólo Honduras no es aún Estado Parte de ella[132]. Esta, a diferencia de todas las anteriores, no prevé el uso de mecanismos contenciosos como

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

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

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

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

Así las cosas en el elemento normativo, no es posible señalar que exista uno, al menos, de los instrumentos convencionales que en él se inscriben, como auténticamente interamericano. Adicionalmente, si los tratados confieren competencia *ratione materiæ* a la Comisión Interamericana y a la Corte Interamericana para conocer por la vía del mecanismo contencioso de peticiones individuales y demandas[133], y tales convenciones no se pueden considerar como auténticamente interamericanas, tampoco es posible considerar que por la vía del elemento orgánico el sistema sea interamericano.

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

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

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

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

B. Derechos económicos, sociales y culturales

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

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

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

Para lograr una definición de los derechos económicos, sociales y culturales, es imperioso acudir a la esencia misma de los derechos humanos: derechos subjetivos que resguardan la dignidad humana, *i.e*. lo humano irreductible[135]. Debe comprenderse, por obvias razones, que la dignidad es un concepto abierto y evolutivo. Pues bien, lo humano irreductible es el límite de la existencia humana. A partir de este punto surge el concepto de "necesidades humanas básicas"[136]: lo humano irreductible.

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

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

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

moriría[137], condiciones de salud cuya inobservancia generaría el cruce de esa situación límite, condiciones ambientales mínimas, protección o resguardo físico respecto de las amenazas físicas del entorno, por mencionar ilustrativamente algunas.

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

La *societas* posee una modalidad organizativa de sus diferentes factores y elementos. En términos generales, la sociedad moderna se estructura fuertemente en torno al trabajo, la producción y el comercio, generando un círculo de necesidades mutuas[138]. De esta forma cada una es la razón de ser de la otra. En palabras del psicólogo social vallisoletano Martín-Baró, el trabajo ha llegado a ser la actividad humana primordial y al mismo tiempo se ha convertido en el marco de referencia crucial que define el sentido de la existencia de los seres humanos[139]. Es sus palabras textuales apunta[140]:

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

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

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

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

140 *Ibidem*, pp. 184-185.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

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

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

En términos mucho más de lenguaje de derechos, la expresión de Verdú no puede ser mejor[141]: "Al lado de los derechos de libertad aparecen, como en Weimar, los derechos sociales [...] Trátase del intento loable de convertir en derecho positivo viejas aspiraciones sociales, elevadas a la categoría de principios constitucionales protegidos por las garantías del Estado de Derecho".

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

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

(1917) y soviético (1918), es decir, desde experiencias revolucionarias. La transformación de las necesidades en derechos pasó, inicialmente, por la vía de las revoluciones, para luego pasar al momento de su expansión como derecho de aspiración universal,[142] para inmediatamente pasar a ser un elemento del derecho internacional naciente con el fin de la Primera Guerra Mundial, mediante el Tratado de Versalles. El Preámbulo de la Parte XIII –Arts. 387 al 399– expuso lo siguiente[143]:

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

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

143 Traducción libre del autor, así:

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

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

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

Finalmente, también el ser humano guarda una importante relación con la institucionalidad estatal. La relación Estado-ser humano es igualmente una relación dialéctica. Y aunque el Estado no ha existido siempre, su emergencia y existencia actual pone de manifiesto, nuevamente, que las necesidades básicas no tienen que ser absolutas, su relatividad no riñe con su sentido fundamental. Normalmente, aunque no siempre, el Estado expropia determinadas acciones humanas para llenarlas con un sentido de oficialidad. Eso pasa, principalmente, con la justicia[144]

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

y con la seguridad[145]. Pero ambas son igualmente necesidades básicas de los seres humanos, sólo que ya no pueden ser, por regla general, sometidas a la autogestión, de donde se impone, por ende, la obligación del Estado de proveerlas en cumplimiento con ciertos principios como la independencia, la imparcialidad, la oportunidad, la eficiencia, etc. Por el elevado poder de determinación normativa (y fáctica) que posee el Estado sobre las personas sometidas a su jurisdicción se tornan necesarias dos condiciones de ejercicio y demostración del poder: que la actuación estatal se dirija exclusivamente por la ley –no hay más potestades que las que da la ley– y que los destinatarios tengan la posibilidad de participar en ella –representación, al menos en su etapa de creación– o en su implementación –participar en la gestión de los intereses públicos–, y al menos dentro de los Estados cuyo régimen político se define como democrático, son necesidades ineludibles la consideración de igualdad de todas las personas ante la ley, y la posibilidad de incidir en la configuración gubernamental mediante el voto. La interrelación de los seres humanos con el Estado requiere, además, de ciertas consideraciones básicas que pueden estimarse claramente como necesidades básicas del orden político, como expresarse, reunirse, asociarse y peticionar. A ellas deben sumarse quizás las más importantes obligaciones que se derivan de la relación Estado-ser humano: ser garante último de la observancia de los derechos.

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

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

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

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

En la actualidad, las necesidades básicas se encuentran reconocidas como derechos humanos, al menos por la vía del derecho constitucional de cada Estado como por medio del derecho internacional[146]. Sin embargo, puede apreciarse cómo, al menos desde la perspectiva del derecho internacional[147], se observa un etiquetamiento (*labeling*) y una compartimentalización entre las necesidades básicas convertidas en derechos. Se habla de derechos civiles y políticos, por una parte, y de derechos económicos, sociales y culturales, por la otra. Vale la pena reiterar que los instrumentos originarios –la Declaración Americana,

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

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

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

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

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

C. Justiciabilidad

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

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

La justiciabilidad es un concepto ligado al de exigibilidad. La diferencia es la modalidad. De esta forma si la exigibilidad pretende la realización de un derecho, la justiciabilidad busca que tal realización se haga por la vía de su reclamación ante instancias que administran justicia. En el fondo, se trata de la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, mediante las herramientas que puede ofrecer la justicia distributiva. La justiciabilidad supone, por tanto, una pretensión formulada por un reclamo en contra de un sujeto obligado por el derecho y al mismo tiempo un ente decisor que, satisfechas determinadas circunstancias, resuelve la controversia. Como ha destacado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, es la controversia sobre un objeto, un elemento definitorio del carácter justiciable de ese objeto[148].

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

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

1. El carácter independiente e imparcial del ente decisor

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

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

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

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

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

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

A diferencia de lo que ocurre en la Comisión Interamericana, en la Corte Interamericana la nacionalidad no es un motivo específico que impida el conocimiento de un caso. A tal extremo llega esa situación que conforme al artículo 55, inciso 1 de la Convención Americana, el juez nacional de un Estado Parte en un caso, conserva el derecho a seguir conociendo del caso[149].

2. La naturaleza del procedimiento decisorio

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

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

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

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

> An essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*.
>
> Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law [...] others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character.

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

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

que no está limitado a la víctima –y excepcionalmente a sus familiares– y que permite la apertura de casos ante la Comisión Interamericana[152]. De manera complementaria el artículo 45 de la Convención Americana permite que un Estado denuncie a otro ante la Comisión Interamericana por violación de los derechos que reconoce la Convención Americana sin requerir que la víctima, concreta o abstracta[153], tenga que ser nacional del Estado denunciante. Esto no significa que la víctima sea irrelevante para el sistema interamericano. Una afirmación de semejante envergadura no podría sostenerse toda vez que el sistema no es sancionatorio y sí es reparatorio. En la sede de la Corte Interamericana también se puede apreciar el carácter del *ordre public* mencionado, toda vez que la Comisión Interamericana debe comparecer en todos los casos ante la Corte Interamericana, norma que incluso contempla la hipótesis de los contenciosos interestatales, lo que evidencia que existe un interés jurídico objetivo[154].

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

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

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

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

de la controversia que no se ajusten tradicionalmente a la idea adversarial. Estas técnicas como, por ejemplo, la negociación directa, la mediación, la conciliación o el arbitraje pueden ser empleadas, pero dentro del marco del proceso adversarial que diseña la Convención Americana, de manera que no tienen autonomía procesal. Precisamente la Convención Americana diseña un mecanismo basado en un esquema de justicia distributiva, y no en un esquema de justicia conmutativa, aunque en el marco de aquella se admitan técnicas propias de esta. Pero la rectoría procesal la sigue teniendo el sentido distributivo de la justicia que se persigue dentro del sistema interamericano. Así se desprende del artículo 48, inciso 1, *f* de la Convención Americana que habilita a la Comisión Interamericana para ponerse a disposición de las partes interesadas, en el marco de un proceso contencioso, para lograr una solución amistosa que esté fundada en el respeto de los derechos humanos reconocidos por la Convención Americana y no en la satisfacción recíproca de los intereses y necesidades de la partes litigiosas, lo que necesariamente debería obligar a la Comisión Interamericana a homologar los términos de la solución amistosa[155]. La Convención Americana no contempla esa posibilidad cuando un caso está en conocimiento de la Corte Interamericana, pero ha sido por la vía del artículo 55 del Reglamento de la Corte Interamericana que se admite no sólo la solución amistosa, sino también el desistimiento y el allanamiento como salidas alternativas del

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

proceso contencioso, aunque la Corte Interamericana se reserva la autoridad para decidir que prosiga el conocimiento de un caso, aún cuando se esté en la presencia de las situaciones anteriores, lo que claramente evidencia que tales posibilidades no se encuentran limitadas por la satisfacción individual de las partes, sino que implican un interés público superior, integrado por la observancia de las normas de la Convención Americana[156].

3. El contenido de la decisión

Para que se pueda hablar plenamente de justiciabilidad, el procedimiento en el que se dirimen las controversias sobre la observancia o no de las normas que reconocen los derechos económicos, sociales y culturales tiene que permitir la declaratoria de responsabilidad del obligado, en el caso de que su conducta efectivamente no satisfaga con la exigencia de la norma. Y de manera consecuente con ello, establecer el conjunto de obligaciones que integran la reparación integral del daño. Precisamente en la interpretación del artículo 63, inciso 1 de la Convención Americana, en el *Caso Aloeboetoe y otros contra Suriname*, la Corte Interamericana ha señalado que es importante distinguir la conducta del Estado declarado responsable hacia el futuro –garantizar al lesionado el goce del derecho o de la libertad conculcados– y hacia el pasado mientras duró la violación –reparar las consecuencias de la violación, incluyendo, si fuere procedente, una justa indemnización[157].

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

156 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Benavides Cevallos contra Ecuador*. *Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 19 de junio de 1998. Serie C, Nº 38, párr. 55.

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

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

La imputación de responsabilidad estatal puede ser directa o indirecta, según sea el contenido o la naturaleza de las obligaciones que el Estado asume. En el ámbito del derecho internacional, las reglas jurídicas que gobiernan el tema de la responsabilidad estatal se clasifican en dos: *normas primarias* y *normas secundarias*[158]. Las *normas primarias* son las que gobiernan las obligaciones principales, en las que descansan las obligaciones sustantivas que los Estados deben observar[159], cuyo incumplimiento da lugar a la responsabilidad[160], mientras que las *normas secundarias* gobiernan los alcances y modalidades de existencia de la responsabilidad[161], son las que se encargan de establecer cuándo se ha violentado la *norma primara* u obligación sustantiva, y cuáles son las consecuencias jurídicas de tal infracción[162]. En el ámbito del sistema interamericano, y desde la óptica de lo que atañe a la responsabilidad internacional, la Convención Americana contiene dos tipos de normas primarias, las obligaciones generales y las obligaciones específicas.

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

159 *Ibidem*.

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

161 *Ibidem*.

162 Cassese, *supra* nota 183.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

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

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

Como puede apreciarse, se trata de las obligaciones de *respetar* y *garantizar* las que se reputan objetivamente como obligaciones *erga omnes*. Y aunque la Convención Americana no haya definido los alcances de estas, ha sido la jurisprudencia la que ha precisado la interpretación que debe darse a tales deberes. Con relación al deber de respeto ha señalado[163]: "El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado [...] De esta forma, la obligación de respeto impone directamente al Estado un comportamiento necesariamente dirigido a no violar un derecho reconocido en la Convención Americana".

Respecto de la obligación de garantía, la Corte Interamericana ha señalado[164]:

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

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

164 *Ibidem*, párr. 166.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

> 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 humanos.

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

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

De esta forma el Estado incumple con las obligaciones generales de la Convención Americana cuando él mismo irrespeta un derecho reconocido en ella o cuando no lo garantiza adecuadamente, *i.e.*, cuando no ha prevenido su violación (cometida por sí o por un sujeto no-estatal), o cuando no ha investigado y sancionado a los responsables (a quienes actuaron por él o a los sujetos no-estatales que la cometieron), o cuando no ha procurado el restablecimiento del derecho y la reparación de los daños. No obstante debe tomarse en cuenta que[165]: "En toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente

165 *Ibidem*, párr. 169.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

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

Además[166]:

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

166 *Ibidem*, párrs. 174-177.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

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

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

En palabras de la jurisprudencia de la Corte Interamericana[167]:

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

167 *Ibidem*, párrs. 172-173. Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso José Rolan Valencia y otros contra Colombia (Masacre de Mapiripán). Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 15 de septiembre de 2005. Serie C, Nº 134, párr. 111.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

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

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

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

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

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

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

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

De aquí se desprende que, una vez constatado el incumplimiento de la obligación de respetar –y/o de la obligación de garantizar– la Corte Interamericana por medio de la sentencia crea nuevas obligaciones al Estado infractor[170]. Inicialmente, vuelve a revaluar la obligación de garantizar, esto es, de prevenir adecuadamente con todos los medios al alcance del Estado para que razonablemente no vuelvan a ocurrir tales violaciones –*i.e.*, garantías de no repetición– y, asimismo, que investigue la violación y favorezca –en caso de ser fácticamente posible– la sanción de los responsables, y lógicamente, este ejercicio de garantía derivado como consecuencia de la violación del derecho implica también el restablecimiento de este –lógicamente si ello es posible–, lo que se traduciría en un cese del acto ilícito –si en el momento de la sentencia está aún sucediendo–. Le complementa la reparación de los daños, inspirado en la idea de volver al *status quo ante*[171], que debe complementarse además con la neutralización de todos los efectos dañinos que la violación pudo haber generado, llegando así a la reparación integral[172].

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

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

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

La manera sobre cómo se reparan los daños se reconoce en la Convención Americana de forma muy vaga, contemplando sólo la indemnización de manera expresa como una modalidad. Esto obliga, pese a su carácter de *lex specialis*, a llenar el vacío –integrar– mediante las normas existentes en el derecho internacional general. Los esfuerzos de codificación en esta materia han sido realizados por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas en el documento *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*[173], por lo que acudir a este instrumento es más que aconsejable. Conforme a ellos, la reparación integral del daño se logra mediante la restitución, la compensación y la adopción de medidas de satisfacción[174]. La restitución por tanto es el re-establecimiento de la situación que existía antes de que el acto ilícito fuera cometido[175]; la compensación, cuya función es atender las pérdidas cuantificables en términos monetarios incurridas como resultado del acto ilícito[176]; finalmente se encuentran las medidas

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

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

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

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

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

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

Es importante hacer algunas aclaraciones breves sobre las reparaciones en el ámbito del sistema interamericano. En primer lugar, la conciencia sobre la plenitud de herramientas que pueden emplearse para lograr la reparación integral y materializar el efecto que pretende, ha ido evolucionando de la mano de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, pues en los primeros casos se hacía principal énfasis en el carácter compensatorio de la reparación, teniendo el carácter restitutorio[178] y el satisfactorio[179]

---

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

177 *Ibidem*, p. 106.

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

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

muy poca relevancia, así como los efectos de cesación y las garantías de no repetición[180]. En segundo lugar, la Corte Interamericana ha establecido, desde su primer pronunciamiento en materia de reparaciones, que el carácter compensatorio de las indemnizaciones es excluyente del carácter punitivo, de manera que la finalidad de la indemnización compensatoria no puede exceder del propósito de reparación, al mismo tiempo que no puede llegar a convertirse en un castigo para el Estado hallado responsable[181]. En tercer lugar, igualmente desde sus inicios,

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

180 *Supra* nota 195. Garantías de no repetición, como la investigación y juzgamiento de los responsables fueron declaradas originalmente en la sentencia sobre el fondo, y su carácter como garantía de no repetición fue retomado en la sentencia sobre indemnización compensatoria. (*Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras*). Después de superar una postura renuente (ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso José R. Araujo contra Venezuela (El Amparo). Reparaciones y costas*. Sentencia del 14 de septiembre de 1996. Serie C, Nº 28, párrs. 58-60; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Genie Lacayo contra Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 29 de enero de 1997. Serie C, Nº 30, párrs. 90-92), la Corte Interamericana finalmente logró establecer como garantías de no repetición la necesidad de ajustar el derecho interno a los términos de la Convención Americana, cuando el marco jurídico nacional no satisfacía el estándar de protección que ésta delineaba (ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Loayza Tamayo contra Perú. Reparaciones*. Sentencia del 27 de noviembre de 1998. Serie C, Nº 42, párrs. 159-164 y resolutivo 5).

181 *Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras*, *supra* nota 202, párrs. 37-39. Aunque la redacción empleada permite comprender que si el derecho internacional avanzara hacia la conceptualización de indemnizaciones punitivas, la expresión lingüística empleada por el Art. 63, inciso 1 de la Convención Americana –"justa indemnización"– pudiera llegar a comprenderla. Utilizando la idea de daños punitivos *lato sensu* el jurista brasileño Antônio Augusto Cançado Trindade acredita que en la actualidad el derecho internacional de los derechos humanos ya admite la posibilidad de establecer indemnizaciones que tengan un propósito

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

la Corte Interamericana precisó el objeto de la indemnización compensatoria, el daño material y el daño moral[182], estableciendo para el primero bases y criterios de cálculo y para el segundo una determinación judicial *ex æquo et bono*[183]. En cuarto lugar, la Corte Interamericana posee suficiente competencia para establecer acciones específicas que modifiquen el contexto para que el sentido de la indemnización compensatoria pueda desplegarse adecuadamente y no tornarse nugatorio[184].

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

---

sancionador en contra del Estado responsable (ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Myrna Mack Chang contra Guatemala. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 25 de noviembre de 2003. Serie C, Nº 101, voto razonado del juez Cançado Trindade, párrs. 41-52).

182 *Ibidem*, párr. 39.

183 *Ibidem*, párrs. 27 y 40-52.

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

D. A manera de conclusión

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

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

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

II

Dentro del Sistema Interamericano existen dos tratados que refieren a los derechos económicos, sociales y culturales, y que contienen normas que habilitan a sus órganos desplegar labores consecuentes con la justiciabilidad de tales derechos: la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador. Ambos, creados en coyunturas históricas diferentes, tienen énfasis distintos sobre tales derechos. Conceptualizan de modos distintos la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. La revisión de su historia esencial de formación es un buen punto de partida para comprender las posibilidades de utilización del Sistema Interamericano para garantizar su justiciabilidad.

A. La Convención Americana

Lejos de cualquier consideración que pueda hacerse sobre la Convención Americana en el sentido de entenderla como un instrumento jurídico internacional que reconoce sólo derechos civiles y políticos, la historia de formación de ésta pone claramente de manifiesto que se trata de un instrumento que incorpora una visión holística de derechos humanos, aunque en su técnica legislativa se encuentren falencias que puedan, imaginativamente, generar tal confusión. Sobre todo porque precisamente en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales, fue donde más nivel de instrumentalización política se llegó a tener, por una condicionante histórica.

Para comprender esta situación es importante tener presente el proceso de elaboración de la Convención Americana, exactamente desde el momento en el que la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores mandó la creación de un instrumento convencional que elevara el nivel de vinculatoriedad en materia de derechos humanos que proveía la Declaración Americana en el marco de la OEA.

En seguimiento de la Resolución VIII –punto I, inciso 1– de la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, el

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

Consejo Interamericano de Jurisconsultos, reunido en su Cuarta Reunión (Santiago, 1959) aprobó el documento denominado Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos que, respecto de los derechos económicos, sociales y culturales, incluía una importante cantidad de normas de reconocimiento, así como un capítulo dedicado a su protección, separado de la protección de los derechos civiles y políticos.

La protección de los derechos económicos, sociales y culturales se realizaba a través de un mecanismo abierto, en el cual se utilizaban las siguientes medidas: presentación de informes periódicos, solicitud de informaciones específicas, observaciones y recomendaciones, estudios e investigaciones (incluso *in loco*), suministro de asistencia técnica, reuniones (incluso de carácter regional), acuerdos y convenciones para la cooperación en los campos económico, social y cultural y publicidad de las medidas adoptadas. Estas medidas, según el artículo 58, inciso 1 del Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, se debían observar "además de las otras admitidas por el derecho internacional vigente en América".

Algunas de las medidas de protección propuestas serían implementadas por la Comisión Interamericana, sin perjuicio de lo que correspondía a otros órganos internacionales. Y las restantes medidas, podían ser sugeridas o recomendadas por la Comisión Interamericana para que se implementaran por los organismos competentes de la OEA o incluso de Naciones Unidas. De esta forma se daba operatividad a la interacción entre los sistemas interamericano y universal.

Además, tales medidas podían llegar a dar lugar a un proceso internacional que permitiría decidir sobre el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales en un caso concreto, de naturaleza contenciosa[185]. Para ese entonces, en Naciones

185 Ver Art. 58, inciso 1 y Art. 64. La posibilidad de la utilización de un procedimiento contencioso para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales se abre porque en los Arts. 49 al 57 y del 72 al 80 se regulaba el mismo procedimiento para la protección de los derechos

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

Unidas ya se había tomado la decisión de escindir los tratados de derechos humanos en dos grandes contenidos, generándose un tratado de derechos civiles y políticos y otro para derechos económicos, sociales y culturales; afortunadamente el Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos aún seguía la línea originaria que se proyectaba en la Declaración Americana y que respondía una concepción holística de la dignidad humana.

El propósito de la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, tal y como se expresó en la referida Resolución VIII –punto I, inciso 2–, en el sentido que la XI Conferencia Interamericana conociera de un proyecto de convención en materia de derechos humanos, no se pudo realizar porque las tensiones en el continente después del proceso de la revolución cubana habían llevado las cosas a un punto de fuerte inestabilidad política. La XI Conferencia Interamericana tuvo que prorrogarse y realizarse hasta 1961, y consecuentemente, los puntos de gravitación de la agenda pasaron mucho más por la necesidad de una descompresión de la crisis local, postergándose los otros temas importantes para un posterior encuentro.

civiles y políticos, tanto en sede ante la Comisión Interamericana como ante la Corte Interamericana. Aunque tal procedimiento tuviera un objeto de protección determinado –los derechos civiles y políticos– su utilización como medio de tutela de los derechos económicos, sociales y culturales se hacía posible en tanto que se tratara de una medida de protección admitida en el derecho internacional vigente en América. La revisión de la formulación lingüística del precepto en referencia no condiciona la utilización de una medida de protección a que esta se defina *expressis verbis* como procedimiento para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, sino únicamente a que se trate de un mecanismo vigente en el derecho internacional americano. La interpretación analógica sería la que en definitiva abriría las puertas para el uso de la vía contenciosa como mecanismo de protección de los derechos económicos, sociales y culturales, como corresponde lógicamente al carácter progresivo de los derechos humanos. Sobre este tema ver: Nikken, Pedro, "Bases de la progresividad en el régimen internacional de protección de los derechos humanos", en: *Derechos humanos en las Américas – Homenaje a la memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*, San José, CIDH, 1984, pp. 22-40.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

Dentro de esos temas importantes –por razones tan evidentes como los acontecimientos en Cuba, en enero de 1959– se encontraban los antecedentes de la Alianza para el Progreso que tienen que encontrarse en el marco de la iniciativa del presidente brasileño Juscelino Kubitschek denominada Operación Panamericana, y que se formuló a partir de la ayuda memoria que él envió personalmente a los Estados representados en la OEA el 9 de agosto de 1958. La Operación Panamericana se definía a sí misma como una reorientación de la política hemisférica dirigida a colocar a América Latina en una posición mucho más efectiva en la defensa occidental, con lo cual se visualizaba como una acción no-neutral en el marco de la bipolaridad que definía las relaciones internacionales para aquel momento. En el fondo, la iniciativa Operación Panamericana se planteaba como una propuesta anticomunista con un sentido regional interamericano por medio de un combate al subdesarrollo y al estancamiento económico, que tornaba la visión económica como una opción defensiva subrogante de las alternativas militares[186]. Precisamente su propuesta sugería la reforma del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca[187], por la vía de un protocolo de asistencia económica[188].

186 El *Aide-Mémoire* no hace ninguna referencia a las fuerzas militares, ni siquiera a la utilización de las herramientas continentales de defensa, que conceptualizaban la defensa continental como acciones militares enmarcadas bajo el principio de la defensa colectiva.

187 El Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR) fue suscrito en la Conferencia Interamericana para el Mantenimiento de la Paz y la Seguridad del Continente, desarrollada en Rio de Janeiro, en 1947. En su versión originaria, y conforme a su texto articulado, su finalidad es la consolidación de un sistema defensivo regional, en el cual los Estados Partes –pertenecientes al hemisferio occidental– condenan la guerra y se abstienen del uso de ella o de la amenaza de tal uso. Asimismo, acuerdan que la agresión a uno de tales Estados por parte de cualquier Estado, será considerado como un ataque armado a todos, generándose una reacción a favor del ejercicio del derecho de defensa legítima individual o colectiva.

188 Fue la Resolución V de la VII Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores que sesionó en San José, Costa Rica, en 1960, la que expresamente señaló la urgencia de contar con un Protocolo Adicional de Asistencia Económica al Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

La reforma sugerida al Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca no se logró y, en general, las acciones concretas de la Operación Panamericana no fueron lo suficientemente enérgicas o sistemáticas como se podía desear. Así se desprende de la Resolución XI de la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, denominada "Subdesarrollo Económico y Preservación de la Democracia", que hacía un llamado urgente a la concretización de medidas económicas para evitar mayores expansiones del comunismo internacional en el continente. En pocas palabras, la iniciativa Operación Panamericana tuvo muy pocos resultados. Sin embargo, fue un buen punto de partida para lo que estaba por venir.

El cambio de gobierno en los Estados Unidos, que implicó la llegada a la Casa Blanca del senador John Kennedy, supuso también un cambio de sensibilidad y de estrategia en las relaciones con América Latina dentro del contexto de la lucha en contra del comunismo internacional. El presidente Kennedy comprendió que era urgente e impostergable la realización de acciones económicas y sociales efectivas para evitar nuevos éxitos del comunismo internacional en su intencionalidad expansionista. Así nació uno de los acontecimientos de política exterior y cooperación internacional más emblemáticos que ha existido, y que perfiló una enorme incidencia en la temática de los derechos económicos, sociales y culturales dentro del sistema interamericano: la Alianza para el Progreso. El día 13 de marzo de 1961, en una recepción en la Casa Blanca dirigida a los miembros del Congreso de los Estados Unidos así como al cuerpo diplomático de los países de América Latina, se le dio carta de ciudadanía a la Alianza para el Progreso, como un esquema de protección hemisférica esencialmente basado en la orientación focalizada de la ayuda y de la cooperación económica. En su memorable discurso el presidente Kennedy afirmó[189]:

189 Traducción no oficial del autor:

> A lo largo de América Latina [...] millones de hombres y mujeres sufren diariamente las degradaciones de la pobreza y el hambre. Carecen de un techo decente o de protección en casos de enfermedades. Sus niños están privados de la educación o de los trabajos, que son las puertas de escape hacia una

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

Throughout Latin America [...] millions of men and women suffer the daily degradations of poverty and hunger. They lack decent shelter or protection from disease. Their children are deprived of the education or the jobs which are the gateway to a better life. And each day the problems grow more urgent [...] If we are to meet a problem so staggering in its dimensions, our approach must itself be equally bold, an approach consistent with the majestic concept of Operation Pan America. Therefore I have called on all people of the hemisphere to join in a new Alliance for Progress [...] a vast cooperative effort, unparalleled in magnitude and nobility of purpose, to satisfy the basic needs of the American people for homes, work and land, health and schools [...] With steps such as these, we propose to complete the revolution of the Americas, to build a hemisphere where all men can hope for a suitable standard of living, and all can live out their lives in dignity and in freedom…. This political freedom must be accompanied by social change. For unless necessary social reforms, including land and tax reform, are freely made, unless we broaden the opportunity for all of our people, unless the great mass of Americans share in increasing prosperity, then our alliance, our revolution, our dream, and our freedom will fail.

---

vida mejor. Y cada día los problemas se hacen más urgentes […] Si vamos a enfrentar un problema tan ensombrecedor en sus dimensiones, nuestra aproximación debe ser igualmente valiente –una aproximación consistente con el majestuoso concepto de la Operación Pan-América. Por eso he llamado a todas las personas del hemisferio para unirse a una nueva Alianza para el Progreso […] un amplio esfuerzo cooperativo, sin paralelo en magnitud y en la nobleza de sus propósito, para satisfacer las necesidad básicas del pueblo Americano con relación a la vivienda, trabajo, tierra, salud y escuelas […] Con pasos como estos, proponemos completar la revolución de las Américas, construir un hemisferio donde todos los hombres puedan tener la esperanza de un nivel de vida adecuado, y todos pueda vivir sus vidas en dignidad y en libertad [...] La libertad política tiene que estar acompañada por el cambio social. Ya que a menos que las reformas sociales necesarias, incluyendo reforma en material de tierra y tributación, sean realizadas libremente, a menos que ensanchemos la oportunidad para todo nuestro pueblo, a menso que la gran masa de americanos compartan una prosperidad creciente, entonces nuestra alianza, nuestra revolución, nuestro sueño y nuestra libertad fracasará.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

La necesidad de mejorar definitivamente las condiciones de vida de la población latinoamericana, en aras a evitar un descontento generalizado que pudiera ayudar a expandir la iniciativa de la revolución cubana como alternativa para el logro de ese mejoramiento, era innegable. Y el foro de la OEA sirvió como mecanismo multilateral hemisférico para lograrlo. En palabras del presidente Kennedy, era el Consejo Interamericano Económico y Social el que tendría la responsabilidad de facilitar este proceso.

El asesinato del presidente Kennedy en 1963 hizo que la iniciativa de la Alianza para el Progreso fuera perdiendo paulatinamente su fuerza. Su sucesor, el presidente Johnson, aunque no desmontó la iniciativa en su totalidad, enfrentó un contexto que provocó que su impulso continuara con cada vez menos coincidencia respecto del modelo original. Precisamente el día 26 de noviembre de 1963, pocos días después del asesinato del presidente Kennedy, el presidente Johnson convocó al cuerpo diplomático latinoamericano en el mismo salón de la Casa Blanca donde se había dado carta de ciudadanía a la Alianza para el Progreso, y al mismo tiempo que reiteró su apoyo a la iniciativa, reconoció que su implementación no había resultado siempre fácil[190]:

> A Little less than 3 years ago, here in the White House, in this very room, President Kennedy met with you, the representatives of the countries of Latin America. In the first full-scale foreign policy address of his Administration, he called for an Alliance for Progress among all the nations of the Americas [...] We all know that there have been problems within the Alliance for Progress, but the accomplishments of the past 3 years have proven the soundness of our principles.

190 Traducción del autor: "Hace un poco menos de 3 años, aquí en la Casa Blanca, en este mismo cuarto, el Presidente Kennedy se reunión con Ustedes, los representantes de los países de América Latina. En el primer discurso a gran escala de política exterior que pronunció en su Administración, llamó a construir una Alianza para el Progreso entre todas las naciones de las Américas [...] Todos sabemos que ha habido problemas dentro de la Alianza para el Progreso, pero los logros de los pasados 3 años han demostrado la solidez de nuestros principios. Los logros de años venideros premiarán nuestra fe en la capacidad de los hombres libres para enfrentar los nuevos desafías de un nuevo día".

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

> The accomplishments of the years to come will vindicate our faith in the capacity of free men to meet the new challenges of a new day.

A los pocos días, el 14 de diciembre de 1963, el presidente Johnson reaccionó severamente al recorte de ayuda internacional que había realizado la Cámara de Representantes, que era de US$ 1.7 billones. En su discurso indicó[191]: "The amount proposed for the Alliance for Progress would be sharply less than was appropriated last year [...] It would mean that the United States would be providing for all of Latin America less than the Soviet Union is putting into Cuba alone. This is no way to combat communism in Latin America!"

La preocupación en la OEA sobre el futuro de la Alianza para el Progreso no era menor. En el seno de la OEA se estaban desarrollando dos debates muy imbricados, por una parte la temática de derechos humanos y por la otra la que estaba asociada con el aseguramiento y la continuidad de la Alianza para el Progreso. Ambas encontraron un punto de fusión en la II Conferencia Interamericana Extraordinaria que se realizó en Rio de Janeiro, en 1965. En ella sí se conoció el Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos que había elaborado el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, y además se conocieron otros dos Proyectos de Convención sobre Derechos Humanos, uno elaborado por Chile y otro por Uruguay.

La Resolución XXIV de la II Conferencia Interamericana Extraordinaria acordó requerir al Consejo de la OEA que actualizara y completara el Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos elaborado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, tomando en cuenta los proyectos presentados por Chile y Uruguay y también, oyendo el criterio de la Comisión

191 Traducción del autor: "La cantidad propuesta para la Alianza para el Progreso sería bruscamente menos que lo asignado el año pasado [...] Significaría que los Estados Unidos estarían proveyendo para toda América Latina menos que lo que la Unión Soviética está poniendo únicamente en Cuba. ¡Esta no es forma para combatir el comunismo en América Latina!

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

Interamericana. Mediante esta misma Resolución XXIV se encomendó igualmente al Consejo de la OEA que una vez cumplido con lo anterior, se sometiera el nuevo Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos a las observaciones y enmiendas de los Estados y que posteriormente, en el plazo de tres meses, convocara a una Conferencia Especializada Interamericana para que considerara el documento, conjuntamente con sus observaciones y enmiendas, y decidiera sobre su aprobación y firma como una convención de derechos humanos.

Contemporáneamente, la II Conferencia Interamericana Extraordinaria, acordó elevar el rango jurídico de los compromisos de la cooperación internacional que se incluían en la Alianza para el Progreso, mediante la denominada Acta Económico-social que sentó las bases para la reforma de la OEA. La preocupación por la suerte de la Alianza para el Progreso continuó *in crescendo:* La IV Reunión Anual del Consejo Interamericano Económico-Social, apenas un año después, en 1966, externó su preocupación al Secretario General de la OEA para que se estudiara la conveniencia de convocar a los jefes de Estado en el marco de la OEA y dar un impulso político más eficaz hacia los objetivos de la Alianza por el Progreso.

Con fecha 19 de septiembre de 1966 el Consejo de la OEA, luego de conocer el informe del Secretario General respecto de lo solicitado por el Consejo Interamericano Económico-social, convocó a la XI Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, para adoptar decisiones sobre una reunión de jefes de Estado con miras a fortalecer la Alianza para el Progreso y acordar nuevas medidas de cooperación continental destinadas a facilitar la integración económica latinoamericana[192]. Esta reunión se realizó en tres fases, la primera de ellas, del 24 de enero al 1 de febrero de 1967, en Washington DC; la segunda, del 15 al 26 de febrero de 1967, en Buenos Aires; y la tercera, del 8 al 14 de abril de 1967, en Punta del Este. Contemporáneamente con la segunda fase se realizó, además, la III Conferencia

192 Consejo de la Organización de los Estados Americanos, Resolución del 19 de septiembre de 1966.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

Interamericana Extraordinaria, que adoptó la reforma a la Carta de la OEA, mediante el denominado Protocolo de Buenos Aires, en la que se sentaron las bases jurídicas que pretendían rescatar y perpetuar la Alianza para el Progreso –en primer término– y las grandes líneas de la cooperación internacional entre Estados miembros de la OEA –en general–, y por otro lado la reforma y reestructuración de la OEA en ese nuevo contexto.

Desde que se emitió la Resolución XXIV por la II Conferencia Interamericana Extraordinaria, la Comisión Interamericana comenzó a realizar diferentes estudios, para estar preparada al eventual requerimiento que le hiciera el Consejo de la OEA, para ello hizo un cotejo entre los documentos elaborados por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, y por los Gobiernos de Chile y Uruguay, asimismo entre los instrumentos elaborados por el sistema europeo y los que estaban en elaboración dentro de Naciones Unidas, para formular así un proyecto de enmiendas al documento elaborado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos y formular una exposición de motivos[193].

El 4 de noviembre de 1966 la Comisión Interamericana, por medio del Secretario General de la OEA, remitió al Consejo de la OEA la primera parte de su estudio sobre el Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos presentado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, cotejado y leído conjuntamente con las propuestas de Chile y Uruguay, y que se refería exclusivamente a derechos civiles y políticos[194].

Durante el XV Período de Sesiones de la Comisión Interamericana se volvió a retomar la discusión sobre el Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos conjuntamente con los restantes documentos, esta vez focalizando su estudio en los derechos económicos, sociales y culturales. La Comisión Interamericana

193 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la labor desarrollada durante el Décimo Tercer Período de Sesiones*, OEA/Ser.L/V/II.14. Doc. 35, punto XI.A

194 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la labor desarrollada durante el Décimo Cuarto Período de Sesiones*, OEA/Ser.L/V/II.15. Doc. 29, punto IX

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

no dudó en reconocer que su opción preferencial era la de contar con un instrumento convencional que contuviera únicamente "derechos humanos fundamentales", expresión empleada para hacer valer derechos civiles y políticos propios de las tradiciones constitucionales originadas desde el siglo XIX, donde los derechos económicos, sociales y culturales no tendrían cabida. En forma expresa indicó[195]:

> La Comisión [Interamericana] estima, como señaló en la Parte I de su dictamen, que la Convención debería contemplar inicialmente algunos derechos y libertades respecto de los cuales los Estados Americanos se encuentran capacitados al presente para otorgarles una protección internacional que trasciende los límites de su competencia doméstica. La Comisión [Interamericana], al estudiar el Capítulo relacionado con los derechos económicos, sociales y culturales del Proyecto de Convención del Consejo Interamericano de Jurisconsultos y de los Proyectos presentados por los Gobiernos del Uruguay y de Chile, tuvo serias dudas respecto de la inclusión de tales derechos en el presente instrumento, pues consideró, a la luz de la experiencia del Consejo de Europa y de las Naciones Unidas, que dichos derechos, por su naturaleza, deberían ser objeto de un régimen especial de protección internacional a que deben estar sometidos.

Sin embargo, la realidad política que venía desarrollándose paralelamente, en el marco de la cooperación regional americana, y particularmente respecto de la Alianza para el Progreso, fue un importante aliciente para que en el Sistema Interamericano los derechos económicos, sociales y culturales tuvieran un reconocimiento jurídico formal en el instrumento que posteriormente se denominaría Convención Americana sobre Derechos Humanos. Precisamente, no hay punto de claridad más prístino que las siguientes expresiones de la Comisión Interamericana[196]:

195 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la labor desarrollada durante el Décimo Quinto Período de Sesiones*, OEA/Ser.L/V/II.16. Doc. 20, anexo I.

196 *Ibidem*.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

> Al considerar los mencionados derechos económicos sociales y culturales, la Comisión [Interamericana] tuvo en cuenta los siguientes hechos acaecidos con posterioridad a la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos celebrada en Santiago de Chile en 1959: a) la modificación en 1959 del Estatuto del [Consejo Interamericano Económico y Social], órgano integrado en la actualidad por Comisiones Especiales de Educación, de Salud y de Asuntos Laborales, b) la creación del [Consejo Interamericano de la Alianza para el Progreso], en 1964, con facultades para promover el bienestar económico y social de los Estados Americanos mediante la cooperación efectiva entre ellos; c) las resoluciones de la II Conferencia Interamericana Extraordinaria, celebrada en Río de Janeiro en 1965 sobre las reformas de la Carta de la OEA y sobre el "acta Económico-Social de Río de Janeiro"; d) las propuestas tendientes a incorporar en la Carta de la Organización de los Estados Americanos una declaración de derechos económicos y sociales cuya protección compete[ría] al [Consejo Interamericano Económico y Social] [...]
>
> Sin embargo, la Comisión [Interamericana] cree que, en vista de la importancia que tienen los derechos económicos, sociales y culturales, la futura Convención Interamericana sobre Derechos Humanos debería contener disposiciones en las cuales los Estados Partes en la Convención reconozcan la necesidad de adoptar progresivamente, en sus legislaciones internas, las garantías que permitan la plena vigencia de esos derechos. La Comisión desea señalar, además, que debería iniciarse cuanto antes la consideración del régimen de protección internacional de los llamados derechos económicos, sociales y culturales. La Comisión estaría dispuesta a iniciar el examen de ese régimen de protección siempre que los Gobiernos de los Estados Miembros estuvieren de acuerdo con ello.

Después de varios intercambios documentales, el Consejo de la OEA, con fecha 12 de junio de 1968, adoptó una resolución por medio de la cual, *inter alia*, solicitó a la Comisión Interamericana para que, luego de varias gestiones, formulara un documento que sirviera como documento de trabajo final respecto del anhelo de contar con un instrumento convencional regional[197].

197 Consejo de la Organización de los Estados Americanos, Resolución del 12 de junio de 1968.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

En cumplimiento de ese requerimiento, finalmente la Comisión Interamericana elaboró un documento denominado Anteproyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos, el cual fue aprobado y adoptado como documento de trabajo para la Conferencia Especializada Interamericana por medio de una Resolución del Consejo de la OEA del 2 de octubre de 1968.

Luego de importantes gestiones del Embajador de Costa Rica ante la OEA, el Consejo de la OEA, mediante un acuerdo tomado el 12 de febrero de 1969 dispuso convocar oficialmente a la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos para la consideración del Proyecto de Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, cuya sede sería la ciudad de San José, en Costa Rica, fijando originalmente el período del 1 al 13 de septiembre de 1969 para su realización, el que luego fue modificado mediante decisión del Consejo de la OEA, para los días del 7 al 22 de noviembre del mismo año, luego de que el Embajador de Costa Rica pusiera de manifiesto la conveniencia de retrasar la realización de la Conferencia Especializada Interamericana por ocasión del conflicto armado entre Honduras y El Salvador[198].

El Proyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales establecía los siguientes artículos[199]:

Artículo 25

1. Los Estados Partes en la presente Convención reconocen la necesidad de dedicar sus máximos esfuerzos para que en su derecho interno sean adoptados y, en su caso, garantizados los demás derechos consignados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y que no hubieren quedado incluidos en los artículos precedentes.

198 Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, *Actas y Documentos*, OEA/Ser.K/XVI/1.2, pp. 1-3.

199 *Ibidem*, pp. 23, 28-29.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

2. Los Estados Partes manifiestan, además, su propósito de consagrar y, en su caso, de mantener y de perfeccionar, dentro de sus legislaciones internas, las prescripciones que sean más adecuadas para: el incremento sustancial y autosostenido del producto nacional *per capita*; distribución equitativa del ingreso nacional; sistemas impositivos adecuados y equitativos; modernización de la vida rural y reformas que conduzcan a regímenes equitativos y eficaces de tenencia de tierra, mayor productividad agrícola, expansión del uso de la tierra, diversificación de la producción y mejores sistemas para la industrialización y comercialización de productos agrícolas; y fortalecimiento y ampliación de los medios para alcanzar estos fines; industrialización acelerada y diversificada, especialmente de bienes de capital e intermedios; estabilidad del nivel de precios internos en armonía con el desarrollo económico sostenido y el logro de la justicia social; salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos; erradicación rápida del analfabetismo y ampliación para todos, de las oportunidades en el campo de la educación; defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica; nutrición adecuada, particularmente por medio de la aceleración de los esfuerzos nacionales para incrementar la producción y disponibilidad de alimentos; vivienda adecuada para todos los sectores de la población; condiciones urbanas que hagan posible una vida sana, productiva y digna; promoción de la iniciativa y la inversión privadas en armonía con la acción del sector público, y expansión y diversificación de las exportaciones.

Artículo 26

Los Estados Partes informarán periódicamente a la Comisión de Derechos Humanos sobre las medidas que hubieran adoptado para los fines señalados en el artículo anterior. La Comisión formulará las recomendaciones que sean adecuadas y, cuando exista una aceptación generalizada de dichas medidas, promoverá la celebración de una Convención especial o de Protocolos complementarios de la presente Convención a fin de incorporarlos al régimen de la misma, o al que se estime pertinente.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

Artículo 41

1. Los Estados Partes se comprometen a presentar a la Comisión informes periódicos sobre las medidas adoptadas con el fin de garantizar la observancia de los derechos mencionados en el Artículo 25.

2. La Comisión determinará la periodicidad que tendrán estos informes.

3. Cuando se trate de un informe que ha de ser presentado originalmente a uno de los Organismos Especializado de las Naciones Unidas o de la Organización de los Estados Americanos, el Estado Parte cumplirá lo prescrito en el párrafo 1 precedente, mediante el envío de una copia del mismo informe a la Comisión.

Ninguna norma dentro del Proyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos excluía del trámite de los procedimientos contenciosos en lo atinente a los derechos económicos, sociales y culturales; en todo caso, la importancia de estos hacía que, adicionalmente a este método, hubiera otros como el sistema de informes periódicos.

Los diferentes Estados formularon observaciones al contenido del Proyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos, así Uruguay, en lo que atañe al tema de marras indicó[200]: "El Artículo 25º, Apartado 2, recoge en un texto meramente declarativo, conclusiones establecidas en la Conferencia de Buenos Aires. Su contenido no parece propio de una convención, pero quizás no sea políticamente conveniente oponerse a la inclusión de dicho texto".

En la línea de exponer observaciones, Chile presentó las propias que en lo pertinente destacan[201]:

> Las disposiciones que han quedado en el proyecto en materia de derechos económicos, sociales y culturales, son las que merecen mayores reparos de forma y fondo. Ellas son los artículos 25, 26 y 41. Se ha eliminado toda mención directa a

200 *Ibidem*, p. 37, párr. 10.

201 *Ibidem*, pp. 42-43, párrs 14-17.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

> dichos derechos; indirectamente, en el artículo 25, párrafo 1, hay un reconocimiento insuficiente de "la necesidad de que los Estados Partes dediquen sus máximos esfuerzos para que en el derecho interno sean adoptadas y, en su caso, garantizados los demás derechos consignados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y que no hubieren quedado incluidos en los artículos precedentes". Si, como se ha pretendido justificarlo, la omisión de estos derechos –que ni siquiera son objeto de un tratamiento en un capítulo separado del proyecto– se debe a su inclusión en capítulos especiales de la Carta de la OEA, en su texto una vez que se aprueben las enmiendas contenidas en el Protocolo de Buenos Aires, debería al menos hacerse una referencia explícita a las normas aprobadas en dicho Protocolo, que aluden a derechos económicos, sociales o culturales.

En buena técnica jurídica, sin embargo, a estos derechos se les debería dar una redacción apropiada dentro del proyecto de Convención, para que se pueda controlar su aplicación. Naturalmente, su enumeración no debería estar en contradicción con las normas del Protocolo de Buenos Aires. Las normas económicas de dicho Protocolo, por ejemplo, que son las únicas que se consignan en el proyecto de Convención (Artículo 25, párrafo 2), tienen en el documento en estudio una redacción que no tiene relación alguna con un proyecto de Convención de Derechos humanos. Una simple lectura del párrafo aludido así lo confirma. Debería sugerirse, si se mantiene el criterio de redactar una Convención única, la técnica seguida por Naciones Unidas y por el Consejo de Europa, de enumerar los derechos económicos, sociales y culturales, estableciendo además detalladamente los medios para su promoción y control.

A este respecto, es digno de considerarse el punto relativo a decidir si la Comisión de Derechos Humanos, tal como está concebida, es decir, como órgano jurídico y cuasi-judicial, es el órgano apropiado para recibir informes periódicos sobre estos derechos. Si la Organización de los Estados Americanos va a tener un Consejo Interamericano Económico y Social y un Consejo Interamericano Cultural, ambos con Comisiones Ejecutivas Permanentes, sería del caso examinar si no corresponde más bien a estos órganos de la OEA el examen de los informes periódicos a

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

que se refiere el artículo 41. De este modo, la Comisión de Derechos Humanos quedaría sólo con competencia para considera peticiones y quejas sobre derechos civiles y políticos, de acuerdo con su origen, composición y normas de funcionamiento.

En todo caso, debería consignarse respecto de los derechos económicos, sociales y culturales una disposición que establezca cierta obligatoriedad jurídica (hasta donde lo permite la naturaleza de estos derechos) en su cumplimiento y aplicación. Para ello sería necesario contemplar una cláusula semejante a la del artículo 2, párrafo 1, del Pacto de Naciones Unidas sobre la materia. Ese párrafo es del tenor siguiente:

> 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente la plena efectividad, por todos los medios apropiados inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, de los derechos aquí reconocidos.

En sus observaciones, Argentina apuntó lo siguiente[202]:

> *Artículo 25, segunda parte y 26*: Se observa que, si bien la segunda parte del artículo 25 es una transcripción textual del artículo 31, de la Carta de la OEA, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, el artículo 26 obliga a los Estados a informar periódicamente a la Comisión de Derechos Humanos sobre las medidas que hubieran adoptado para lograr los fines mencionados en el artículo 25. Además el artículo 26 reconoce a la Comisión el derecho a formular recomendaciones al respecto, a los Estados, lo que, con toda evidencia, escapa y excede a su competencia y posibilidades. Por otra parte no se da a los Estados posibilidad de formular observaciones a las citadas recomendaciones de la Comisión. Por lo expuesto, se sugiere la revisión y reconsideración del artículo 26.

202 *Ibidem*, p. 47.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

La República Dominicana hizo llegar oportunamente sus observaciones, las que en lo medular indican[203]:

> Artículo 25
>
> Párrafo 1: Creemos que es preferible suprimir este párrafo puesto que en el Artículo 70 ya se prevé un procedimiento por el que se puede lograr la ampliación gradual de la protección en forma de que incluya otros derechos que figuran en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Las obligaciones de los Estados Partes deben estipularse con claridad y sin tratar vagamente de incorporar otras obligaciones por alusión.
>
> Párrafo 2: Puesto que este párrafo es una reafirmación de los objetivos económicos y sociales acordados cuando se firmaron las enmiendas la Carta de la OEA en 1967, este artículo debe también reafirmarlo, y la forma debe ser igual a la de la Carta enmendada.

El título propuesto y el texto modificado serían:

> Artículo 25. Objetivo Económicos y Sociales
>
> Los Estados Partes reafirman el acuerdo establecido en las Enmiendas a la Carta de la OEA firmadas en 1967 de dedicar todo esfuerzo para lograr los siguientes objetivos básicos a fin de acelerar su desarrollo económico y social, de acuerdo con sus propios métodos y procedimientos y en el marco de los principios democráticos y de las instituciones del sistema interamericano:
>
> (a) el incremento sustancial y autosostenido del producto nacional por habitante;
>
> (b) Distribución equitativa del ingreso nacional;
>
> (c) Sistemas impositivos adecuados y equitativos;
>
> (d) Modernización de la vida rural y reformas que conduzcan a regímenes equitativos y eficaces de tenencia de tierra, mayor productividad agrícola, expansión del uso de la tierra, diversificación de la producción y mejores sistemas para la industrialización y comercialización de productos

203 *Ibidem*, pp. 69-70.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

agrícolas, y fortalecimiento y ampliación de los medios para alcanzar estos fines;

(e) Industrialización acelerada y diversificada, especialmente de bienes de capital e intermedios;

(f) Estabilidad del nivel de precios internos en armonía con el desarrollo económico sostenido y el logro de la justicia social;

(g) Salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos;

(h) Erradicación rápida del analfabetismo y ampliación, para todos, de las oportunidades en el campo de la educación;

(i) Protección de la capacidad potencial humana mediante la extensión y aplicación de la ciencia médica moderna;

(j) Alimentación apropiada, especialmente acelerando los esfuerzos nacionales para aumentar la producción y disponibilidad de alimentos;

(k) Vivienda adecuada para todos los sectores de la población;

(l) Condiciones urbanas que ofrezcan la oportunidad para una vida sana, productiva y plena;

(m) Promoción de la iniciativa e inversión privadas de acuerdo con la acción que se tomen en el sector público; y

(n) Ampliación y diversificación de las exportaciones

Artículo 26

Este artículo que podría titularse "Presentación de Informes Periódicos", creemos que debe suprimirse. Los propuestos informes a la Comisión de Derechos Humanos que establece el artículo repetirían mucho los que ya preparan todos los Estados Miembros de la OEA para el Consejo Interamericano Económico y Social. Como la Comisión ya recibe estos informes, no se llena ningún propósito verdadero requiriendo a las Partes que repitan la información.

Artículo 41

De igual manera, este artículo que podría llamarse "Otros Informes Periódicos·", también debe suprimirse. Este artículo y el Artículo 26 tienden a repetir la finalidad que persiguen.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

México hizo sus observaciones de la siguiente manera[204]:

> Despierta serias dudas la conveniencia de incluir en el anteproyecto los derechos consagrados en el artículo 25 del Proyecto: Por una parte, tal enunciación podría resultar repetitiva, toda vez que ya figura en el Artículo 31 del Protocolo de Reformas a la Carta de la OEA. Enseguida, a diferencia de todos los demás derechos aludidos en el proyecto –que son derechos de que disfruta el individuo como persona o como miembro de un grupo social determinado– resulta difícil en un momento dado establecer con precisión cuáles serían la o las personas que resultaran directamente afectadas en el caso de que fueran violados los derechos contenidos en el referido artículo 25. Otro tanto podría decirse en cuanto hace al grado de dificultad implícito en determinar cuál sería, en su caso, la autoridad responsable de semejante violación.

En sus observaciones, Guatemala expuso[205]:

> Que el Capítulo II se desdoble en dos capítulos, como estaba en el Anteproyecto del Consejo Interamericano de Jurisconsultos: uno sobre "Derechos Civiles y Políticos" y el otro sobre "Derechos Económicos, Sociales y Culturales".
>
> [...]
>
> Artículo 24. Para proteger y promover la observancia de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en esta Convención, la Comisión Americana de Derechos Humanos, además de emplear otras medidas admitidas por el derecho internacional vigente americano, tendrá competencia para:
>
> a) Recabar de los Estados Partes informe sobre las medidas que hayan adoptado y los progresos realizados con el fin de asegurar el respeto de dichos derechos;
>
> b) Separadamente, o en cooperación con los gobiernos interesados, llevar a cabo estudios e investigaciones en relación a estos derechos;
>
> c) Aprobar recomendaciones de carácter general o específicas para uno o varios Estados;

204 *Ibidem*, p. 101, § III.3.

205 *Ibidem*, pp. 107, 115-116.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

d) Gestionar de la Asamblea General o de otros órganos de la Organización de los Estados Americanos la cooperación necesaria y la adopción de las medidas pertinentes;

e) Celebrar reuniones regionales y técnicas;

f) Propiciar la conclusión de convención y acuerdos internacionales sobre la materia;

g) Entrar en arreglos con entidades técnicas nacionales e internacionales.

Artículo 25. Los Estados Partes se comprometen a presentar a la Comisión informes periódicos sobre las medidas adoptadas con el fin de garantizar la observancia de los derechos económicos, sociales y culturales. La periodicidad de estos informes será determinada por la Comisión.

También se obligan a presentar a la Comisión copia de los informes que en relación a la observancia de estos derechos transmitan a otros Órganos, Organismos u Organizaciones Internacionales.

Artículo 26. i) La Comisión podrá señalar a la atención de los órganos internacionales que se ocupen de cooperación o de asistencia técnica a la de cualquier otro órgano internacional calificado toda cuestión surgida de los informes a que se refieren los artículos anteriores de esta Convención que pueda servir para que dichos órganos se pronuncien, cada uno dentro de su competencia, sobre la conveniencia de adoptar medidas internacionales capaces de contribuir a la aplicación progresiva de la presente Convención.

ii) La Comisión solicitará a los referidos órganos que le transmitan el resultado de los exámenes realizados, así como las medidas que dichos organismos adopten por propia iniciativa con base en los informes referidos.

Artículo 27. La Comisión considerará los informes que reciba de los Estados, de entidades nacionales e internacionales y de personas o grupos de personas individuales y, si lo estimare conveniente podrá dar a publicidad los informes que reciba, así como las medidas que hubiera adoptado o las solicitudes dirigidas a otras entidades, con el objeto de permitir la formación de un juicio de la opinión pública nacional e internacional.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

En sus observaciones, Brasil planteó las recomendaciones y sugerencias siguientes[206]:

Artículo 25

Sustitúyase el texto del proyecto por el siguiente:

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a incorporar progresivamente a su derecho interno:

   a) Los derechos contemplados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre que no hayan sido incluidos entre los derechos definidos en los artículos precedentes;

   b) Los derechos y beneficios contemplados en las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura establecidos en los Artículos 31, 43 y 47 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

2. La ley podrá excluir los servicios públicos y las actividades esenciales, del derecho de huelga.

Justificación

Los derechos civiles y políticos comportan una eficaz protección jurisdiccional tanto interna, cuanto internacional contra las violaciones practicadas por los órganos del Estado o sus representantes. Al revés, los derechos económicos, sociales y culturales son contemplados en grado y forma muy diversos por la legislación de los diferentes Estados Americanos y, aunque los Gobiernos deseen reconocerlos todos, su vigencia depende substancialmente de la disponibilidad de recursos materiales que le permitan su implementación.

El Artículo 25 del proyecto se ha inspirado en tal concepto pero su texto no corresponde a su intención.

La redacción del párrafo 1 es vaga, limitándose a una manifestación de intención. Por su vez, el párrafo 2, al reproducir el contenido del Artículo 31 del Protocolo de Buenos Aires olvidó el derecho de huelga ya consagrado, con ciertas limitaciones, por el derecho interno de los Estados Americanos, así como las normas sobre educación, ciencia y cultura previstas en el Artículo 47 del mismo Protocolo.

206 *Ibidem*, pp 124-125.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

> La enmienda tiene por objeto dar a los derechos económicos, sociales y culturales la máxima protección compatible con las condiciones peculiares a la gran mayoría de los Estados Americanos.

Además de las anteriores observaciones, también se presentaron por escrito y previo a la realización de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, las de Estados Unidos, Ecuador y de la Organización Internacional del Trabajo. Sin embargo el documento suscrito por Estados Unidos no hacía referencia a la temática de los derechos económicos, sociales y culturales[207]; el suscrito por Ecuador tampoco hace una referencia a la temática[208], mientras que el suscrito por la Organización Internacional del Trabajo se refería a la interrelación normativa entre el Convenio sobre el Trabajo Forzoso (Convenio 29) y el Convenio sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación (Convenio 87) con el Proyecto de Convención Interamericana sobre Derechos Humanos[209].

La Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos dio inicio el 7 de noviembre de 1969. En el marco de la Comisión I se llevó a cabo, el 17 de noviembre de 1969, la discusión sobre los artículos 25 y 26 del Proyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos. La transcripción de lo discutido vale la pena para advertir por dónde se movió la voluntad política sobre los derechos económicos, sociales y culturales. Los términos de la discusión fueron los siguientes[210]:

---

207 *Ibidem*, pp. 92-98.

208 *Ibidem*, pp. 104-106. Sin embargo, en el párrafo 13, inexplicablemente se cita el Art. 25 del Proyecto de Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, aunque se trata de un evidente error, pues el texto objeto de ese párrafo atañe al Art. 24, que trata sobre el estado de emergencia. En el texto se cita el Art. 185 de la Constitución Ecuatoriana de 1967 que se refiere al mismo tema del estado de emergencia.

209 *Ibidem*, pp. 129-132.

210 *Ibidem*, pp. 267-270.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

A continuación se pusieron a discusión los artículos 25 y 26 del Proyecto y el Secretario de Actas les dio lectura.

Asimismo se leyeron las enmiendas presentadas por las delegaciones de Estados Unidos, Brasil y Colombia.

El DELEGADO DE COLOMBIA (Señor Pedro Pablo Camargo) hizo una relación sobre el tema de los derechos económicos, sociales y culturales y mencionó la Carta Social de Europa, mencionó la posibilidad de aprobar la inclusión de esos derechos en América, bien directamente en el texto de la Convención o por protocolos que vayan incorporando progresivamente dicho derechos.

El DELEGADO DE BRASIL (Señor Dunshee de Abranches) dio lectura al documento 31 que contiene su enmienda a los artículos 25 y 26 del Proyecto, y señaló que existían tres posibilidades de aprobar dichos artículos, a saber: 1) la resultante del texto del Proyecto; 2) la de la enmienda brasileña que ofrecía una fórmula más efectiva, y la representada por la respuesta de Colombia. Dijo que había sometido una propuesta que iba algo más adelante y que establecía un compromiso jurídico, aunque era de naturaleza progresiva.

El DELEGADO DE ARGENTINA (Señor Raúl Quijano) dijo que su Gobierno presentó observaciones a los artículos 25 y 26 que aparecen en el Documento 13, página 59; que en el 25 estaba de acuerdo con Brasil, y los Estados Unidos, pero que tenía observaciones de fondo sobre el Artículo 26 y que estaba dispuesto a integrar cualquier grupo de trabajo que se reformase para su redacción.

El DELEGADO DE CHILE (Señor Mario Artaza) se refirió al Documento 13 –páginas 59 y 60– donde aparecían las observaciones formuladas por su gobierno, rogó a los delegados que se sirvieran leerlas y solicitó que la materia fuese objeto de un capítulo aparte dentro de la Convención.

Agregó que debía hacerse referencia a las normas económicas, sociales y culturales aprobadas en el Protocolo de Buenos Aires e intentar una redacción mejor de tales derechos de conformidad con la técnica de las Naciones Unidas o del Consejo de Europa. Asimismo sugirió que se indicase con absoluta precisión cuáles serían los mecanismos de promoción y protección y que se incluyese un artículo claro, a manera de compromiso de obligatoriedad semejante al párrafo 1 del Artículo 2 de las Naciones Unidas.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

El DELEGADO DE MÉXICO (Señor Sergio Vela Treviño) señaló que tenía dudas en cuanto a la conveniencia de incluir en la Convención los derechos del Artículo 25 del Proyecto.

El DELEGADO DE LOS ESTADOS UNIDOS (Señor Richard D. Kearney) indicó que el párrafo 1 del Artículo 25 debería ser eliminado puesto que ya estaba contenido en el Artículo 70 que prescribe el procedimiento para cumplir con lo que se dispone en el Artículo 25.

El PRESIDENTE, después de escuchar algunas opiniones sobre el artículo en debate, y en atención al consenso de los presentes, determinó formar un Grupo de Trabajo integrado por los delegados de Estados Unidos, Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Ecuador, que se encargara de preparar un informe sobre los referidos artículos y lo presentase a las 11 de la mañana del martes 18 de noviembre.

[...]

El DELEGADO DE GUATEMALA (Señor Daniel Barreda de Evián) presentó a los Delegados la siguiente exposición:

Guatemala propuso la siguiente enmienda, al "Proyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos" (ver documentos 24 (español) 8 noviembre 1969): que el Cap. II se desdoblara en dos capítulos, como estaba en el Anteproyecto del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, uno sobre "Derechos Civiles y Políticos" y el otro sobre "Derechos Económicos, Sociales y Culturales"; tomando en consideración que tal enmienda no fue aprobada por la Comisión, la delegación de Guatemala, preocupada por tal omisión; estimando que a los derechos Económicos, Sociales y Culturales, nuestros Gobiernos deben prestarle la mayor atención, por constituir su plena realización la única esperanza para solucionar los múltiples problemas, que conlleva el subdesarrollo, no olvidemos tampoco que en las naciones desarrolladas, también existen grandes núcleos de población, en los cuales es imperiosa la promoción de los mismos.

En vista de las razones muy brevemente expuestas con anterioridad, que preocupan, no lo dudamos, la fina sensibilidad de las demás delegaciones, por la solución de los problemas Sociales, nos permitimos proponer el siguiente texto sustitutivo del artículo 25 del Anteproyecto, llamando

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

muy respetuosamente la atención de los Señores Delegados sobre el mismo; no constituye ninguna improvisación, por el contrario concuerda plenamente, con la Carta de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires en 1967, ya ratificada por buen número de Estados, próximamente entrará en vigor; y por las conclusiones a que llegó la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán 1968.

A continuación se dio lectura a lo siguiente:

Artículo 25

Los Estados Partes en la presente Convención se obligan a realizar, tanto a nivel nacional, como mediante la asistencia y cooperación internacionales, todos los actos necesarios para acelerar progresivamente la adopción de medidas, incluso, mediante la emisión de una legislación adecuada, que hagan posible la plena observancia y realización de las normas económicas, sociales, sobre educación, ciencia y cultura que constan en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires en 1967.

Los Estados Partes en la presente Convención, se comprometen a garantizar el ejercicio efectivo y el cumplimiento de las normas mencionadas en el párrafo anterior, sin discriminación de ninguna clase, a promover el mayor desarrollo de tales derechos, haciendo posible su ejecución mediante la acción de los tribunales, para evitar su violación. Creando los medios materiales adecuados y necesarios para su defensa y promoción.

Artículo 26

Los Estados Partes enviarán anualmente a la Comisión de Derechos Humanos, un informe sobre las medidas que hubieren adoptado para los fines señalados en el artículo anterior. La Comisión formulará las recomendaciones que sean adecuadas y, promoverá la celebración de una Convención especial o de Protocolos complementarios de la presente Convención a fin de incorporarlos al régimen de la misma, o al que se estime pertinente.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

El día 18 de noviembre de 1969 el Grupo de Trabajo había cumplido con su encargo, y presentó sus propuestas sobre la temática, en los siguientes términos[211]:

> El DELEGADO DE ECUADOR (Señor Juan Isaac Lovato) presentó los nuevos textos de los Artículos 25 y 26 e informó que en la redacción de los mismos el Grupo de Trabajo tuvo en consideración las enmiendas de las delegaciones de Estados Unidos, Chile, Guatemala y Argentina, y después de un minucioso análisis se convino en que en el Capítulo que trata de los Derechos protegidos se establecieron dos secciones; la primera, que trataría de los Derechos Civiles y Políticos, y la segunda, de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
>
> A continuación se pasó a considerar el texto de los nuevos Artículos 25 y 26 propuesto por el Grupo de Trabajo designado al respecto, que dice así:
>
> Artículo 25. Los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, de acuerdo con los recursos disponibles, para lograr progresivamente la plena efectividad, por todos los medios apropiados, y en particular por vías legislativas, de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultural, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.
>
> Artículo 26. Los Estados Partes deben remitir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos copia de los informes y estudios que en sus respectivos campos sometan anualmente a las Comisiones Ejecutivas del Consejo Interamericano Económico y Social y del Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a fin de que aquella verifique si se están cumpliendo las obligaciones antes determinadas, que son las sustentación indispensable para el ejercicio de los derechos consagrados en esta Convención.
>
> Sometidos a votación, ambos artículos fueron aprobados.

211 *Ibidem*, pp. 275-277.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

También el Grupo de Trabajo presentó un Artículo 26-*bis*, que dice:

> Compete a la Comisión:
>
> a) Formular las recomendaciones que sean adecuadas y, cuando exista una aceptación generalizada, promover la celebración de una Convención Especial o de Protocolos complementarios a la presente Convención, a fin de incorporar los derechos económicos, sociales y culturales que estimen pertinentes al régimen de la misma; y,
>
> b) Incluir en su informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos las observaciones que considere pertinentes sobre la aplicación del Artículo 25.
>
> Las DELEGACIONES DE LA ARGENTINA Y BRASIL propusieron que a la parte final del inciso b) de este Artículo 26-*bis* se le agregase:
>
> Antes de redactar en definitiva este informe, la Comisión debe trasmitir a cada gobierno, con la debida anticipación, copia de sus conclusiones provisionales y tomar en cuenta las observaciones que éstos formulen al respecto, dentro de un plazo razonable.
>
> El DELEGADO DE MÉXICO (Señor Sergio Vela Treviño) opinó que el Artículo 26-bis estaba invadiendo un campo que no le competía. Propuso que se sugiriese a la Comisión II incluir esta disposición en la parte que le corresponde discutir.
>
> La Comisión aprobó el Artículo 26-bis presentando por el Grupo de Trabajo, con el agregado propuesto por las Delegaciones de Argentina y Brasil, y también que éste sea remitido a la Comisión II, con copias de los artículos 22, 25 y 26 ya aprobados, para que sirvan de antecedentes.

Una vez realizado lo anterior se elaboró el Informe del Relator de la Comisión I que se leería en la Sesión Plenaria de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, y que en lo atinente a los derechos económicos, sociales y culturales expresa así[212]:

212 *Ibidem*, pp. 303-304.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

CAPÍTULO III – DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

A diferencia del Proyecto, que incluía dentro del Capítulo II ("Derechos Protegidos") tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales, la Comisión acordó colocar estos últimos derechos bajo un Capítulo II. (Artículos 26 y 27).

Artículo 26 (Artículo 25 del Proyecto)

("Desarrollo Progresivo")

El tema consagrado en este artículo, según expresó el Delegado del Brasil, tenía tres posibilidades de formulación, a saber: 1) como aparecía en el texto del proyecto, 2) como proponía la propia delegación brasileña, que ofrecía una fórmula conciliatoria, y 3) como lo presentó el Delegado de Colombia, que preconizaba la incorporación detallada de los llamados derechos económicos, sociales y culturales dentro de la presente Convención.

Contribuyeron al debate, con sus esclarecidas opiniones, los delegados de Colombia y el Brasil, de los Estados Unidos, Argentina, Chile, México y Guatemala, los cuales habían presentado, previamente, por escrito, sendos documentos expositivos.

Para la mejor formulación de estos artículos, se designó un Grupo de Trabajo compuesto por los delegados de los Estados Unidos, Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Ecuador. Como resultado de su estudio se aprobó el texto del artículo 25 sin la enumeración detallada que aparecía en el texto del proyecto y que incorporaba los acuerdos del Protocolo de Buenos Aires sobre la materia. En su lugar se consagró el compromiso de los Estados Partes de adoptar medidas, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, para lograr en forma progresiva la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales, científicas y culturales contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

Artículo 27 (Artículo 26 del Proyecto)

("Control del Cumplimiento de las Obligaciones")

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

> Respecto del Artículo 26 del Proyecto, se acordó reformar su texto en el sentido de que los Estados Partes deben remitir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos copia de los informes y estudios que, en sus respectivos campos, someten anualmente a las comisiones ejecutivas del Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a fin de que aquella verifique si se están cumpliendo las obligaciones antes determinadas, las cuales son la sustentación indispensable para el ejercicio de los derechos consagrados en esta Convención.

Finalmente un detalle muy importante que no tiene que esconderse se da en la redacción del preámbulo de la Convención Americana –en aquel momento todavía bajo el nombre de Proyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos– y que se resume con el siguiente debate[213]:

213 *Ibidem*, pp. 284-285. Hay que tener presente que el texto del preámbulo propuesto decía así:

> Los Estados Americanos signatarios de la presente Convención,
>
> *Reafirmando* su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre;
>
> *Reconociendo* que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos;
>
> *Considerando* que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y que han sido reafirmados y desarrollado en otros instrumentos internacional, tanto de ámbito universal como regional;
>
> *Considerando* que la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó la incorporación a la propia Carta de la Organización de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales y resolvió que una convención interamericana sobre derechos humanos determinara la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

A continuación se pasó a considerar el texto del Preámbulo del Proyecto de Convención.

El SECRETARIO dio lectura al mismo. Seguidamente leyó el proyecto de preámbulo presentado por la Delegación de Colombia.

El DELEGADO DEL BRASIL (Señor Dunshee de Abranches) hizo referencia al discurso que pronunció el Profesor René Cassin en la primera sesión y recordó la conveniencia de incorporar en dicho texto una mención de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

El PRESIDENTE, después de oir el parecer de varios delegados autorizó un breve receso para redactar el texto del preámbulo que expresara el consenso mayoritario. El receso duró hasta las 17:50.

Al reanudarse la sesión, fue puesto a votación el texto presentado por el Delegado de Colombia, con cambios propuestos por algunos delegados, y fue rechazado.

El DELEGADO DE CHILE (Señor Mario Artaza) propuso que se incorporara, antes del último párrafo del texto original, el siguiente:

Reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos.

El PRESIDENTE, consideró terminado el debate y puso a votación la enmienda del Brasil, que consistía en la incorporación en el párrafo tercero del preámbulo de la mención de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Fue aprobada.

El DELEGADO DE COLOMBIA (Señor Pedro Pablo Camargo) manifestó que retiraba su enmienda.

El SECRETARIO dio lectura a la enmienda de Chile, la cual fue puesta a votación y resultó aprobada.

Seguidamente se puso a votación todo el texto del Proyecto con la enmienda del Brasil y de Chile y resultó aprobado.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

Así las cosas, los trabajos de la Comisión I se tradujeron en el siguiente texto convencional, que aún resultaba pendiente de discusión y aprobación plenaria, pero que planteaba lo siguiente[214]:

> CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS
>
> PREÁMBULO
>
> Los Estados Americanos signatarios de la presente Convención,
>
> *Reafirmando* su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre;
>
> *Reconociendo* que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos;
>
> *Considerando* que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacional, tanto de ámbito universal como regional;
>
> *Reiterando* que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos, y
>
> *Considerando* que la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó la incorporación

214 *Ibidem*, pp. 308-309 y 318. La versión recoge el trabajo de la Comisión I y las revisiones y correcciones de la Comisión de Estilo. Así fue sometido a la consideración plenaria de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

a la propia Carta de la Organización de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales y resolvió que una convención interamericana sobre derechos humanos determinara la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia.

Han convenido en los artículos siguientes:…

PARTE II – DERECHOS PROTEGIDOS…

CAPÍTULO III

DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Artículo 26. Desarrollo Progresivo

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

Artículo 27. Control del Cumplimiento de las Obligaciones

Los Estados Partes deben remitir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos copia de los informes y estudios que en sus respectivos campos someten anualmente a las Comisiones Ejecutivas del Consejo Interamericano Económico y Social y del Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a fin de que aquella verifique si se están cumpliendo las obligaciones antes determinadas, que son la sustentación indispensable para el ejercicio de los otros derechos consagrados en esta Convención [...]

Las discusiones de la Comisión II no fueron particularmente relevantes en lo que atañe a los derechos económicos, sociales y culturales, solo que al discutir la temática de los órganos de protección sucedió un detalle que aporta un sentido valioso sobre los alcances de la competencia *ratione materiæ* de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

Así, el Proyecto de Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos disponía en su artículo 31 lo siguiente:

> Son competentes para asegurar el cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados Partes en la presente Convención:
>
> a) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión;
>
> b) La Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte.

Durante la discusión se planteó una iniciativa para escindir el contenido de este artículo, particularmente por la oposición de México a la existencia de la eventual Corte Interamericana. Esa propuesta fue aceptada y se sometió a votación por separado cada uno de los literales. Cuando se discutió lo atinente a la Comisión Interamericana se aprobó el mismo texto contenido en el Proyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos[215]. El otro aspecto relevante se presentó cuando se discutió el artículo 41 del Proyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos –llamado artículo 47 en la nueva numeración que seguía la Comisión II–, donde se acordó esperar al resultado de la Comisión I con relación a los derechos económicos, sociales y culturales[216]. La relevancia que se encuentra en esta decisión es que, como indica el Informe de la Comisión II al Plenario de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, cuando se discutió la existencia de los órganos de protección se acordó: "El Artículo 31 del Proyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos fue aprobado sin modificaciones [...] estableciendo una Comisión y una Corte Interamericana de Derechos Humanos como órganos encargados de la protección de los derechos incluidos en la parte Primera del Proyecto de Convención".

215 *Ibidem*, p. 328.

216 *Ibidem*, p. 354.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

De esta manera, en el momento fundacional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –el actual artículo 33– se asumió que los órganos que por ella se creaban –la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana– tendrían una competencia *ratione materiæ* tan amplia como "los derechos incluidos en la Parte Primera del Proyecto de Convención", es decir, de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales que, por decisión de la Comisión I, quedaron separados en capítulos diferentes. La competencia *ratione materiæ* de los órganos de supervisión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, desde su momento fundacional fue omnicomprensiva, es decir, tanto respecto de derechos económicos, sociales y culturales, como de derechos civiles y políticos. De manera adicional, como señala el Informe de la Comisión II al Plenario de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos:"El Artículo 43 (correspondiente al Artículo 26 del Proyecto) aprobado por la Comisión I, fue trasladado a esta segunda parte de la Convención, por referirse a una materia de las funciones de la Comisión, de recibir informes de los Estados Miembros sobre sus obligaciones derivadas de las normas sociales, económicas y culturales de la Carta reformadas".

Así las cosas, el procedimiento contencioso no se visualizó como un mecanismo de protección de derechos civiles y políticos exclusivamente, sino que, incluso por seguimiento simple de la formulación lingüística, los términos que configuran el mecanismo de peticiones aluden a todos los compromisos del Estado que se puedan derivar; sin perjuicio de ello, en lo que atañe a derechos económicos, sociales y culturales, hay un *plus* de protección por vías no contenciosas.

Al llegar a la sesión plenaria se introdujeron algunos cambios. Respecto del trabajo de la Comisión I, el plenario acordó aprobar el Artículo 26, pero eliminar el Artículo 27, sin aducir una razón específica[217]; y más adelante al llegar a la discusión del Artículo

217 Aunque es presumible que haya imperado el reconocimiento que el Art. 27 –elaborado por la Comisión I– y el Art. 43 –elaborado por la Comisión II– eran coincidentes, y que, en todo caso, vistas las cosas desde la técnica

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

42 (antiguo Artículo 43) hubo un cambio muy significativo aunque –al parecer– era un simple cambio de palabras, que se cita textualmente aquí[218]: "El DELEGADO DE ESTADOS UNIDOS (Sr. Redington), al considerarse el artículo 42, propuso, y así se aprobó por 17 votos, que se diga '[...] aquella vele por que se promuevan los derechos derivados [...]'".

De esta forma, a raíz de la propuesta de los Estados Unidos, asumida plenariamente, el mecanismo del artículo 42 dejaba de ser un mecanismo de protección para convertirse en un mecanismo de promoción de los derechos económicos, sociales y culturales. Así, no quedaba duda de que la naciente Convención Americana sobre Derechos Humanos se presentaba como un instrumento continente de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, estos últimos fueron redactados de una manera *sui-géneris* por ocasión de la concurrencia de propuestas que operaban al respecto, y que además, contaba con un mecanismo de protección internacional que debería ser aplicable a todos los derechos contenidos en ella, contando, además, con un mecanismo de promoción especial de los derechos económicos, sociales y culturales que operaba complementaria y contemporáneamente con la protección internacional que brindaba la OEA respecto de la conducta de los Estados con relación a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura que se introdujeron en la Carta de la OEA por virtud del Protocolo de Buenos Aires.

Aprobada la Convención Americana, su versión final, en lo que atañe al preámbulo y a los derechos estudiados, quedó redactada finalmente así:

> Los Estados Americanos signatarios de la presente Convención,

---

legislativa, era más recomendable que su contenido quedara en la "parte orgánica" que en la "parte dogmática" de la Convención Americana, *Ibidem*, p. 448. No se dice absolutamente nada de la suerte del Art. 26-*bis* aprobado por la Comisión I y que fue trasladado al conocimiento de la Comisión II.

218 *Ibidem*, p. 454.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre;

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos;

Considerando que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional;

Reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos, y

Considerando que la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó la incorporación a la propia Carta de la Organización de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educaciones y resolvió que una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia,

Han convenido en lo siguiente:

PARTE I – DEBERES DE LOS ESTADOS Y DERECHOS PROTEGIDOS…

CAPÍTULO III – DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Artículo 26. Desarrollo Progresivo

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación interna-

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

> cional, especialmente económica y técnica para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por la vía legislativa u otros medios apropiados [...]
>
> PARTE II – MEDIOS DE LA PROTECCIÓN [...]
>
> CAPÍTULO VII – LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS [...]
>
> Artículo 42
>
> Los Estados Partes deben remitir a la Comisión copia de los informes y estudios que en sus respectivos campos someten anualmente a las Comisiones Ejecutivas del Consejo Interamericano Económico y Social y del Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a fin de que aquella vele por que se promuevan los derechos derivados de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

El recorrido histórico señala indubitablemente que hubo una decisión consciente y deliberada, al momento de crear la Convención Americana, por hacer de los derechos económicos, sociales y culturales, parte de su contenido. La Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, además, tenía muy claro el contexto histórico en el que debía desarrollar su labor, especialmente por las importantes decisiones que la habían antecedido, tanto de la II Conferencia Interamericana Extraordinaria como de la III Conferencia Interamericana Extraordinaria.

Existía un escenario político muy claro. La OEA había surgido como entidad regional con un importante sentido defensivo a las agresiones externas, precaviendo esencialmente la llegada del comunismo internacional por la vía de una agresión militar, como había sucedido en el contexto europeo, una vez finalizada la segunda guerra mundial. Pero las influencias del comunismo

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

internacional no llegaron por la puerta grande de la agresión internacional a América, sino por el apoyo político-económico y militar a grupos nacionales que reclamaban un mejoramiento sustantivo en las condiciones de vida, lo que implicaba transformaciones importantes en los sistemas económicos y productivos de los Estados. La intervención del comunismo internacional, pues, no se valió directamente de un poderoso arsenal cuanto de una exponencialmente grande queja social por la exclusión, la miseria y el abandono.

Pretender un triunfo militar contra el comunismo internacional en América Latina, para el momento de la década de los sesenta no era precisamente muy oportuno. La lucha contra el comunismo internacional debía llevarse desde el plano político en otros escenarios, especialmente en el económico y social. Si se mejoraban sustancialmente las condiciones de vida de la población, ésta no se miraría motivada para apoyar movimientos insurreccionales, y lo contrario era igualmente válido, los seres humanos se convertirían en auténticas defensas del sistema democrático, que les facilitaba la realización plena e integral como seres humanos, por las vías electorales. Hacia esos objetivos se orientaban, desde el punto de vista político, las propuestas de los presidentes Kubitschek y Kennedy, con la Operación Panamericana y la Alianza para el Progreso, respectivamente. Y en ese mismo punto convergían, desde la perspectiva antropológica y filosófica la aspiración por la vigencia y realización de los derechos económicos, sociales y culturales.

La OEA encontró, por lo tanto, el momento histórico idóneo –que, infelizmente, en Naciones Unidas no pudo hallarse de manera oportuna– para colocar en la mesa de las prioridades políticas la cuestión social y económica. En la modernidad actual la expresión en formas jurídicas de las grandes aspiraciones es una herramienta para lograr la protección de estas; a lo mejor no sea una garantía infalible a su cumplimiento y observancia, pero al menos, a diferencia de la retórica propia del discurso político o de la abstracción que en ocasiones acompaña al discurso filosófico, las formas jurídicas tienen la insustituible virtud de generar

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

obligaciones, imperativos a la conducta cuya inobservancia es la fuente de la responsabilidad, y de la deslegitimación. Una conducta alejada de una promesa política o de un comportamiento filosóficamente deseable, no es repudiable por nada, pues de ella se podrá decir que se trata, quizás, de una decepción más; sin embargo, cuando la conducta se aleja del deber ser jurídico que de ella se espera, respecto de la conducta pesa el título de la ilegalidad, que es un descrédito por antonomasia.

En este punto, las razones y las coyunturas creacionales de una norma jurídica no interesan. Como se verá más adelante, ya sea mediante una interpretación subjetiva –caída en desuso, junto al literalismo, como método primario para la interpretación– o una interpretación objetiva, se llegará al mismo resultado: la Convención Americana es un instrumento igualmente comprensivo de derechos económicos, sociales y culturales, como de derechos civiles y políticos, con una diferencia de "generosidad" en el enfoque de ambas categorías, que es resultante del debate sobre la modalidad de reconocimiento de tales derechos, como se demuestra por los trabajos preparatorios citados anteriormente. En el debate, la posición por no incluir en el plexo de derechos que reconocería la naciente Convención Americana a los derechos económicos, sociales y culturales, fue una abierta minoría, al grado que el registro de los debates da cuenta de tres posturas en las que no figuraba como opción alguna la que pretendía no contar con su reconocimiento. En verdad las opciones del debate eran las siguientes: o se asumía la opción del documento de trabajo elaborado por la Comisión Interamericana que reproducía casi textualmente sólo el contenido de las "normas económicas" introducidas a la Carta de la OEA por el Protocolo de Buenos Aires, o se hacía un listado prolijo de los derechos económicos, sociales y culturales, inspirándose en los textos normativos ya existentes en otros sistemas, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Carta Social Europea, principalmente, y en el propio sistema interamericano, mediante la Declaración Americana, o se hacía una norma de textura abierta que aludiera a los derechos que se derivaban de los capítulos sobre las normas económicas, sociales y sobre educación ciencia y cultura de la

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

Carta de la OEA reformada por el Protocolo de Buenos Aires para amalgamar y fusionar en congruencia las pretensiones políticas y antropológicas y filosóficas que habían surgido desde el mismo momento fundacional de la OEA, pero que habían adquirido, *in crescendo*, urgencia, premura y explicitud hasta el inicio de su clímax con la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores.

Desde el punto de vista jurídico los Estados miembros de la OEA, luego de abandonar la Alianza para el Progreso, heredaron las normas sobre derechos económicos, sociales y culturales en su más plena exposición, normas que soberanamente crearon y aprobaron en la Convención Americana. Tristemente la Convención Americana no entró en vigor sino hasta 9 años más tarde, en el contexto de la administración Carter en los Estados Unidos.

Justamente el 14 de abril de 1977 el presidente Carter pronunció un discurso ante el Consejo Permanente de la OEA[219], en el que planteó los pilares sobre los que se estructuraría la política de Estados Unidos hacia América Latina, siendo uno de ellos el respeto por los derechos humanos, a los que él consideraba de una manera integral. En su oportunidad expresó[220]: "Our new [foreign policy] approach will be based on three basic elements [...] Second is our respect for human rights, a respect which is also so much a part of your own tradition. Our values and yours

219 Con el Protocolo de Buenos Aires a la Carta de la OEA se hicieron modificaciones también en el nombre de algunos de sus órganos, así, las Conferencias Interamericanas pasaron a denominarse Asambleas Generales, y sus sesiones dejaron de ser quinquenales para ser anuales; de igual manera, el Consejo de la OEA pasó a denominarse Consejo Permanente de la OEA; y la Unión Panamericana pasó a denominarse Secretaría General.

220 Carter, Jimmy, *Address before de Permanent Council of the Organization of American States*, 14 April 1977. Traducción del autor: "Nuestro nuevo acercamiento [en política exterior] estará sustentado en tres elementos básicos: [...] En segundo lugar está nuestro respeto por los derechos humanos, un respecto que también es una parte importante de sus propias tradiciones. Nuestros valores y los suyos requieren que combatamos los abusos de la libertad individual, incluyendo aquellos causados por la injusticia política, social y económica".

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

require us to combat abuses of individual freedom, including those caused by political, social and economic injustice".

Incluso anunció en esa oportunidad la próxima suscripción de la Convención Americana por parte de los Estados Unidos, y su disposición a buscar en el Senado la ratificación correspondiente[221]. Y, efectivamente, el 1 de junio de 1977 el presidente Carter firmó la Convención Americana en nombre de los Estados Unidos[222]. Además de ser un gesto importante sobre la intención del poder ejecutivo por comprometerse con los temas de derechos humanos, la suscripción de la Convención Americana le permitía a los Estados Unidos vincular con mucha legitimidad la temática de los derechos humanos en su política exterior hacia América Latina.

Precisamente en un discurso pronunciado el 17 de diciembre de 1977 con ocasión de hacer un recuento de los logros alcanzados durante el primer año de gobierno en materia de seguridad interior, seguridad nacional y política exterior, el presidente Carter indicó[223]: "We are also working to advance the full range of human rights, economic and social as well as civil and political. [We have] signed the American Convention on Human Rights [...] Our foreign assistance programs will reflect more clearly our human rights concerns".

Aparentemente esta preocupación tuvo un importante eco en América Latina, y contribuyó de manera positiva en la entrada en vigencia de la Convención Americana. Para lograrlo se requería que 11 instrumentos de ratificación o adhesión fueran depositados ante el Secretario General de la OEA. Desde la

221 *Ibidem*.

222 Información proveída por el Departamento de Derecho Internacional de la OEA, al 10 de enero de 2008.

223 Carter, Jimmy, *Summary of Domestic and National Defense and Foreign Policy Accomplishments*, 17 December 1977. Traducción del autor: "También estamos trabajando en la promoción del amplio espectro de los derechos humanos, económicos y sociales tanto como civiles y políticos. Hemos firmado la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...] Nuestros programas de ayuda en el exterior reflejarán de manera más clara nuestras preocupaciones en materia de derechos humanos".

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

aprobación de esta hasta la llegada del presidente Carter a la Casa Blanca, sólo dos Estados la habían ratificado –Costa Rica y Colombia– y durante la administración Carter fue ratificada por 11 Estados y adherida por 2 más, con lo cual indefectiblemente entró en vigencia[224].

La Convención Americana comenzó su vigencia el 18 de julio de 1978, y con posterioridad, en la medida en que diferentes dictaduras, principalmente en Suramérica, iban finalizando y dando pasos a modelos democráticos, más Estados se han ido haciendo parte de la Convención Americana, aunque debe lamentarse que, a pesar de los esfuerzos realizados, y como se expresó en el capítulo anterior, la Convención Americana –y en general el sistema interamericano– es en realidad geopolíticamente latinoamericana. El reto hemisférico, en la actualidad, es lograr la ratificación (o adhesión) completa de los miembros de la OEA como Estados Partes en la Convención Americana[225].

Tan pronto como la Convención Americana entró en vigencia se comenzó a trascender del plano de la reflexión teórica y del encuadre filosófico, al de la realidad histórica y concreta, en lo que respecta a la indivisibilidad de los derechos humanos. El auténtico parte-aguas lo significó una visita realizada por la Comisión Interamericana a El Salvador, originada en una invitación realizada por el gobierno de ese país fechada el 14 de septiembre de 1977. Aunque la carta no permite conocer las intenciones salvadoreñas asociadas a la invitación, la información histórica circundante permite dar algunas pistas.

224 Fue ratificada por Venezuela, Honduras, Ecuador, República Dominicana, Guatemala, Panamá, El Salvador, Grenada, Perú, Jamaica, Nicaragua, asimismo fue adherida por Haití y Bolivia. Conforme al Art. 74, inciso 2 de la Convención Americana, ésta entraría en vigencia tan pronto como 11 Estados depositaran sus instrumentos de ratificación o adhesión. El onceavo Estado en hacer esto fue Grenada, quien depositó su instrumento de ratificación el 18 de julio de 1978.

225 Aunque hay que lamentar, en esta historia, que para 1999/2000 Trinidad y Tobago denunció la Convención Americana sobre Derechos Humanos, siendo hasta el momento el único Estado miembro de la OEA que ha dejado de ser parte de la misma.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

Así, desde los años setenta en El Salvador existía una creciente espiral de violencia política, que también era acompañada por el surgimiento de diferentes grupos político-ideológicos que propugnan por una vía revolucionaria para la toma del poder central, generándose así las bases del movimiento guerrillero que durante los años ochenta se consolidaría como Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN). Esta espiral de violencia política se incrementaba con diferentes procesos electorales fraudulentos.

Al antecedente del fraude electoral del 20 de febrero de 1977 que acompañaba al gobierno del general Carlos Humberto Romero, se sumaban varios acontecimientos de represión política realizados por el gobernante anterior, todo lo cual generaba una imagen muy desgastada del naciente gobierno, dentro de un contexto político muy convulsionado.

Para el 9 de enero de 1978, la Comisión Interamericana había preparado su instalación en El Salvador[226]. Por primera vez la Comisión Interamericana emitiría un informe como resultado de la visita a un Estado, en el que hacía alusión expresa a los derechos económicos, sociales y culturales, y los trataba de manera autónoma[227]. Con un evidente sentido de indivisibilidad en el tratamiento de los derechos humanos el informe expresó[228]: "El desequilibrio económico y social [...] afecta gravemente a la sociedad salvadoreña, y, en particular, a la inmensa mayoría de la población, con las consiguientes repercusiones negativas en el campo de la observancia de los derechos humanos".

A manera de conclusión el referido informe apuntó[229]:

> Las más altas autoridades del Gobierno de El Salvador y los representantes de todos los sectores de la población, reconocen la existencia de una atmósfera tensa y de polarización en

226 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en El Salvador*, OEA/Ser.L/V/II.46 doc 23 rev. 1, del 17 de noviembre de 1978, Introducción, párr. 8.

227 *Ibidem*, Capítulo XI – Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

228 *Ibidem*, *in fine*.

229 *Ibidem*, Conclusiones, párr. 9

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

su país, por causa de los principales problemas que le afectan.

Numerosas personas, dentro y fuera del gobierno, citan como una de las principales causas de esta tensión y polarización, las condiciones económicas y sociales que se han ido agravando a través de él por largo tiempo. La Comisión reconoce la gravedad de estas condiciones, las que han sido descritas en el Capítulo X de este Informe. Entre las más graves está la tremenda concentración de la propiedad de la tierra y en general del poder económico, así como del poder político, en manos de unos pocos con la consiguiente desesperación y miseria de los campesinos, los que forman la gran mayoría de la población salvadoreña.

Estas condiciones sociales y económicas explican, en buena medida, graves violaciones de los derechos humanos que han ocurrido y continúan ocurriendo en El Salvador y, a la vez, obstaculizan el disfrute de los derechos económicos y sociales consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en la Carta de la OEA, en el Artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en otros instrumentos internacionales. Por supuesto, tales condiciones en ningún caso pueden justificar las violaciones de los derechos políticos y civiles fundamentales. Estas violaciones constituyen un obstáculo a la superación progresiva de las tensiones sociales y políticas, ya que impiden el funcionamiento efectivo de un sistema político que pueda responder constructivamente a las verdaderas necesidades sociales y económicas de la población.

Inmediatamente después de ese informe, la Comisión Interamericana comenzó a dinamizar ampliamente la temática de los derechos económicos, sociales y culturales. Así el informe correspondiente a sus labores anuales para 1978 enfatizó en la necesidad de una adecuada protección judicial de estos derechos, conjuntamente con los civiles y políticos, así[230]:

Estas y muchas otras violaciones de derechos civiles y políticos, así como de derechos económicos, sociales y

230 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual 1978*, OEA/Ser.L/V/II.47 doc. 13 rev. 1, del 29 de junio de 1979, Sección Segunda, Parte II, *in fine*.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

> culturales, se producen precisamente en aquellos países en que, o no existen medios de protección adecuados para remediar estas violaciones o los órganos establecidos a este efecto son impotentes o ineficaces. Es obvio que en aquellos países en que el poder judicial carece de toda independencia o en aquellos en que si bien se respeta formalmente su independencia, los magistrados están sujetos a presiones y amenazas por parte de las autoridades ejecutivas, no puede haber una defensa efectiva en el orden interno de los derechos humanos.

La preocupación –probablemente muy motivada por la situación política generalizada de América Latina– fue creciendo de manera consistente, y la Comisión Interamericana, en su informe anual correspondiente al período 1979-1980, hacía una vehemente llamada de atención a los Estados para incrementar la protección y observancia de los derechos económicos, sociales y culturales. El sentido de la indivisibilidad de los derechos humanos era el criterio rector que guiaba a la Comisión Interamericana. En sus palabras[231]:

> Al examinar la situación de los derechos humanos en los distintos países, la Comisión ha tenido que constatar la relación orgánica entre la violación de los derechos a la seguridad física, por una parte, y el descuido de los derechos económicos y sociales y la supresión de la participación política, por otra. Y esa relación, según se ha puesto de manifiesto, es, en gran medida, una relación de causa y efecto. En otras palabras, el descuido de los derechos económicos y sociales, especialmente cuando se ha suprimido la participación política, produce la clase de polarización social que conduce, a su vez, a actos de terrorismo por y contra el Gobierno.

Sin embargo, tan pronto como la Comisión Interamericana hizo este reconocimiento, generó una auto restricción de su propia enfoque respecto de los derechos económicos, sociales y culturales[232]:

---

231 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual 1979-1980*, OEA/Ser.L/V/II.50 doc. 13 rev. 1, del 2 de octubre de 1980, Capítulo VI, párr. 2.

232 *Ibidem*, párr. 5

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

> La desatención de los derechos económicos y sociales es otra causa, aunque más difusa y problemática, de la violencia y los conflictos sociales. Es opinión generalizada y al parecer bien fundada que, en el caso de algunos países, la pobreza extrema de las masas de la población –resultado en parte de una distribución muy desigual de los recursos de producción– han sido la causa fundamental del terror que afligió y sigue afligiendo a esos países. Sin embargo, en general, la Comisión ha sido extremadamente cautelosa en este sensible campo porque ha reconocido la dificultad que existe para establecer criterios que permitan medir el cumplimiento por los Estados de sus obligaciones. Y ha comprobado también las opciones muy difíciles que confrontan los gobiernos al asignar recursos entre el consumo y la inversión, y, por tanto, entre generaciones actuales y futuras. La política económica, al igual que la defensa nacional, constituyen asuntos vinculados estrechamente a la soberanía nacional.

Pese a reconocer la importancia de los derechos económicos, sociales y culturales, y al mismo tiempo, que su desprotección y desatención se reconduce a graves violaciones a los derechos civiles y políticos, la Comisión Interamericana invoca dos obstáculos que la limitan para tratarlos de manera directa: la dificultad para medir su cumplimiento y la soberanía estatal principalmente en lo que atañe a la política económica y la defensa nacional. El primero es un problema metodológico, el segundo es un problema político. Cuando la Comisión Interamericana advierte que la política económica y la política de defensa son elementos que pertenecen a la soberanía nacional, en el fondo está señalando que se trata de asuntos internos –o margen de apreciación– y por lo tanto un límite infranqueable de su actuación. Sin embargo, hay que tener presente que ese era el entendimiento del derecho internacional para aquel momento. Un momento particularmente caracterizado por un concepto férreo de soberanía estatal, que era funcional para sobrevivir en el marco de la guerra fría[233].

233 Pero la realidad ha cambiado, incluso recientemente la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó el Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, mediante el cual el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales está dotado de

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

Sin embargo, en el fondo lo que sucedía era que el contexto para la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales –que había alcanzado su clímax con la Alianza para el Progreso– había perdido oportunidad histórica, porque la lucha contra la expansión del comunismo internacional había cambiado de estrategia desde principios de los años setenta, cuando se habían estimulado para América Latina opciones de mano dura que se decantaban en la instauración y tolerancia de dictaduras[234] y que, como lo demuestra la constatación permanente de la Comisión Interamericana, durante esas épocas, se traducía en graves violaciones a los derechos humanos. En su lugar, además, la visión de los derechos humanos por algunos actores determinantes de la política internacional era meramente instrumental. Su observancia no era necesaria, como la utilización ideológica y política a que su inobservancia daba lugar en ciertas regiones del mundo[235]. Complementariamente, el discurso sobre los derechos humanos no tuvo en América Latina la misma energía y relevancia que tuvo en otras determinaciones

competencia *ratione materiæ* para conocer de peticiones individuales en las que se denuncien violaciones a los derechos contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, lo que demuestra que los obstáculos metodológico y político han sido superados.

234 Entre otras: Paraguay desde 1954; Brasil, 1964; Perú, 1968 y 1975; Bolivia, 1971; Uruguay, 1973; Chile, 1973 y Argentina, 1976. El Salvador, por su parte, mantenía una dictadura militar institucionalizada desde 1944, consolidada en 1962.

235 Kissinger, Henry, *La diplomacia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 747. La siguiente frase demuestra inobjetablemente el sentido instrumental del discurso por los derechos humanos: "El debate por los derechos humanos comenzó como un llamado a utilizar la influencia norteamericana para mejorar el trato dado a los ciudadanos soviéticos, pero fue convirtiéndose en una estrategia para causar un trastorno interno en la Unión Soviética. Como en el caso del control de armamentos, la discusión no trataba del objetivo, que no estaba en disputa, sino del grado en que el enfrentamiento ideológico debía tener absoluta prioridad en la política exterior norteamericana".
En lo que a política internacional se refiere, los años setenta se caracterizaron por una distensión entre Estados Unidos y la Unión Soviética, no así entre la mayoría de gobiernos de países latinoamericanos y los grupos que ellos clasificaban como insurgentes o de promoción del comunismo..

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

geopolíticas[236]. Importantes potencias mundiales ubicadas en el lado Oeste de la bipolaridad presentaban vergonzosos, sino graves problemas de observancia de derechos civiles y políticos, principalmente por la discriminación racial. En un buen sentido ético, ninguna de esas potencias habría tenido una legitimidad suficiente para hablar de derechos humanos, sin embargo, el tema tomó especial relevancia por su sentido estratégico en contra de la Unión Soviética que destacaba igualmente por sus graves violaciones a los derechos civiles y políticos. Derechos como la libertad de expresión o la libertad de culto, el derecho de reunión y asociación adquirieron una especial relevancia en la agenda del mundo, llegando incluso a limitar las capacidad aprehensivas del intelecto, en el sentido de identificar el concepto de derechos humanos con el de derechos civiles y políticos –o al menos, algunos de ellos– porque tras de sí se estructuraba la agenda política internacional. En realidad se trató de una sobreposición de los intereses políticos sobre los propósitos éticos.

El contexto histórico de los setenta redujo el concepto de derechos humanos a ciertos derechos civiles y políticos. La guerra fría, durante los años cincuenta, había facilitado la escisión de los derechos humanos en derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, como categorías compartimentalizadas *per se*. Durante los años sesenta se favoreció una visión de estímulo hacia los derechos económicos, sociales y culturales –al menos en América Latina– por la vía de la cooperación internacional para el desarrollo, principalmente como herramienta de

236 Con la excepción, como se ha acreditado anteriormente, de la administración Carter. Un buen ejemplo de tal asimetría, durante los años setenta, caracterizada por un énfasis de la temática de derechos humanos –reducida a derechos civiles y políticos, y no vista en forma holística– en lo que implicaban las relaciones con la Unión Soviética, y que no tuvo parangón alguno –ni siquiera por reflejo–, se evidencia en el Acta Final de Helsinki, nombre con el que se conoció al principal instrumento derivado de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa, realizada en diferentes momentos en la capital de Finlandia y Suiza entre 1973 y 1975. El Acta Final de Helsinki incorpora un compromiso político con la observancia de los derechos humanos, y aunque en su texto se alude a una visión holística, la mayoría de sus disposiciones se refieren a derechos civiles y políticos.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

contrainsurgencia. Durante los años setenta, al cambiar los actores, el contexto y la estrategia, los derechos humanos sufrieron igualmente una reducción en su comprensión, llegando a limitarse su entendimiento como derechos civiles y políticos esencialmente. En ese contexto es pionera y vanguardista, para la realidad de América Latina, la postura de la Comisión Interamericana en el sentido de establecer relaciones de interconectividad entre los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales, aunque al mismo tiempo, no debe llamar la atención el hecho de que se reconociera que la supervisión y protección internacional de los derechos humanos debía ser un símil de supervisión y protección internacional de derechos civiles y políticos. El sentido omnicomprensivo con el que nació la Convención Americana, bajo el influjo de los acontecimientos de política exterior que caracterizaron a los años sesenta –aún en fase terminal– fue disminuido por la vía de la interpretación a un sentido esencialmente de derechos civiles y políticos; aunque la preocupación por los derechos económicos, sociales y culturales era auténtica y real, las posibilidades de actuación a partir de la Convención Americana se interpretaron reductivamente, lo que generó la conciencia, en el interior de la Comisión Interamericana, primero, y luego en la OEA, de que la Convención Americana era incompleta en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Como se ha visto en el recuento histórico, desde el punto de vista normativo, la Convención Americana posee una visión holística, pero las normas no emergen a la realidad y producen efectos llanos y directos. Si la norma escrita es el resultado de un proceso político de negociación sobre su alcance y redacción, la efectividad de la norma se condiciona a su aplicación, y ésta a la interpretación.

Consecuente con su definición –y con su postura interpretativa– la Comisión Interamericana llamó a la Asamblea General a tomar una participación activa en la temática de los derechos económicos, sociales y culturales y requirió que[237]: "el tema de las medidas para eliminar la extrema pobreza, así como el de los medios para posibilitar la implementación gradual de

237 *Informe anual 1979-1980*, *supra* nota 248, recomendación 5.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

los derechos económicos, sociales y culturales, sea incluido en el próximo período ordinario de sesiones de la Asamblea General".

Este informe fue conocido durante el Décimo Período Ordinario de la Asamblea General, y produjo una resolución que en materia de derechos económicos, sociales y culturales destaca[238]:

> Reafirmar que la protección efectiva de los derechos humanos debe abarcar también los derechos sociales, económicos y culturales. Señalar, en tal sentido, a los Gobiernos de los Estados miembros la responsabilidad de efectuar los máximos esfuerzos posibles a fin de participar plenamente en la cooperación para el desarrollo hemisférico, por cuanto es una vía fundamental para contribuir a aliviar la extrema pobreza, especialmente la que padecen los países y regiones más necesitados.

Evidentemente, la Asamblea General respaldó la visión holística de derechos humanos de la Comisión Interamericana –que no necesariamente implica interpretar la Convención Americana como herramienta de protección holística de tales derechos, como se ha expresado anteriormente– y eso permitió que la Comisión Interamericana volviera a llamar la atención sobre la necesidad para que la Asamblea General hiciera todavía algo más en ese ámbito, y así reiteró[239]:

> La Comisión [Interamericana] considera que la próxima Asamblea General debería reiterar tales criterios adoptando medidas específicas para el cumplimiento efectivo de la mencionada resolución [...] En virtud de las consideraciones que se han expuesto precedentemente, la Comisión Interamericana [...] recomienda a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, que se reunirá en su undécimo período ordinario de sesiones, la adopción de las siguientes medidas: [...] Que reafirme el criterio de que

238 AG/RES. 510 (X-O/80), del 27 de noviembre de 1980, resolutivo 8.

239 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual 1980-1981*, OEA/Ser.L/V/II.54 doc. 9 rev.1, del 16 de octubre de 1981, Capítulo V, § Derechos Económicos y Sociales y § Recomendaciones, párr. 10.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

> la protección efectiva de los derechos humanos debe abarcar también los derechos sociales, económicos y culturales, señalando, asimismo, que corresponde a los gobiernos de los Estados miembros la responsabilidad de efectuar los máximos esfuerzos posibles a fin de participar plenamente en la cooperación para el desarrollo hemisférico, por cuanto es una vía fundamental para contribuir a aliviar en América la extrema pobreza, adoptando las medidas específicas que permitan cumplir ese propósito.

La respuesta de la Asamblea General fue exactamente la misma que brindó durante el Décimo Período Ordinario de Sesiones, sin ninguna variación de palabras[240]. En su informe de labores siguiente la Comisión Interamericana ya no se refirió al tema, y aunque el Duodécimo Período Ordinario de Sesiones insistió en la reafirmación expresada desde el Décimo Período Ordinario de Sesiones –esta vez bajo la Resolución AG/RES. 618 (XII-O/82) párrafo dispositivo 9– , también dio un paso más. La urgencia de la Comisión Interamericana tuvo un eco, y así la Asamblea General acordó[241]: "Encargar a la Secretaría General [de la OEA] que elabore un anteproyecto de Protocolo Adicional a la Convención Americana [...] que defina los derechos sociales, económicos y culturales a que se refiere el párrafo dispositivo 9 de la Resolución AG/RES. 618 (XII-O/82) [...] a fin de que pueda ser considerado durante el decimotercer período ordinario de sesiones de la Asamblea General".

Es importante hacer una valoración crítica de la decisión de la Asamblea General de la OEA, porque detrás de ella, que pudiera parecer un progreso en los temas de derechos humanos, en realidad hay un retroceso. La Comisión Interamericana no tenía dudas sobre cuáles eran los derechos económicos, sociales y culturales, pues ellos se encontraban delineados en forma básica por la Declaración Americana así como por la propia Carta de la OEA y el artículo 26 de la Convención Americana, sin perjuicio de lo que otros instrumentos del sistema universal

240 AG/RES. 543 (XI-O/81), del 10 de diciembre de 1981, resolutivo 5.

241 AG/RES. 619 (XII-O/82), del 20 de noviembre de 1982, resolutivo único.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

pudieran señalar de manera complementaria. Precisamente uno de los méritos que contiene el Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en El Salvador radica no sólo en el tratamiento autónomo y directo de los derechos económicos, sociales y culturales, sino también en la identificación de las fuentes jurídicas. Precisamente en esa tesitura y entendimiento era que la Comisión Interamericana redactaba sus informes anuales que aprobaba la Asamblea General, y respecto de los cuales, reiterada y sucesivamente, desde el Décimo Período Ordinario de Sesiones hasta el Duodécimo Período Ordinario de Sesiones, esta reafirmaba que la protección efectiva de los derechos humanos debe abarcar también los derechos sociales, económicos y culturales. Es inverosímil pensar que la Asamblea General de la OEA reiteraba su credibilidad en algo cuyo contenido desconocía. Y es todavía más inverosímil pretender creer que luego de tres años consecutivos de llamar a la observancia de los derechos económicos, sociales y culturales, la Asamblea General acuerde definirlos por la vía de un tratado, aunque este tenga la forma de un Protocolo Adicional a la Convención Americana.

La denuncia de la Comisión Interamericana sobre la grave situación socio-económica y su vinculación con las escaladas de violencia, o lo que es lo mismo, la interacción entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales, y los derechos civiles y políticos, era innegable y tenía una evidencia empírica. Lo desafiante que hizo la Comisión Interamericana fue exigir a la Asamblea General que tomara acciones efectivas para mejorar los derechos económicos, sociales y culturales. No le pedía que definiera los derechos, pues ya estaban definidos. Le solicitaba hacer algo: aprovechar su privilegiada posición como máxima autoridad política dentro de la OEA para lograr un cambio de actitud en los Estados que permitiera la observancia de los derechos humanos considerados en una forma integral, bajo la idea de que la observancia de los derechos económicos, sociales y culturales se decantaría necesariamente en un mejoramiento de los derechos civiles y políticos.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

B. El Protocolo de San Salvador

No obstante, tener una triple fuente jurídica de reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales –la Declaración Americana, la Carta de la OEA reformada por el Protocolo de Buenos Aires, y la Convención Americana– ante el emplazamiento de la Comisión Interamericana, la Asamblea General de la OEA decidió iniciar el proceso para crear una cuarta fuente de reconocimiento de tales derechos, por la vía de un Protocolo a la Convención Americana.

Lo solicitado por la Asamblea General de la OEA en la Resolución AG/RES. 619 (XII-O/82) comenzó a dar frutos. Efectivamente, la Secretaría General de la OEA elaboró el anteproyecto de Protocolo Adicional a la Convención Americana, el cual transmitió a los Estados miembros de la OEA para que le hicieran llegar sus recomendaciones. La Comisión Interamericana reaccionó a la propuesta de la Secretaría General de la OEA, y al mismo tiempo recomendó a la Asamblea General convocar a una Conferencia Especializada durante 1985 para discutir y aprobar un Protocolo a la Convención Americana en esa materia[242].

Durante su Decimotercer Período Ordinario de Sesiones, la Asamblea General de la OEA requirió que la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana remitieran sus correspondientes observaciones al anteproyecto de Protocolo Adicional a la Convención Americana, y al mismo tiempo autorizó al Secretario General de la OEA para que convocara a una reunión de trabajo a los Estados Partes en la Convención Americana sobre el anteproyecto de Protocolo Adicional a la Convención Americana, a la que también podría invitar a los órganos del sistema interamericano[243].

Para dar respuesta al requerimiento, la Comisión Interamericana realizó en agosto de 1984 un Seminario sobre Protección

242 Inter-American Commission on Human Rights, *Annual Report 1982-1983*, OEA/Ser.L/V/II.61 doc 22 rev 1, of 27 September 1983, Chapter III, pr, 5 *in fine*.

243 AG/RES. 657 (XIII-O/83), del 18 de noviembre de 1983, párrs. 1 y 2.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conjuntamente con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México[244]. Entre las conclusiones derivadas de este, asumidas por la Comisión Interamericana, y que refieren a la supervisión internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, cabe citar que[245]:

> En relación a los mecanismos de control a emplear por la institución encargada de la tutela y promoción de los derechos económicos, sociales y culturales, se considera conveniente que ellos fueran adecuados a la característica del derecho protegido. Así, para algunos derechos podría ser aplicable el sistema vigente para los derechos civiles y políticos. Ello sería pertinente cuando la violación sucediera a causa de una acción directa del Estado, es decir, cuando la violación pudiera imputarse de manera directa e inmediata a éste y la modificación de la situación creada dependiera de él.

De esta manera, la visión de la Comisión Interamericana resultaba fragmentaria de los derechos económicos, sociales y culturales, proponiendo que el mecanismo de peticiones individuales se empleara en algunos derechos y en otros no, aduciendo como razón para ello el carácter directo de la imputación que se hiciera al Estado por sus violaciones.

Un sentido similar pronunció la Corte Interamericana cuando expresó su consideración sobre el anteproyecto y en el punto de marras señaló[246]:

> La Corte estima que una inclusión indiscriminada en el sistema de la Convención de los derechos económicos, sociales y culturales en la medida en que se mantenga su concepción como derechos de realización progresiva, que se expresan a

244 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual 1983-1984*, OEA/Ser.L/V/II.63 doc. 10, del 28 de septiembre de 1984, Capítulo II-F.

245 *Ibidem*, Capítulo V-II párr. 9, C.

246 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual 1985*, OEA/Ser.L/V/III.12 doc. 13, del 15 de agosto de 1985, p. 18.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

> veces como aspiraciones puramente programáticas no dotadas de exigibilidad, podría causar más bien una distorsión de los mecanismos de protección del Pacto de San José [...] En esa perspectiva, por la vía de un Protocolo Adicional no deberían incorporarse a los mecanismos y procedimientos dispuestos por el Pacto de San José sino aquellos derechos a los que resulte aplicable el sistema específico de protección que la misma Convención establece, es decir, aquéllos que puedan llegar a ser exigibles jurisdiccionalmente, como ocurre por ejemplo, con el derecho de los padres a escoger la educación de sus hijos y el de libre sindicalización. Desde luego, tal exigibilidad debe ser concebida de la manera más amplia, de modo que pueda entenderse tanto en sentido positivo (exigibilidad de los derechos en sí mismos), como negativo (impugnación de actos que los contradigan, supriman o disminuyan).

Ambos órganos se oponían a que en sus correspondientes competencias, en el marco de peticiones o demandas, individuales o interestatales, cupiera la totalidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Pero no eran coincidentes. Mientras para la Comisión Interamericana el criterio era el grado de imputación directa de la violación a la conducta estatal, para la Corte Interamericana era el grado de progresividad con la que se enunciaba la obligación.

Para 1985 la Comisión Interamericana presentó un nuevo comentario sobre el anteproyecto de Protocolo Adicional a la Convención Americana, en el que reiteró su postura sobre la justiciabilidad sólo respecto de casos en los que se pudiera imputar de manera directa la violación a un acto del Estado[247]. Durante este tiempo la Asamblea General de la OEA se limitó a reiterar a los Estados la invitación para que expresaran sus opiniones e ideas sobre el anteproyecto de Protocolo Adicional a la Convención Americana, y requirió que la Comisión Interamericana elaborara el proyecto de Protocolo Adicional a la Convención Americana, relevando de esa responsabilidad

247 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual 1984-1985*, OEA/Ser.L/V/II.66 doc. 10 rev. 1, del 1 de octubre de 1985, Capítulo V-II.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

a la Secretaría General de la OEA[248]. La Corte Interamericana elaboró un nuevo estudio sobre la temática y aunque reiteró el sentido fragmentario de la justiciabilidad en esta oportunidad expuso un criterio de progresividad sobre la justiciabilidad, que es precisamente la nota característica y rectora del dominio de los derechos humanos. En su nuevo estudio señaló[249]:

> El límite entre los derechos económicos, sociales y culturales que pueden llegar a ser objeto de una protección internacional de tipo regional en la que es posible la intervención de la Corte Interamericana y los restantes, que no pueden tener hoy un régimen de protección de tipo jurisdiccional que se integre con la competencia contenciosa de la Corte, no es un límite invariable y fijo, resultado de una distinción ontológica, sino que, en gran parte, deriva de las circunstancias históricas vinculadas al desarrollo y a la evolución del Derecho, como se ha puesto de manifiesto en los trabajos preparatorios cumplidos al respecto en el Consejo de Europa. Esta circunstancia debe ser tomada en cuenta en la redacción del Protocolo Adicional y, específicamente, en lo relativo a la regulación del régimen de protección de los derechos económicos, sociales y culturales que se proyecte.

Con estos insumos y otros más, la Comisión Interamericana presentó el requerimiento realizado por la Asamblea General de la OEA, el cual denominó Proyecto de Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y que en lo correspondiente a la justiciabilidad de tales derechos proponía regular así[250]:

---

248 AG/RES. 742 (XIV-O/84), del 17 de noviembre de 1984, punto resolutivo 9; AG/RES. 778 (XV-O/85), del 9 de diciembre de 1985, punto resolutivo 11; AG/RES. 781 (XV-O/85), del 9 de diciembre de 1985.

249 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual 1986*, OEA/Ser.L/III.15 doc. 13, del 29 de agosto de 1986, p. 44, párr. 11.

250 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual 1985-1986*, OEA/Ser.L/V/II.68 doc. 8 rev. 1, del 26 de septiembre de 1986, Capítulo V-II, Art. 21, inciso 5. Los artículos 8, 9 y 15 del Proyecto de Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, expresaban así:

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

En el caso de que los derechos establecidos en los artículos 8, 9 y 15 de este Protocolo fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado Parte en el presente Protocolo, tal

Artículo 8
Derechos Sindicales

Los Estados Partes se comprometen a garantizar el derecho de toda persona a fundir sindicatos y a afiliarse al sindicato de su elección, para la protección y promoción de sus intereses económicos y sociales. Como proyección de este derecho, los Estados Partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados Partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente.

El ejercicio de los derechos enunciados precedentemente sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, siempre que ellas sean propias a una sociedad democrática y necesarias para salvaguardar el orden público y para proteger la salud o la moral pública y los derechos o libertades de los demás.

Los Estados Partes del presente Protocolo convienen en adoptar las medidas que sean necesarias para que el derecho de asociación sindical establecido en el párrafo primero de este artículo pueda ejercerse de una manera compatible con los de una sociedad democrática. En especial convienen en que los dirigentes sindicales deberán ser elegidos de una manera democrática que pueda garantizar una efectiva representación sindical.

Artículo 9
Derecho de Huelga

Los Estados Partes del presente Protocolo reconocen el derecho a la huelga que le asiste a las organizaciones sindicales.

El derecho a la huelga que se reconoce en el presente Protocolo deberá ejercerse de conformidad con las leyes del correspondiente Estado.

Lo dispuesto en el presente artículo no impedirá a los Estados imponer restricciones legales al ejercicio del derecho a la huelga en lo que respecta a los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de los servicios de utilidad pública del Estado.

Artículo 15
Derecho a la libertad de educación

Los Estados Partes en el presente Protocolo se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Nada de lo dispuesto en este Protocolo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados precedentemente y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

> situación podrá dar lugar, mediante la participación de la comisión y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Con esta propuesta reducía su postura originariamente sostenida, porque ya no bastaba con que el acto violatorio de un derecho fuera imputable directamente al Estado –lo que aplicaría para cualquier derecho– sino que en su nueva propuesta restringía esa posibilidad, además, sólo si se trataba de tres derechos, las libertades sindicales, el derecho a la huelga y las libertades educativas[251].

La Asamblea General de la OEA se limitó a tomar nota del esfuerzo realizado por la Comisión Interamericana y solicitar a los Estados que brindaran sus observaciones al Consejo Permanente de la OEA para que este formulara las propuestas que considerara necesarias[252], y el año siguiente solicitó al Consejo Permanente que presentara en el Decimoctavo Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General el Proyecto de Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[253], cuando efectivamente lo aprobó naciendo así el Protocolo de San Salvador[254].

El Protocolo de San Salvador fue aprobado casi en los mismos términos que lo propuso la Comisión Interamericana, al menos en lo que se refiere a la justiciabilidad de sus derechos, la que quedó restringida, únicamente al derecho de organización sindical –una especialidad del derecho de asociación– y al derecho

---

251 En realidad sólo se protegían algunas libertades educativas, porque, al menos la libertad de cátedra no formaba parte de lo justiciable contenido en la propuesta de la Comisión Interamericana.

252 AG/RES. 836 (XVI-O/86), del 15 de noviembre de 1986, puntos resolutivos 1 y 2.

253 AG/RES. 887 (XVII-O/87), del 14 de noviembre de 1987, punto resolutivo único.

254 AG/RES. 907 (XVIII-O/88), del 17 de noviembre de 1988, punto resolutivo único.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

a la educación. No se contempló como derecho justiciable el derecho de huelga, y además se quitó la consideración de que la violación sea directamente imputable al Estado. El criterio de la Corte Interamericana no fue tomado en cuenta en la formulación del Protocolo de San Salvador, por lo que su propuesta de justiciabilidad en función inversamente proporcional al grado de realización progresiva del derecho, tampoco forma parte de la razón e ser del Protocolo de San Salvador[255]. Vale la pena indagar

255 El Art. 19, inciso 6 del Protocolo de San Salvador reduce su justiciabilidad a los Art. 8, inciso1,*a* y 13, que dicen:

Artículo 8
Derechos Sindicales

1. Los Estados Partes garantizarán:
   a. El derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados Partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados Partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente.

Artículo 13
Derecho a la Educación

1. Toda persona tiene derecho a la educación.
2. Los Estados Partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz.
3. Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación:
   a. La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;
   b. La enseñanza secundaria en sus diferentes formas, incluso la enseñanza técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

si el criterio de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Protocolo de San Salvador resulta válido en los términos de la Convención Americana.

La norma restrictiva a la justiciabilidad –el artículo 19, inciso 6 del Protocolo de San Salvador– no puede ser comprendida aisladamente, sino que debe serlo en el marco o contexto que le brinda la Convención Americana. Y es así porque la Convención Americana dispone en su artículo 31 que se podrán incluir en el régimen de protección que ella determina otros derechos y libertades, siempre que sean reconocidos conforme con los procedimientos que establecen sus artículos 76 y 77. El artículo 76 de la Convención Americana regula las enmiendas a esta, mientras que su artículo 77 regula los Protocolos Adicionales que pueden complementarla.

Las enmiendas a la Convención Americana no se encuentran limitadas en su objeto, en principio, de manera que pueden incluir modificaciones a los derechos que ella contiene, o a los aspectos institucionales o procesales. Pero, tratándose de enmiendas a los derechos, sí existe un límite, y es que carece de valor y efectividad jurídica una enmienda a la Convención Americana que tenga por objeto la reducción o disminución del

c. La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados y, en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.
d. Se deberá fomentar o intensificar, en la medida de lo posible, la educación básica para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;
e. Se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales.

4. Conforme con la legislación interna de los Estados Partes, los padres tendrán derecho a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, siempre que ella se adecue a los principios enunciados precedentemente.
5. Nada de lo dispuesto en este Protocolo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, de acuerdo con la legislación interna de los Estados Partes.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

alcance o contenido de uno de sus derechos. Esto es así porque, como indica el Preámbulo de la Convención Americana, los derechos humanos tienen por fundamento los atributos de la persona humana, de manera que los Estados sólo pueden tener una función de constatación y reconocimiento, no de creación de los derechos. No es un acto de Estado el que crea los derechos. De manera consecuente, y por efecto del principio del *paralelismo de las formas*, tampoco un acto de Estado puede eliminarlos o destruirlos, de modo que los Estados se encuentran inhibidos de poder reducir los derechos humanos ya reconocidos. El artículo 76 de la Convención Americana, pues, incluye una *cláusula pétrea* en el sentido que hace que la Convención Americana sea intangible a reformas restrictivas.

El Estado es creado para la satisfacción del bien común, para el respeto de los derechos esenciales de todos los seres humanos sujetos a su jurisdicción; sus competencias, por tanto, sólo pueden conjugarse progresivamente –reconocer más derechos, proteger con mayor eficacia– pues lo contrario sería la afirmación del despropósito estatal.

Por su parte los Protocolos Adicionales sí tienen un objeto definido, que es el de incluir progresivamente en el régimen de protección de la Convención Americana otros derechos y libertades que, por tanto, no han sido reconocidos en la Convención Americana. Entonces, mientras las enmiendas pueden incidir *en los derechos reconocidos por la* Convención Americana, agrandándolos o ampliando su reconocimiento internacional; los Protocolos Adicionales inciden *en la* Convención Americana agregando derechos no contemplados explícitamente en su articulado.

Además los Protocolos Adicionales, según la regulación que sobre ellos se hace en el artículo 77 de la Convención Americana, no sólo tienen un objeto previamente determinado –ampliar el listado expreso de derechos reconocidos en la Convención Americana– sino que se encuentran determinados teleológicamente, es decir que previamente está definida la razón por la cual se puede justificar su creación, que es la de incorporar progresivamente en el régimen de protección de la Convención Americana los nuevos derechos y libertades que se reconozcan.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

Es dentro de esa tesitura que debe entenderse el artículo 19, inciso 6 del Protocolo de San Salvador. Cabe indagar si éste artículo ha sido formulado en contradicción o no con el artículo 77, inciso 1 de la Convención Americana. Es innegable que llegado a este punto existe una controversia jurídica que merece un esfuerzo interpretativo. El artículo 31, inciso 1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece la regla principal para su interpretación, que es la *buena fe*, empleando un sentido corriente de los términos del tratado, y teniendo en cuenta su *objeto y fin*. El principio de *buena fe* implica la necesidad de interpretar propiciando un sentido lógico, razonable y práctico, *ergo* excluyendo cualquier resultado interpretativo que sea ilógico, irrazonable, inviable en términos prácticos, o peor aún, manifiestamente ilícito[256]. En el caso de un Protocolo Adicional a la Convención Americana, la interpretación de *buena fe*, por tanto, obliga a dar sentido a los términos de manera que se repudie la opción que conduzca a un resultado jurídico manifiestamente contrario a la propia Convención Americana. Se impone como consecuencia que para la interpretación de un Protocolo Adicional a la Convención Americana debe ejercerse una interpretación conforme con ella: el principio de *buena fe* impide interpretar que un Protocolo Adicional a la Convención Americana fue elaborado con la intención de contradecirla, a menos que su formulación lingüística no permita una interpretación en sentido contrario.

Establecido lo anterior, cabe advertir que la expresión que contiene *in fine* el artículo 77, inciso 1 de la Convención Americana, puede ser aplicada en dos modalidades excluyentes. En primer lugar, puede entenderse que la expresión "incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades" se satisface cuando todos los derechos y libertades contemplados en un Protocolo Adicional son introducidos en el mismo momento dentro del régimen de protección de la Convención Americana, de manera que dicho régimen de protección crece. Lo que no es jurídicamente admisible dentro del artículo 77, inciso 1 de la

256 Ver: U.N. International Law Commission, *Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries*, A/6309/Rev.1 Supp. 9, p. 219.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

Convención Americana, es que los nuevos derechos reconocidos por un Protocolo Adicional se encuentren excluidos *ab initio* de ser cubiertos por su régimen de protección, cualquiera sea la técnica que para ello se emplee, como puede ser la opción de *numerus clausus* –donde los Estados determinan en el Protocolo Adicional qué derechos entran en el régimen de protección de la Convención Americana– o la opción *à la carte* –donde cada Estado determina unilateralmente cuáles de los derechos reconocidos por un Protocolo Adicional ingresan al régimen de protección de la Convención Americana–. Cualquiera de estas dos modalidades –o cualquier otra con el mismo efecto– implica un incumplimiento del artículo 77, inciso 1 de la Convención Americana, por generar exclusión de algunos de los derechos contemplados en el correspondiente Protocolo Adicional[257].

Cabe advertir que el Protocolo de San Salvador fue aprobado –como lo indica su Preámbulo– siguiendo la habilitación del artículo 77, inciso 1 de la Convención Americana, y por tanto, agregando otros derechos y libertades a los explícitamente contenidos en el texto articulado de la Convención Americana, y con la finalidad de cubrirlos con el régimen de protección que ésta posee. No obstante, el artículo 19, inciso 6 del Protocolo de San Salvador, como se ha expresado, sólo incluye *expressis verbis* a los derechos que se reconocen en sus artículos. 8, inciso 1, *a* y 13, en el régimen de protección de la Convención Americana.

En la situación específica, el artículo 19, inciso 6 del Protocolo de San Salvador estudiado a la luz del principio de *buena fe*, admite una interpretación conforme con el artículo 77, inciso 1 de la Convención Americana, si se comprende que la incorporación de

257 *Informe anual 1985*, *supra* nota 266, p. 17. De manera muy clara la Corte Interamericana afirmó, en la misma línea de lo dicho, que: "[toda] ampliación del ámbito de los derechos protegidos por la Convención [Americana] sólo es concebible si se cumple en función de ese sistema de protección, de manera que los derechos que se incorporen mediante protocolos adicionales a la misma sean susceptibles de los mismos mecanismos de garantía. Si tal no fuera el caso no tendría sentido alguno calificar al nuevo instrumento como 'Protocolo Adicional' del anterior".

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

los derechos que incorpora dentro del régimen de protección de la Convención Americana (Arts. 8, inciso 1, *a* y 13 del Protocolo de San Salvador), lo que hace es dar un punto de partida –y no un punto de llegada– respecto de la incorporación de los restantes derechos que reconoce al régimen de protección de la Convención Americana.

En lo que atañe al referido artículo 19, inciso 6 del Protocolo de San Salvador, la incorporación de los restantes derechos no enunciados en el citado artículo 19, inciso 6 del Protocolo de San Salvador es responsabilidad de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana. El silencio en una norma que atribuye competencia *ratione materiæ*, dentro del Sistema Interamericano que se rige por el principio de progresividad, lleva consigo una inhibitoria para cualquier Estado en el sentido de oponer una excepción preliminar ante el evento de que los órganos del Sistema Interamericano incorporen expresamente, para tal Estado, uno de los derechos innominados en el artículo 19, inciso 6 del Protocolo de San Salvador.

El problema que surge se vincula con la implementación de la incorporación por los órganos del sistema interamericano. Al intentar una respuesta sobre esto se deben tener en cuenta ciertas características del Sistema Interamericano que han llegado a convertirse en auténticos principios definitorios de este. En particular, el principio de complementariedad y el principio de subsidiariedad[258]. Conforme con el principio de complementariedad, la aplicación del Protocolo de San Salvador no puede generar un nivel de protección que sea inferior al que ya existe en el Estado, de manera que si en él un derecho innominado por el artículo 19, inciso 6 del Protocolo de San Salvador goza de justiciabilidad, también debe gozarla en el sistema interamericano. Adicionalmente, y por virtud del principio de subsidiariedad, el que un derecho no goce de justiciabilidad en

258 El principio de complementariedad se enuncia expresamente en el Preámbulo de la Convención Americana. El principio de subsidiariedad está implícito en la regla de agotamiento de los recursos internos y sus excepciones, como se regulan en el Art. 46 de la Convención Americana.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

el ámbito interno no implica que igualmente deberá carecer de ella en el sistema interamericano. Precisamente este sistema se activa ante el fracaso de la protección interna o doméstica. Lo que cabe determinar es cuándo se amplía el contenido del artículo 19, inciso 6 del Protocolo de San Salvador, y esa respuesta se encuentra en el principio de viabilidad, es decir, que deben existir condiciones que permitan a un Estado la observancia de un derecho, ello no significa que el derecho se esté observando –precisamente esto es lo que justifica la existencia de la garantía del sistema interamericano– significa únicamente que el derecho pueda ser implementado en la realidad.

Tomando en cuenta que el Protocolo de San Salvador fue aprobado hace más de 20 años[259], es casi imposible encontrar un Estado Parte en él en el que no haya un derecho que no sea implementable en la realidad. Y es justamente este punto el que conduce a la última reflexión sobre la implementación del artículo 19, inciso 6 del Protocolo de San Salvador en el ámbito del sistema interamericano. La Convención Americana ha diseñado un reparto de competencias entre la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana. En ese ordenamiento, la Comisión Interamericana es la puerta de entrada, y la Corte Interamericana el segundo nivel de protección. La relación entre la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana no es una relación de superioridad jerárquica, sino de complementariedad funcional.

259 Y la reciente aprobación por la Asamblea General de Naciones Unidas del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que permite la reclamación contenciosa de todos los derechos contenidos en el Pacto Internacional, desmitificando muchas de las objeciones que, como espectros, se elevaban para minar la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Un Estado que haya ratificado ese Protocolo Facultativo, sometiéndose por tanto a la solución (to adjudicate) de las controversias sobre cumplimiento de obligaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales, en el sistema universal, evidencia que para él no hay límites en la justiciabilidad de tales derechos. La protección de la dignidad humana genera una interdicción del doble estándar que se generaría por permitir una supervisión internacional completa en el ámbito del sistema universal, y pretender mantener una supervisión internacional reducida en el ámbito del sistema interamericano.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

Adicionalmente, la Comisión Interamericana posee funciones que trascienden de la protección por la vía de la justiciabilidad de los derechos. En tal sentido, la Comisión Interamericana goza de herramientas variadas que le permiten conocer sobre la situación de un Estado más allá de las limitaciones del método jurisdiccional que circunscriben a la Corte Interamericana. Por ello, la Comisión Interamericana es el órgano del Sistema Interamericano que puede determinar cuáles de los derechos innominados en el artículo 19, inciso 6 del Protocolo de San Salvador, en un determinado Estado, pueden considerarse incorporados en el régimen de protección de la Convención Americana, como resultado de la progresividad inherente del sistema interamericano.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

III

Toda la problemática de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ha estado sustentada en la existencia de una supuesta distinción en la naturaleza de estos derechos *vis-à-vis* los derechos civiles y políticos[260]. Es posible que en los inicios de ese debate, quizás remontables hasta hace seis décadas, la comprensión sobre los derechos humanos, y el contexto, no hayan permitido advertir que tales diferencias no existen.

Semejante afirmación no debe considerarse como una acusación a la falta de inteligencia o de sensibilidad de quienes impulsaban, alimentaban y sostenían tales debates. Simplemente es que el proceso de conocimiento, como cualquier otra manifestación de la realidad, debe ser comprendida dentro de las limitaciones que ofrece su contexto.

En particular si se toma en cuenta que durante tales épocas –consistentes con la creación de las nuevas organizaciones internacionales– el avance jurídico internacional tenía que debatirse diariamente en intensa lucha con la idea de soberanía, es de suponer que muchos entendimientos de aquella época fueron resultantes de la contradicción dialéctica apuntada. En algunas ocasiones esa contradicción dialéctica tuvo como resultado un importante avance de las –entonces– nuevas tendencias del derecho internacional emergente[261], pero en otros

260 Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, 2004, p. 21. En sus palabras, cuya claridad es valiosa en sí, se asegura: "Quienes afirman la tesis de un 'defecto de nacimiento' de los derechos económicos, sociales y culturales en tanto pretendidos derechos, creen ver en su naturaleza el origen de la imposibilidad de alcanzar su exigibilidad. Los argumentos esgrimidos por los objetores de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales parten, entonces, de diferenciar la naturaleza de estos derechos con la de los derechos civiles y políticos".

261 Un ejemplo de ese progreso puede apreciarse en el Art. 25 de la Carta de las Naciones Unidas, mediante el cual los Estados *acuerdan* aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad, de conformidad con

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

ámbitos la resultante de la relación dialéctica no se decantó precisamente en el mismo sentido, sino en su opuesto[262]. En ese entendimiento, un error central de esta publicación sería trasladar los argumentos que se han invocado como demostrativos de la diferencia de naturaleza entre los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales[263]; al contrario

el texto de la Carta. Sin embargo, debe apreciarse que el lenguaje de la época da cuenta de una noción de soberanía exponencialmente fuerte, ya que la obediencia a las decisiones del Consejo de Seguridad se hace como resultado del voluntarismo de los Estados, pues es el resultado de un pacto entre ellos; además, la falta de una norma similar en lo que atañe a los restantes órganos de Naciones Unidas, se ha traducido como un entendimiento que sus decisiones no son obligatorias *per se* más que acatables por la *buena fe* estatal; y precisamente su falta de obligatoriedad es consecuencia de la noción de soberanía –nada por encima del Estado, a menos que el Estado lo autorice–.

262 Un buen ejemplo sobre tal punto se apreció con el debate relacionado con las reservas formuladas a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, donde se hacía imperar el principio de integralidad del tratado, reflejo fiel de una soberanía superlativa, que se oponía a la vigencia de este instrumento que conceptualizaba un nuevo orden internacional en el entendimiento y conciencia jurídica. Ese tensionamiento dialéctico tuvo que ser resuelto –valerosamente– por la Corte Internacional de Justicia, y sirvió posteriormente como base para la creación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que codificó muchos aspectos del derecho internacional general sobre la materia, pero que recepcionó nuevos paradigmas que aminoraban el influjo de una dominante visión de soberanía superlativa, como el principio de universalidad del tratado –precisamente en el ámbito de las reservas– o como la tendencia interpretativa de buscar el sentido objetivo de la norma, y el reconocimiento sobre la existencia de las normas del *ius cogens*. Ver: Urquilla Bonilla, Carlos Rafael, *El derecho internacional y el derecho interno en el ámbito de los derechos humanos*: *La construcción del derecho de los derechos humanos*, en I Certamen Literario sobre Derecho Constitucional, Penal y Social, San Salvador, Comisión Coordinadora del Sector Justicia de El Salvador, 2006, pp. 84-91.

263 Ver: Van Boven, Theodoor C., "Distinguishing Criteria of Human Rights", en: *The International Dimensions of Human Rights*, Volume I, Karel Vasak, 1982, p. 49. En palabras del brillante profesor holandés Van Boven: "The concept of human rights is very much the product of history and of human civilisation and as such is subject to evolution and change. In fact, the development of human rights has gone through various stages [...]"

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

una revisión crítica de estos con el propósito de discernir su grado de actualidad, se impone como condición necesaria para la fundamentación de la propuesta final sobre la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano.

A. Los argumentos de la distinción

Para fundamentar la distinción entre derechos civiles y políticos, y derechos económicos, sociales y culturales, y afirmar que ambos son de una naturaleza diferente, se utilizaron los siguientes argumentos: los derechos civiles y políticos son de realización inmediata, justiciables, no implican erogaciones estatales, y son generadores de obligaciones negativas; los derechos económicos, sociales y culturales serían, *contrario sensu*, de realización progresiva, no justiciables, implicaban erogaciones estatales, y son generadores de obligaciones positivas[264].

No es sintomático advertir que los argumentos reseñados hayan podido tener cierto grado de asertividad en el momento de su formulación. No obstante, el progreso del Derecho observado desde entonces, y en particular la creciente evolución e instauración de una visión antropocentrista como elemento de validez jurídica, hacen que en la actualidad estos argumentos tengan, al menos en la visión más conservadurista y originalista, que ser sometidos a cierta criticidad.

1. Realización inmediata *versus* realización progresiva

La realización de un derecho humano quiere señalar si los deberes generados por la obligación se satisfacen. Un derecho se ha realizado cuando tales obligaciones se cumplen, y mientras no se cumplan se dirá que tal derecho no se ha realizado. Hablar de una realización inmediata o progresiva implica una reflexión sobre la modalidad de la realización, *i. e.*, si el cumplimiento de

264 *Ibidem*, p. 50. Ver: Eide, *supra* nota 56, p. 10.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

las obligaciones se hace de una sola vez, o si se hace gradual y escalonadamente, lo primero es una *realización inmediata* y lo segundo, una *realización progresiva*.

Sin embargo, lo que la reflexión jurídica no menciona es que la realización inmediata o progresiva de un derecho está condicionada al carácter abierto de sus obligaciones, es decir, a que el contenido de estas no se encuentre desarrollado con conceptos herméticos, sino más bien con conceptos que se modifican según las circunstancias.

Los partidarios de la distinción entre derechos a partir de la idea de la realización sugieren que los derechos civiles y políticos son de realización inmediata. Quiere decir esto que el contenido de la obligación es cerrado, y una vez logrado y alcanzado, la obligación se extingue por su cumplimiento. En oposición, los derechos económicos, sociales y culturales, al ser de realización progresiva, suponen obligaciones persistentes en el tiempo que gradualmente avanzarán hasta lograr el cumplimiento pleno de la obligación.

Esta distinción tendría bases sólidas, si la realidad fuera estática. El entendimiento de los derechos humanos se actualiza en el tiempo, de donde no es posible afirmar que un derecho se cumplió –o que se satisficieron las obligaciones que lo integraban– sino que gradual y progresivamente tendrá que ir observándose, conforme avance el estándar de su realización. Normativamente esto se traduce en la técnica de la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, que permiten que con el avance histórico, bajo el mismo concepto se integren nuevas obligaciones específicas.

Finalmente, la noción de la realización progresiva –que se atribuye exclusivamente a los derechos económicos, sociales y culturales– puede estar asociada a si los derechos se cumplen en un sentido programático, es decir, gradualmente[265]. Pero aún así, los derechos civiles y políticos también necesitan, para su

265 Eide, *supra* nota 56, p. 10.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

debida observancia, que existan programas gubernamentales que generen las condiciones que permitan esa debida observancia. Esto es así ya no por la naturaleza civil o política, o económica, social o cultural, que tenga un derecho, es así porque el fenómeno jurídico como tal tiene esa particularidad. Precisamente es así la realidad –tan ampliamente conocida en su dinámica por los Estados– que en materia de derechos humanos existe el deber de garantía que es aplicable a todos los derechos, sin distinción alguna, como lo demuestran el artículo 2 de la Convención Americana, y el artículo 2 del Protocolo de San Salvador, según el cual en ausencia de la debida garantía a los derechos, los Estados se comprometen a adoptar las medidas necesarias para hacerlos efectivos, cualquiera sea el carácter que tales medidas requieran. Y el deber de garantizar es de tal importancia que ante una violación de un derecho humano que genere responsabilidad del Estado, una de las consecuencias jurídicas derivadas de tal responsabilidad, además del restablecimiento del derecho conculcado –en caso de ser posible-, es justamente la observancia del deber de garantía en todo su alcance.

El carácter trascendental del deber de garantía –que es presupuesto de observancia de los derechos, y consecuencia derivada de la responsabilidad del Estado– precisamente se aprecia en las medidas de reparación que la Corte Interamericana despliega en los casos tutelados de derechos civiles y políticos, lo que evidencia que su plena observancia no es un asunto de realización inmediata, pues requieren, *inter alia*, esfuerzos de capacitación[266],

266 *Inter alia*: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Gutiérrez Soler contra Colombia Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 12 de septiembre de 2005. Serie C, Nº 132, párrs. 106-110, con relación al estudio de la jurisprudencia interamericana dirigido a la formación del personal de justicia militar y al personal militar, y con relación a la utilización de Protocolo de Estambul en la formación del personal que ejerce la función de medicatura forense y otras funciones en el ámbito de la justicia. Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso William Vila García y otros contra Colombia (Masacres de Ituango). Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 1 de julio de 2006. Serie C, Nº 148, párr. 409, con relación al estudio de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario respecto de las fuerzas armadas colombianas; Corte Interamericana de

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

dotación de recursos adecuados a entidades estatales[267], modificaciones legislativas,[268] e incluso modificaciones de índole constitucional[269]. Estos elementos, citados únicamente con un propósito ilustrativo, acreditan que la observancia adecuada de los derechos civiles y políticos es, por antonomasia, de realización progresiva, como la que se acredita a los derechos económicos, sociales y culturales.

Los ejemplos citados manifiestan que la observancia debida y adecuada de los derechos civiles y políticos también se condiciona a la creación y generación de condiciones que favorezcan su realización completa, las que no se logran de una manera inmediata, sino que presuponen diferentes actos orientados hacia ese propósito de manera razonable. La idea de

Derechos Humanos, *Caso Hugo Muñoz Sánchez y otros contra Perú (La Cantuta). Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 29 de noviembre de 2006. Serie C, Nº 162, párrs. 239-242, respecto del uso de la fuerza y los derechos humanos en situaciones generales, de conflicto armado y de terrorismo, y al personal asociado a la administración de justicia en cuanto a la protección judicial de los derechos humanos; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Jaime Bardale Rengifo contra Perú (Penal Castro Castro). Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 25 de noviembre de 2006. Serie C, Nº 160, párrs. 451-452; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Montero Aranguren y otros contra Venezuela (Retén de Catia). Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 5 de julio de 2006. Serie C, Nº 150, párrs. 147-149, con relación al ejercicio de funciones penitenciarias; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Yean y Bosico contra República Dominicana. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 8 de septiembre de 2005. Serie C, Nº 130, párr. 242, sobre el principio de igualdad y no discriminación dirigido a los funcionarios encargados de la inscripción de nacimientos.

267 Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ticona Estrada contra Bolivia. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 27 de noviembre de 2008. Serie C, Nº 191, párr. 173, para facilitar la investigación de casos de desaparición forzada de personas.

268 *Caso Herrera Ulloa contra Costa Rica*, *supra* nota 290, párrs. 165-167 y 198.

269 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Juan Pablo Olmedo Bustos y otros contra Chile (La Última Tentación de Cristo). Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 5 de febrero de 2001. Serie C, Nº 73, párrs. 72 y 98.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

la realización progresiva como nota distintiva de los derechos económicos, sociales y culturales es errónea, toda vez que esa característica es igualmente predicable de los derechos civiles y políticos. En realidad, más que hablar de una realización progresiva como característica de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, habría que hablar de un deber general de garantía de los derechos humanos, que se integra de variadas obligaciones de medio, las cuales no pueden ser enumeradas taxativamente, pero sí pueden ser medidas, en su naturaleza de obligaciones de medio, por el grado de pertinencia que presentan para lograr la realización del derecho.

2. Justiciabilidad *versus* no-justiciabilidad

Aunque el propósito central de esta publicación es la demostración del carácter justiciable de los derechos económicos, sociales y culturales, igual que la de los derechos civiles y políticos, la discusión con relación a la justiciabilidad directa de estos se hace a lo largo de todas sus páginas. Sin embargo, es útil hacer algún tipo de comentarios puntuales que manifiestan y desvirtúan la idea de la justiciabilidad como categoría exclusiva de los derechos civiles y políticos o, dichas las cosas *contrario sensu*, que manifiestan y desvirtúan el carácter no justiciable de los derechos económicos, sociales y culturales.

La primera de esas manifestaciones se encuentra en los propios desarrollos logrados en las dinámicas judiciales en el interior de los Estados. No interesa hacer un recuento pormenorizado de estas –por otra parte ya realizado en diferentes publicaciones–, solo destacar que ellas sostienen la idea de su justiciabilidad[270]. La segunda de esas manifestaciones se proyecta ya en el plano internacional, y concretamente con la reciente aprobación por parte de la Asamblea General de Naciones Unidas del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos

270 Múltiples ejemplos son citados en: International Commission of Jurists, *Courts and The Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights – Comparative Experiences of Justiciability*, Human Rights and Rule of Law Series, Nº 2 (ICJ ed., 2008), pp. 23-64.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

Económicos, Sociales y Culturales (en adelante se lo denominará "Protocolo Facultativo", y al instrumento sustantivo "Pacto Internacional").

Uno de los elementos más destacables del Protocolo Facultativo es que atribuye competencia *ratione materiæ* al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el ámbito de Naciones Unidas, para recibir y examinar comunicaciones[271] en las que personas o grupos de personas que aleguen ser víctimas de violaciones a cualquier de los derechos económicos, sociales y culturales que se enuncian en el Pacto Internacional[272], y con la observancia de varios requisitos de admisibilidad, incluyendo el previo agotamiento de los remedios domésticos[273], denuncien el comportamiento estatal en búsqueda de medidas de reparación del derecho[274]. La actividad del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales consiste en considerar hasta qué punto son razonables las medidas adoptadas por el Estado, teniendo presente que puede adoptar una amplia gama de medidas, no existiendo necesariamente una sola medida que deba ser adoptada[275]. En ese sentido se tratará de una valoración sobre la pertinencia de las medidas que el Estado haya adoptado, lo que pone de manifiesto que la justiciabilidad de estos derechos no sólo es posible, sino que, como anteriormente quedó expresado, se debe realizar atendiendo a la naturaleza de obligaciones de medio que integran el deber de garantía de los derechos humanos.

La aprobación por parte de la Asamblea General de Naciones Unidas del Protocolo Facultativo es uno de los hitos que deberán agregarse a las efemérides de los derechos humanos. Así como en su oportunidad la aprobación de la Convención Internacional

271 Art. 1 del Protocolo Facultativo.

272 Art. 2 del Protocolo Facultativo.

273 Art. 3, inciso 1 del Protocolo Facultativo.

274 Art. 9, inciso 1 del Protocolo Facultativo. Cabe advertir que su texto no menciona la obligación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de establecer medidas de reparación, pero siguiendo la práctica de otros Comités, es predecible que al menos ciertas modalidades de reparación adoptarán la forma de recomendaciones al Estado.

275 Art. 8, inciso 4 del Protocolo Facultativo.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, no sólo emergía como primer tratado explícito de derechos humanos, sino que contaba con un mecanismo de supervisión internacional que podría operar para recibir quejas individuales por su incumplimiento –reconociendo al ser humano una especie de *jus standi*–, y rompía con abultados paradigmas relacionados con la soberanía estatal; el Protocolo Facultativo hace lo propio respecto de las argumentaciones que históricamente han conspirado en contra de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

A este respecto es importante, además, hacer ciertas aclaraciones cuya ausencia –o falta de análisis crítico–, puede llevar a una confusión sobre las posibilidades de justiciabilidad en el sistema interamericano. Particularmente se trata de la utilización de los diferentes elementos interpretativos desarrollados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en sus diferentes Observaciones Generales, llamadas en inglés "General Comments". La utilización de tales criterios debe hacerse teniendo en cuenta las especificidades de los sistemas, de manera que su traslación y uso al Sistema Interamericano debe hacerse *con beneficio de inventario*. En su esfuerzo interpretativo el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha identificado que la obligación de adoptar medidas que contempla el artículo 1 del Pacto Internacional –equivalente a la del artículo 2 del Protocolo de San Salvador y a la del artículo 26 de la Convención Americana– puede escindirse en dos tipos de medidas, unas de efecto inmediato y otras ligadas a la realización progresiva de los derechos[276], y dentro de las primeras se encuentran *al menos* dos[277], que implican, la obligación de

276 U.N Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *The Nature of States Parties Obligations (Art. 2 pr. 1 of the Covenant)*, General Comment Nº 3, E/C.12/1990/8 Annex III, p. 83, pr. 1. En sus palabras textuales: "[While] the Covenant provides for progressive realization and acknowledges the constraints due to the limits of available resources, it also imposes various obligations which are of immediate effect".

277 *Ibidem*. No son *sólo dos* como erradamente puede pensarse. En la lectura del texto transcrito en el párrafo que antecede se aprecia que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se refiere a "varias obligaciones que son de efecto inmediato". Sin embargo *dos de ellas* son

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

garantizar no discriminación en el ejercicio de los derechos que se enuncian en el Pacto Internacional[278], y la obligación de adoptar medidas[279]. Lo que no encuentra un asidero jurídico es el entendimiento de que sólo las obligaciones de efecto inmediato son justiciables[280], sustentándose en que las vinculadas más directamente con la realización progresiva, se adoptan por los órganos políticos del Estado, como el poder legislativo o el poder ejecutivo, lo que resultaría en una actualización de la doctrina de *political questions*, cuyo último punto de soporte es la separación de poderes.

En las modernas teorías constitucionales las *political questions* no son ya un límite para la intervención del poder judicial como mecanismo de control de la separación de poderes. Al contrario, lo que resulta evidente es que dejar ciertas áreas de la actuación estatal en la completa inmunidad frente a la actuación del poder judicial, es una desnaturalización de la separación de poderes, porque implicaría que uno de los poderes separados –el poder judicial– debe adoptar una postura inercial o pasiva frente a las actuaciones –o ciertas actuaciones– de los restantes poderes estatales. Aún cuando se reconozca que los denominados poderes políticos poseen importantes márgenes de apreciación para cumplir con sus mandatos –en especial mandatos de índole constitucional– las posibilidades de intervención del poder judicial no son nulas, sino más bien limitadas, incluso a criterios como el de la razonabilidad[281].

---

de particular importancia para comprender la naturaleza exacta de las obligaciones de los Estados Partes.

278 *Ibidem*.

279 *Ibidem*, párr. 2.

280 Cfr.: *Courts and The Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights – Comparative Experiences of Justiciability,* nota 300, p. 26. La Comisión Internacional de Juristas afirma: "This distinction is also relevant for justiciability, because it means that compliance with immediate obligations can directly be assessed by adjudicatory bodies, thereby refuting the idea that the whole content of [economic, social and cultural] rights is left to the discretion of the political branches of the State".

281 Supóngase que en un Estado cualquiera el Poder Ejecutivo ha decidido modificar el sistema procesal civil y mercantil, para lo cual ha elaborado

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

De esta forma, aunque se acepte la escisión de obligaciones que plantea el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, no es posible afirmar que haya obligaciones ausentes de la posibilidad de ser residencias, para su control, dentro de la técnica y metodología jurisdiccional, aunque por supuesto, la posibilidad de decidir por la vía del método judicial el contenido ideal de las obligaciones sujetas a control jurisdiccional puede variar, llegándose en algunos casos a un control de límites o extremos, y no a un control de perfectibilidad de la conducta. Así, la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano, puede implicar, respecto de las obligaciones de efecto inmediato, un pronunciamiento correctivo o de perfectibilidad de la conducta, mientras que, respecto de las obligaciones asociadas a la realización progresiva, un control de límites o extremos.

Así, al suponer la existencia de un Estado X que garantiza la gratuidad de la educación primaria, y un niño W que iniciará su primer contacto con el sistema de educación formal, y que procede de una familia de escasos recursos, no se encontraría nada de extraño que por la vía de una actuación judicial –por ejemplo, la Corte Interamericana– se anule una directriz educativa regulatoria del uniforme escolar como condición de ingreso al centro de enseñanza si, en las condiciones concretas de la familia de W,

un anteproyecto de Código de Procedimientos Civiles y Mercantiles que ha presentado al cuerpo legislativo para su discusión y aprobación. El cuerpo legislativo, en su potestad, decide establecer que la notificación de las sentencias dictadas en primera instancia se hará los días viernes de cada semana, entre las 9:00 a.m. y las 11:00 a.m., en el Estado Nacional. Es evidente que el margen de apreciación legislativo encuentra límites en la razonabilidad de las circunstancias. En la actualidad si existen vías y mecanismos que pueden garantizar la fiabilidad de las comunicaciones judiciales con su destinatario –buzón judicial, fax, correo electrónico con certificado digital, etc.– qué razón justifica adoptar un mecanismo que establece un estándar menor de fiabilidad. El Poder Judicial, en el caso del ejemplo, quizás no podría sustituir la voluntad legislativa y enmendar el vicio de razonabilidad, pero podría, al menos, restar la validez a la voluntad legislativa irrazonable. Sin embargo, en la reflexión teórica como práctica del derecho procesal constitucional se observan cada vez más sentencias que tienen un efecto normativo correctivo de la voluntad legislativa.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

no hay posibilidad de adquirir los uniformes reglamentarios, o incluso se obligue al Estado a proveer directamente al niño W de los uniformes reglamentarios. Cualquiera de las dos soluciones es perfectamente válida y cualquiera de ellas, además, es correctiva de la actuación estatal.

Ahora bien, si el niño W vive en el asentamiento poblacional A, separado del asiento poblacional B por 25 Kilómetros sin que existan vías ni medios de transporte entre uno y otro, existe además el asiento poblacional C comunicado con A por una carretera de 175 kilómetros, de forma que el único centro de enseñanza se encuentra en C, lo que hace que la escuela sea inaccesible materialmente a W, ante la situación el Estado X decide habilitar una escuela en B, lo que reduce la distancia en 150 kilómetros, aunque mantiene la ausencia de vías y medios de transporte entre A y B; en tal escenario no se encuentra nada que inhiba al poder judicial a actuar, sólo que en este caso no podrá adoptar la decisión correctiva –habilitar una escuela en A, o paralelamente a la habilitación de la escuela en B abrir una vía de comunicación entre A y B e implementar transporte público por ella– sino una decisión meramente de límites al indicarle a la administración pública que la apertura de la escuela en B no corrige en nada el problema de accesibilidad educativa de W.

Los ejemplos anteriores ponen de manifiesto que no hay nada en la naturaleza de las obligaciones de los derechos económicos, sociales y culturales que permita inhibir su justiciabilidad. Al contrario, las experiencias del Sistema Interamericano dan cuenta de situaciones en las que determinadas conductas estatales son analizadas como un juicio de límites –es decir, precisandose que la conducta está dentro de ciertos límites aceptables por la norma– obligándose al Estado a ajustarse a estos, sin indicarle cuál sería la conducta que provea el ajuste perfecto –lo que equivaldría a un ajuste de perfectibilidad–[282]. Entre ambos tipos de obligaciones

282 *Caso Herrera Ulloa contra Costa Rica*. Op. Cit. En este caso, por ejemplo, la Corte Interamericana señaló que el recurso de casación contra la sentencia penal condenatoria no se ajustaba a los límites del Art. 8, inciso 2, *h* de la Convención Americana, en el sentido de facilitar una revisión integral de la sentencia, estableciéndole como obligación la

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

no hay una naturaleza que haga excluir la justiciabilidad de estas, aunque sí existen maneras o metodologías jurisdiccionales diferentes para poder abordarlas. En todo caso, lo que resulta como conclusión es que los derechos económicos, sociales y culturales son justiciables como los son los derechos civiles y políticos[283].

---

adecuación del sistema recursivo a esos límites, sin indicarle cómo sería la regulación ideal de un sistema recursivo conforme con la Convención Americana. Por contraste, al tratar de casos de niños desaparecidos forzadamente en contextos de conflicto armados internos, la Corte Interamericana ha indicado que una medida pertinente para satisfacer la obligación del Estado de investigar el paradero de los niños, lo constituye un banco de huellas genéticas, ordenando su establecimiento, ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Molina Theissen contra Guatemala*. *Reparaciones y costas*. Sentencia del 3 de julio de 2004. Serie C, Nº 108, párrs. 90 y 91, inciso *b*; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador*. *Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 1 de marzo de 2005. Serie C, Nº 120, párrs. 192-193.

283 *Caso Yean y Bosico*, Op. Cit. párrs. 239-241. Un valioso ejemplo se plasma ahí que evidencia cómo la tutela de un derecho civil y político –el derecho a la nacionalidad– puede llevar a la Corte Interamericana, incluso, a determinar minuciosamente la conducta del Estado, en algunos puntos, y otros dejarlos librados a su margen de apreciación:

> Esta Corte considera que la República Dominicana debe adoptar en su derecho interno, dentro de un plazo razonable, de acuerdo con el artículo 2 de la Convención Americana, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para regular el procedimiento y los requisitos conducentes a adquirir la nacionalidad dominicana, mediante la declaración tardía de nacimiento. Dicho procedimiento debe ser sencillo, accesible y razonable, en consideración de que, de otra forma, los solicitantes pudieran quedar en condición de ser apátridas. Además, debe existir un recurso efectivo para los casos en que sea denegada la solicitud [...] al fijar los requisitos para la inscripción tardía de nacimiento, deberá tomar en cuenta la situación especialmente vulnerable de los niños dominicanos de ascendencia haitiana. Los requisitos exigidos no deben constituir un obstáculo para obtener la nacionalidad dominicana y deben ser solamente los indispensables para establecer que el nacimiento ocurrió en la República Dominicana. Al respecto, la identificación del padre o de la madre del niño no puede estar limitada a la presentación de la cédula de identidad y electoral, sino que el Estado debe aceptar, para tal fin, otro documento

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha expresado la misma conclusión con la siguiente línea argumentativa[284]:

> En lo relativo a los derechos civiles y políticos, generalmente se da por supuesto que es fundamental la existencia de recursos judiciales frente a las violaciones de esos derechos. Lamentablemente, en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, con demasiada frecuencia se parte del supuesto contrario. Esta discrepancia no está justificada [...] por la naturaleza de los derechos [...] A este respecto, es importante distinguir entre justiciabilidad (que se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales) y las normas de aplicación inmediata (que permiten su aplicación por los tribunales sin más disquisiciones) [...] A veces se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales. Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles. La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles

público apropiado, ya que la referida cédula es exclusiva de los ciudadanos dominicanos. Asimismo, los requisitos deben estar claramente determinados, ser uniformes y no dejar su aplicación sujeta a la discrecionalidad de los funcionarios del Estado, garantizándose así la seguridad jurídica de las personas que recurran a este procedimiento, y para una efectiva garantía de los derechos consagrados en la Convención Americana, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención [Americana] [...] el Estado debe adoptar las medidas necesarias y permanentes que faciliten la inscripción temprana y oportuna de los menores, independientemente de su ascendencia u origen, con el propósito de reducir el número de personas que recurran al trámite de inscripción tardía de nacimiento.

284 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *La aplicación interna del pacto*, Observación General Nº 9, E/C.12/1998/24, p. 4, párr. 10.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad.

3. Gratuidad *versus* erogaciones

Uno de los argumentos más notoriamente falsos e infundados es el de la pretendida gratuidad de la realización de los derechos civiles y políticos en comparación con la necesaria erogación de fondos públicos que supone la realización de los derechos económicos, sociales y culturales.

Los ejemplos que se han mencionado con anterioridad dan información suficiente para desvirtuar esta supuesta nota distintiva entre los derechos referidos. La observancia de los derechos civiles y políticos no puede analizarse al margen de la obligación de garantizar que en todos sus supuestos implicará erogaciones con cargo a los fondos públicos estatales. Así, la actividad que pudiera parecer más básica, como emitir una legislación, sólo puede lograrse mediante el financiamiento del poder legislativo. E incluso, una obligación de simple abstención, como la de abstenerse de privar arbitrariamente de la vida a alguien, sólo puede cumplirse si, por ejemplo, el personal policial recibe la capacitación e instrucción suficiente sobre el uso de armas de fuego. Y vistas las cosas desde el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales, igualmente es necesario advertir que la realización de estos no está siempre condicionada a la idea de tumultuosas erogaciones de fondos estatales, como si la responsabilidad de realizar el derecho fuera exclusiva del Estado, así, por ejemplo, el derecho al trabajo no implica la obligación del Estado a ser empleador, y por ende a ser creador de fuentes de empleo; en ocasiones, su obligación se puede cumplir con opciones de poco costo económico directo para el Estado, como por ejemplo las implementación de algunas opciones de implementación de política monetaria que le permiten mantener condiciones estables para la inversión pública y privada, y que aseguren su crecimiento, como la reducción de las tasas de referencia para operaciones bancarias –con el resultado de disminuir o incrementar la liquidez, lo que

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

permite mantener condiciones estables de precios– o incluso el establecimiento de beneficios fiscales como la exoneración de impuestos, para la importación de bienes intermedios que favorezcan el crecimiento de algunos rubros dentro del sector industrial.

Esta idea de la gratuidad contrastada con la erogación de fondos públicos se origina, además, en un profundo error en la comprensión de las dinámicas sociales y económicas, inspiradas y estáticas, en un momento particular de *boom* del reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales, asociado al cambio de paradigma del Estado abstencionista con el de Estado interventor que creció paralelamente con la noción de Estado social de derecho. Conforme esta idea errada los derechos económicos, sociales y culturales deben ser satisfechos por el Estado[285]. En realidad la observancia plena de los derechos económicos, sociales y culturales está muy fuertemente ligada al desarrollo económico y social, del cual el ser humano, visto en su expresión más individual, es el actor protagónico[286]. Pretender que la realización de los derechos económicos, sociales y culturales dependa exclusivamente de la realización que de estos pueda hacer el Estado es una postura que, en definitiva, tiende al nihilismo antropológico. Se trataría de una sustitución del ser humano por el Estado, una inversión de la lógica deontológica fundacional de la concepción democrática del Estado moderno.

El Estado es un contexto dentro del cual se realizan múltiples actividades entre seres humanos. Los seres humanos, antes de la creación del Estado, autosatisfacían muchas de sus necesidades básicas, lo que demuestra que, al menos desde una visión evolutiva, el Estado no está llamado *per se* a realizar los derechos económicos, sociales y culturales. Por el contrario, la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, descansa en la labor de los seres humanos, o en sus relaciones. El Estado realiza los derechos económicos, sociales y culturales de una manera subsidiaria. Aun en los esquemas de economía de planificación centralizada, las prestaciones directas que el Estado

285 Eide, nota 56, p. 23.

286 *Ibidem*.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

brindaba, como alimentación, vestido, vivienda y educación, estaban respaldados por el trabajo de los seres humanos. Eran las relaciones de trabajo, principalmente en el ámbito de la producción, las que permitían generar la riqueza socioeconómica suficiente que el Estado redistribuía bajo un pretendido sentido de igualitarismo.

La garantía de los derechos civiles y políticos, como la de los derechos económicos, sociales y culturales, siempre implica la movilización de recursos estatales, no es cierto que los primeros son gratuitos para el Estado.

4. Obligaciones negativas *versus* obligaciones positivas

Un último argumento empleado para pretender advertir una diferencia en la naturaleza de los derechos civiles y políticos frente a los derechos económicos, sociales y culturales, radica en la idea de que los primeros son generadores de obligaciones negativas o de abstención, mientras que los segundos lo son de obligaciones positivas. Sin embargo, Abramovich y Courtis afirman con absoluta claridad que[287]:

> Estas distinciones están basadas sobre una visión totalmente sesgada y "naturalista" del rol y funcionamiento del aparato estatal, que coincide con la posición decimonónica del Estado mínimo, garante exclusivamente de la justicia, la seguridad y la defensa. Sin embargo incluso para los pensadores más caracterizados de la economía política clásica, como Adam Smith y David Ricardo, resultaba más que obvia la interrelación entre las supuestas "obligaciones negativas" del Estado, en especial en materia de garantía de la libertad de comercio, y una larga serie de obligaciones positivas, vinculadas con el mantenimiento de las instituciones políticas, judiciales, de seguridad y defensa, necesarias como condición del ejercicio de la libertad individual.

287 Abramovich y Courtis, *supra* nota 1, p. 23.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

De manera que se trata, como en las anteriores ocasiones, de una distinción de bases falsas o aparentes. En el ámbito de los derechos civiles y políticos se reconoce la existencia de obligaciones positivas[288], e igualmente en el dominio de los derechos económicos, sociales y culturales el Estado hay obligaciones que son meramente de abstención[289]. Consecuentemente, no es posible trazar una línea divisoria exitosa entre los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales, sobre la base del análisis de las obligaciones negativas o positivas.

B. El abandono de la visión interamericana

Los sistemas internacionales de protección de derechos humanos tienen una tendencia hacia la complementariedad. Todos ellos se miran recíprocamente y, de una forma u otra, hay un intercambio de influjos que favorecen el crecimiento y desarrollo de cada uno de ellos. Las actuales posibilidades del intercambio de información y de la comunicación han estrechado las distancias que solían separar y aislar en antiguos momentos a los sistemas internacionales.

Es normal, por tanto, que con relación a los diferentes derechos, se dirija la mirada hacia los desarrollos que, principalmente por la vía jurisprudencial, se han ido produciendo en otros sistemas internacionales. Al fin de cuentas, el operador judicial no se encuentra inhibido, para los efectos de un mejor entendimiento en la interpretación normativa, de acudir a las técnicas comparativas del fenómeno jurídico.

Lo que no debería suceder es que un modelo de interpretación y entendimiento adoptado por un sistema internacional sea obviado, y en su lugar, sustituido por un modelo nacido en otro sistema internacional, que tiene una dinámica histórica y política

288 Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Villagrán Morales y otros (Niños de la Calle) contra Guatemala*. *Fondo*. Sentencia del 19 de noviembre de 1999. Serie C, Nº 63, párrs.144-145.

289 En esta perspectiva, el Art. 14, inciso 3 del Protocolo de San Salvador, claramente supone un nivel esencialmente de abstención.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

diferente. Es decir, la complementariedad de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos debe hacerse sin perder la individualidad de cada sistema que lo hace único y diferenciable frente a los demás.

No es sorpresivo que el Sistema Interamericano haya mantenido un amplio silencio histórico en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Y ese silencio quizás es la justificación que permite la licencia para tomar el modelo de interpretación y entendimiento que doctrinaria y jurisprudencialmente se ha ido elaborando para explicar el sistema universal en lo que atañe a los derechos económicos, sociales y culturales. Este modelo fue planteado inicialmente desde una visión doctrinaria[290], para luego ser asumido como modelo jurisprudencial de análisis en el marco del sistema universal[291].

290 Abramovich y Courtis, nota 1, pp. 28-29. Atribuida a Van Hoof, la propuesta tendría cuatro niveles de obligaciones, a saber: respetar, proteger, garantizar y promover, y así afirman: "Las obligaciones de *respetar* se definen por el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho. Las obligaciones de *proteger* consisten en impedir que terceros injieran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes. Las obligaciones de *garantizar* suponen asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo. Las obligaciones de *promover* se caracterizan por el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien". (Las cursivas son agregadas.)

291 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *El derecho a una alimentación adecuada (Art. 11)*, Observación General Nº 12, E/C.12/1999/5, p. 5, párr. 15. En su texto se lee:

> [Cualquier 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*. La obligación de respetar [un derecho humano] requiere que los Estados no adopten medidas de ningún tipo que tengan por resultado [afectar tal derecho]. 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 [derecho]. 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 [...]. Por último, cuando un individuo o un grupo sea

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

Sin embargo, este modelo de análisis es innecesario en el ámbito del sistema interamericano, donde se han identificado claramente dos obligaciones generales que, por ende, son aplicables a todos los derechos reconocidos por sus instrumentos normativos. Se trata de las obligaciones de respeto y de garantía.

La *obligación de respeto*, en el esquema del sistema universal, es coincidente con la *obligación de respeto* en el esquema del sistema interamericano. Se resume en el sentido de que el Estado –los actos que le son imputables– no violente un derecho humano. Sin duda alguna, la obligación mucho más estratégica es la *obligación de garantizar*, porque su ámbito de cobertura, en la perspectiva del sistema interamericano, es sumamente abarcadora. En el ámbito del sistema interamericano, la *obligación de garantizar* implica un nivel preventivo que proyecta sus efectos tanto en la relaciones Estado-individuo, como en las relaciones individuo-individuo, pero además busca la investigación de una violación, la deducción de consecuencias jurídicas para los responsables de estas, así como las posibilidades de reparación en caso de violaciones; en este punto, la *obligación de garantizar* del Sistema Interamericano implica los alcances de la llamada *obligación de protección* empleada en el sistema universal.

Por otra parte, la *obligación de garantizar* que existe en el Sistema Interamericano, es un aseguramiento de generación de condiciones para que el derecho pueda ejercerse, condiciones que pueden implicar la modificación de instrumentos legales, pero que, según las circunstancias, pueden implicar muchas otras conductas o comportamientos estatales. Es el ser humano el titular de los derechos, y el que los goza, y el Estado es garante de él, protegiéndolos y propiciando el escenario para que puedan ejercerse. En tal sentido, la *obligación de garantizar* que está contemplada en el Sistema Interamericano incluye el alcance que identifica a la *obligación de promover (o realizar/facilitar)*

incapaz, por razones que escapen a su control, de disfrutar [un] derecho [...] 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.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

que se determina en el sistema universal; por supuesto que cuando la persona por sí misma no es capaz de satisfacer sus derechos, una vez que se han generado las condiciones para ello, el Estado debe cumplir con la realización en forma directa, así la *obligación de garantizar* del Sistema Interamericano también abarca la denominada *obligación de garantizar (o realizar/hacer efectivo)* del sistema universal.

Las ventajas para la utilización de las obligaciones de respeto y garantía, en la conceptualización del sistema interamericano, para el tratamiento y la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, descansan en un escenario de seguridad jurídica y de operatividad. Las obligaciones de respeto y garantía tienen un nivel de positivización del que carece el esquema de obligaciones del sistema universal. La obligación de respetar los derechos está implícita, y en la razón de ser, de cualquier instrumento de derechos humanos, mientras que la obligación de garantizar se encuentra expresamente señalada en los Arts. 1 y 2 de la Convención Americana y el Artículo 2 del Protocolo de San Salvador.

Por otra parte los órganos del sistema interamericano, están familiarizados con la utilización y los alcances de la obligación de garantizar, que como se ha visto en la jurisprudencia citada, no presenta problemas de implementación y control dentro de la noción de justiciabilidad.

Al contrario, el esquema de obligaciones del sistema universal, seguido abundantemente por la mayor parte de la doctrina y reflexiones interamericanas sobre los derechos económicos, sociales y culturales, no tienen positivización en el sistema interamericano, por lo que su utilización como parámetros para la justiciabilidad causaría severos problemas de legitimidad.

C. Bases para la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano

No son pocas las ocasiones en las que al hablar de derechos económicos, sociales y culturales, y su justiciabilidad en el

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

sistema interamericano, concurren diferentes manifestaciones e ideas. En verdad la justiciabilidad puede adoptar dos grandes caminos: una justiciabilidad directa y una justiciabilidad indirecta. La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales –que es la idea principal que anima esta publicación– es una invocación inmediata de tales derechos en la formulación de la pretensión. Por su parte, la justiciabilidad indirecta consiste en la búsqueda de una protección de los derechos económicos, sociales y culturales, mediante pretensiones jurídicas formuladas a partir de otros derechos que mediatizan el objeto verdadero de la tutela. En tal sentido Abramovich y Courtis determinan seis estrategias diferentes de justiciabilidad indirecta de los derechos económicos, sociales y culturales, a saber: protección de derechos económicos, sociales y culturales por la vía de la argumentación del principio de igualdad y la prohibición de discriminación[292]; protección de derechos económicos, sociales y culturales por la vía de las garantías del debido proceso[293]; protección de derechos económicos, sociales y culturales por la vía de la protección de derechos civiles y políticos[294]; protección de derechos económicos, sociales y culturales por la vía de protección de otros derechos económicos, sociales y culturales[295]; protección de derechos económicos, sociales y culturales por la vía de las limitaciones que se encuentran en los derechos civiles y políticos[296]; y protección de derechos económicos, sociales y culturales por la vía del acceso a la información[297].

Sin embargo, independientemente de cualquier otra hipótesis, la Convención Americana es la base para facilitar la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales. Para ello se hacen indispensables los incisos *b* y *d* del artículo 29 de la Convención Americana. De conformidad con estos incisos la interpretación de la Convención Americana no puede realizarse

292 Abramovich y Courtis, nota 1, pp. 169-179.
293 *Ibidem*, pp. 179-200.
294 *Ibidem*, pp. 200-220.
295 *Ibidem*, pp. 220-224.
296 *Ibidem*, pp. 224-235.
297 *Ibidem*, pp. 235-249.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/y63xug2s

de tal manera que se excluyan otros derechos reconocidos por otras fuentes jurídicas vigentes para un Estado Parte, ni tampoco excluyendo el efecto de, *inter alia*, la Declaración Americana.

En ese sentido lo que corresponde es el análisis del artículo 26 de la Convención Americana. Más allá de su texto inmediato en el sentido de que tal disposición obliga a adoptar medidas de desarrollo progresivo, se trata de un auténtico texto de reconocimiento *genérico* de derechos económicos, sociales y culturales. En el marco de su proceso de creación queda demostrado que la referencia a las *normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura* de la Carta de la OEA, fue una manera para referir a los derechos económicos, sociales y culturales.

Así las cosas, el artículo 26 de la Convención Americana es un continente, cuyo contenido proviene, esencialmente, de la Carta de la OEA, pero que, además, al ser interpretado, no puede obviar el contenido del Protocolo de San Salvador, ni el de la Declaración Americana, de manera que, las imperfecciones contenidas en las normas –ahora denominadas del desarrollo integral– de la Carta de la OEA, puedan ser interpretadas de tal forma que no excluyan los alcances de tales otras normas, e incluso, como la Declaración Americana posee un efecto integrador, ante el silencio que pueden ofrecer algunas normas, su contenido esencial y básico se encontrará en la Declaración Americana. El artículo 26 de la Convención Americana –junto con todo su amplio contenido– además forma parte de las normas que regulan la competencia *ratione materiæ* de los órganos del sistema interamericano. Esto permite que la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana puedan garantizar su contenido, haciendo de esta manera que los derechos económicos, sociales y culturales sean exigibles en el ámbito del sistema interamericano.

DR © 2009. Instituto Interamericano de Derechos Humanos
https://www.iidh.ed.cr/

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Asamblea General

(2007 - 2009)

Thomas Buergenthal
Presidente Honorario

Sonia Picado S.
Presidenta

Mónica Pinto
Vicepresidenta

Margareth E. Crahan
Vicepresidenta

Pedro Nikken
Consejero Permanente

Mayra Alarcón Alba
Line Bareiro
Lloyd G. Barnett
César Barros Leal
Allan Brewer-Carías
Marco Tulio Bruni-Celli
Antônio A. Cançado Trindade
Gisèle Côté-Harper
Mariano Fiallos Oyanguren
Héctor Fix-Zamudio
Robert K. Goldman
Claudio Grossman
María Elena Martínez
Juan E. Méndez
Sandra Morelli Rico
Elizabeth Odio Benito
Nina Pacari
Máximo Pacheco Gómez
Hernán Salgado Pesantes
Wendy Singh
Rodolfo Stavenhagen

Comisión Interamericana
de Derechos Humanos

Paolo G. Carozza
Luz Patricia Mejía
Felipe González
Florentín Meléndez
Víctor E. Abramovich
Clare Kamau Roberts
Paulo Sérgio Pinheiro

Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Cecilia Medina-Quiroga
Diego García-Sayán
Manuel E. Ventura Robles
Sergio García-Ramírez
Leonardo Franco
Margarette May Macaulay
Rhadys Abreu Blondet

Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo

Los programas y actividades del Instituto Interamericano de Derechos Humanos
son posibles por el aporte de agencias internacionales de cooperación, fundaciones,
organizaciones no gubernamentales, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias
y organismos de la Organización de los Estados Americanos, universidades y centros académicos.
Las diferentes contribuciones fortalecen la misión del IIDH, reforzando el pluralismo de
su acción educativa en valores democráticos y el respeto de los derechos humanos en las Américas.