

Por el Imperio del derecho



La Revista

Comisión Internacional de Juristas

*Derechos Económicos,
Sociales y Culturales
y el Papel de los Abogados*

Número

Bangalore, Octubre de 1995
Especial

Director : Adama Dieng

Diciembre de 1995

Nº 55

Como asociarse a la Comisión Internacional de Juristas

La Comisión Internacional de Juristas (CIJ) es una organización no gubernamental dedicada a promover la comprensión y observancia del Imperio del Derecho y la protección jurídica de los derechos humanos en todo el mundo.

Su sede central está ubicada en Ginebra, Suiza. Posee 75 secciones nacionales y organizaciones jurídicas afiliadas. Goza de estatuto consultivo ante el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, la UNESCO, el Consejo de Europa y la Organización de la Unidad Africana.

Sus actividades incluyen una serie de publicaciones periódicas y no periódicas; organización de congresos y seminarios; realización de estudios sobre temas que involucran el Imperio del Derecho y la publicación de informes sobre ello; el envío de observadores internacionales a juicios penales; intervenciones ante gobiernos y difusión de comunicados de prensa referidos a violaciones del Imperio del Derecho; el patrocinio de propuestas dentro de las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales para promover mecanismos y redactar tratados y convenciones tendientes a la protección de los derechos humanos.

Si usted simpatiza con los objetivos y la labor de la Comisión Internacional de Juristas, lo invitamos a apoyar su labor asociándose a ella, en calidad de:

Protector, contribución anual de	1000 Francos suizos
Simpatizante, contribución anual de	500 Francos suizos
Contribuyente, contribución anual de	220 Francos suizos

Los Socios cualquiera sea su categoría, recibirán por correo aéreo ejemplares de todos los informes y publicaciones especiales hechos por la CIJ, incluyendo La Revista, el boletín trimestral (ICJ Newsletter) en el que se da cuenta de las actividades de la Comisión (en inglés), y el Anuario CIJA (Centro para la Independencia de Jueces y Abogados) (en español, francés e inglés).

Suscriptores

Alternativamente, puede usted suscribirse solamente a LA REVISTA. Tarifa anual de suscripción, para la edición en español, francés o inglés:

Por correo aéreo	24 Francos suizos
Correo aéreo preferente	33 Francos suizos

El pago puede hacerse en Francos Suizos o en su equivalente en otras monedas, sea mediante cheque o a través de la Société de Banque Suisse, Ginebra, Suiza, cuenta N° 142.548; National Westminster Bank, 63 Piccadilly, London W1V OAJ, cuenta N° 11762837; ó Swiss Bank Corporation, 4 World Trade Center, New York, N.Y. 10048, cuenta N° 0-452-709727-00.

El Secretario General, responsable del editorial, actúa de conformidad con la política general definida por la Comisión.

Los artículos expresan la opinión de sus autores; su publicación por la Comisión implica que los mismos han sido considerados de interés general. No ostante, la Comisión se reserva el derecho de no aprobarlos en su totalidad. Los artículos no firmados, excepto el editorial, y salvo indicación expresa, han sido elaborados por el personal de la Comisión, bajo la dirección del Secretario General.

© Copyright, Comisión Internacional de Juristas (CIJ), 1995

ISSN 0303 - 9684

Índice

Introducción	7
Discurso de apertura del Sr. Shri A. M. Ahmadi <i>Presidente de la Corte Suprema de India</i>	11
Nuevo enfoque para supervisar la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales <i>Dra. Audrey R. Chapman</i>	19
América Latina: Desafíos frente a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales <i>Gustavo Gallón Giraldo</i>	37
Nueva senda para los derechos económicos, sociales y culturales <i>Diego Garcia-Sayan</i>	57
Panorama general de la función que incumbe a los abogados en la realización de los derechos económicos, sociales y culturales <i>Tokunbo Ige</i>	63
Derechos de los Pobres ¿Derechos pobres? Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales <i>Pierre-Henri Imbert</i>	67
Verificación del respeto de los derechos económicos, sociales y culturales <i>Kofi Kumado</i>	83
Justiciabilidad y más allá: Procedimientos de quejas y el derecho a la salud <i>Virginia A. Leary</i>	91

Los derechos económicos, sociales y culturales y la función de los juristas: la situación en Canadá, EE.UU. y México <i>David Matas</i>	111
Declaración de Bangalore y Plan de Acción de la Comisión Internacional de Juristas	131

Introducción

La Comisión Internacional de Juristas (CIJ) organizó una Conferencia sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el papel de los Abogados con respecto a ellos, en la ciudad de Bangalore, India. La conferencia se llevó a cabo entre el 23 y el 25 de octubre de 1995.

El objetivo de esta actividad era el de examinar, discutir y formular recomendaciones sobre una serie de aspectos relacionados con la «justiciabilidad» de los derechos económicos, sociales y culturales. También el de analizar el papel que corresponde a los abogados en asegurar el respeto de dichos derechos.

Este número Especial de la Revista contiene algunos de los documentos presentados por los participantes a la Conferencia de Bangalore. Contiene igualmente otros artículos escritos por expertos que no participaron en la conferencia, pero que en su vida profesional tratan cotidianamente este mismo tipo de cuestiones. Al final de esta publicación se incluye la *Declaración y Plan de Acción de Bangalore* que fuera adoptada por la Conferencia.

Más de 100 juristas de todos los continentes adoptaron la Declaración y Plan de Acción. En el documento se critica a los juristas por descuidar la protección de y el reclamo por el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales, a pesar de que resultan de

importancia vital para la humanidad. La Declaración sugiere que, por concentrar sus esfuerzos en el ámbito más familiar de los derechos civiles y políticos, dejando al margen otros derechos humanos de importancia para la gente, los abogados y los jueces descuidaron las posibilidades ofrecidas por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y los retos que presenta. En ocasión de la Conferencia, Adama Dieng, Secretario General de la CIJ declaró:

«No estamos rebajando la importancia de los derechos civiles y políticos. Estamos simplemente apelando a los jueces y abogados en todas partes del mundo a que comprendan el legítimo papel que cabe al derecho para tratar las vitales cuestiones que plantean los derechos económicos, sociales y culturales. Para el ciudadano común, que nunca ha entrado a un tribunal de justicia o a una estación de policía, los derechos humanos que más le urgen son a menudo aquellos que le permiten acceder a la asistencia médica, la educación, alimentación y vivienda. La reunión en India constituye un recordatorio oportuno de las vías por las que la profesión jurídica y el sistema de administración de justicia pueden usar los procedimientos

legales para estimular el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales. Los abogados y tribunales de la India han a menudo mostrado la vía para lograrlo. Todos podemos aprender de la India y llevar este mensaje a los jueces y abogados en todas partes del mundo.»

El Plan de Acción de Bangalore propone iniciativas a diferentes niveles

Al nivel internacional, la conferencia hizo un llamado a la ratificación universal del PIDESC. Criticó a las organizaciones internacionales por no haber hecho en el pasado mayores esfuerzos para constatar violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales e informar y alertar a las Naciones Unidas al respecto. La Conferencia urgió una inversión total de esta tendencia. Urgió también la inmediata adopción de un Protocolo facultativo al PIDESC, que otorgue a las ONG y los individuos un mecanismo para presentar sus quejas directamente ante las Naciones Unidas. El disfrute universal de los derechos económicos, sociales y culturales implica, en particular, que deben adoptarse medidas con urgencia a fin de frenar la pesada carga de los gastos militares y asegurar el control del comercio internacional de armamentos. Fueron consideradas como necesidades urgentes, el combatir la corrupción y la colocación en el exterior de fondos provenientes de la corrupción, así como también fortalecer la posición de la mujer en la sociedad.

A nivel nacional, el documento subraya el papel central de un sistema independiente de administración de justicia en la efectiva puesta en práctica de los derechos a que nos referimos. Al mismo tiempo que los participantes señalaron que el sistema judicial no constituye el único medio para proteger tales derechos, declararon que un sistema independiente de administración de justicia es sin embargo esencial para lograr que los juristas agreguen impacto a las leyes que garantizan dichos derechos. Jueces, abogados, funcionarios gubernamentales e instituciones jurídicas deberían ser mas vigilantes con respecto a sus obligaciones en este campo de los derechos humanos. Deberían crearse esquemas y mecanismos de consejo y asistencia jurídica públicos e independientes para los casos apropiados y los miembros de la profesión jurídica deberían proporcionar mayor cantidad de servicios gratuitos. Fueron también considerados por los participantes como absolutamente necesarios: el fortalecimiento de grupos desaventajados; la necesidad de programas educativos; la necesidad de que los jueces tengan en cuenta y apliquen las normas internacionales pertinentes en sus respectivos países; la necesidad de incorporar tales normas en el derecho interno, revisando la legislación existente a fin de hacerla mas precisa, y por consecuencia, justiciable.

En cuanto al nivel individual, se reafirmó que los juristas no debían concentrar sus esfuerzos solamente en los derechos civiles y políticos, como lo habían hecho en el pasado, sino también desempeñar un papel central en el logro del respeto de los derechos

económicos, sociales y culturales. Los juristas deberían trabajar en estrecho contacto con las instituciones de la sociedad civil, a fin de colaborar en promover la aplicación del PIDESC y

otros tratados relevantes. Por último, se subrayó que podría ser extremadamente útil el establecimiento de instituciones del tipo del Ombudsman (Defensor del Pueblo).

Discurso de apertura del Sr. Shri A. M. Ahmadi*

Presidente de la Corte Suprema de India

Sr. Justice Michael Kirby, Sr. Fali Nariman, Sr. Justice Bopanna, Sr. Adama Dieng, excelencias, distinguidos anfitriones, delegados e invitados, señoras y señores.

Es para mí un gran honor y singular privilegio haber sido invitado a pronunciar el discurso de apertura ante tan augusta asamblea, reunida con los auspicios de la Comisión Internacional de Juristas para deliberar acerca de los derechos económicos, sociales y culturales y la función que les cumple a los abogados respecto a los mismos. El tema principal de esta Conferencia tal vez se inspire del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por las Naciones Unidas en 1966 y que entró en vigencia casi una década después. Los temas elegidos que se tratarán en sesiones posteriores son de gran significado para la comunidad internacional y las conclusiones que ustedes sacarán al final de la Conferencia serán sumamente útiles para presentar propuestas concretas al órgano de la ONU. Agradezco al Sr. Fali Nariman a cuya gentileza debo el estar con ustedes y también agradezco a la organización por haberme invitado a intervenir en esta reunión.

Desde el fin de la segunda guerra mundial ha habido rápidos cambios socioeconómicos que inciden en cada faceta de la vida social, económica y política. El mundo siempre ha ido cambiando pero el ritmo del cambio que inicialmente era lento se ha acelerado a una velocidad alarmante y quienes no puedan seguirlo tal vez se queden a la saga sin nadie que les tenga compañía. Vivimos en un mundo complicado que la rapidez de los cambios socioeconómicos complica aún más. La velocidad es tal que deja poco tiempo para pensar y sopesar; nos guste o no, el movimiento nos va arrastrando y somos pasajeros de un vehículo que corre cada vez más. Ante este cambio veloz que experimenta el contexto socioeconómico, los cambios culturales no pueden quedarse atrás. El cambio social no es un proceso uniforme sino polifacético. En algunas esferas es total y revolucionario y en otras, parcial y paulatino. Los cambios económicos ya no siguen un ritmo regular, el concepto de economía de mercado promete transformar la sociedad, generando más fondos para mejorar las condiciones del pobre. Los cambios culturales además de alterar el estilo de vida y el comportamiento social de la gente, conllevan la amenaza de modificar las relaciones *inter-se* de los miembros

* Pronunciado en la Conferencia de Bangalore

de la sociedad, lo que compromete la unidad e integridad de la nación. No solo han cambiado costumbres y modos de vida, también se van a pique los valores en lo que al comportamiento sexual se refiere, la actitud respecto a la pornografía es más permisiva de lo que era hasta hace poco y ello denota una clara pérdida de valores morales.

La nuestra es una de las civilizaciones más viejas del mundo y la India se enorgullece legítimamente de este rico legado. Tierra de mahavires, santos y sufistas es un país donde gentes de todas las religiones del mundo viven en armonía. También puede enorgullecerse de haber operado un cambio político sin derramamiento de sangre que obligó a los amos coloniales a concederle la libertad. India es un país que siempre ha creído en la paz y la unidad. La tolerancia ha sido la ética de este país que ha permitido a gentes de todas las religiones convivir en armonía. Paz y armonía son vitales para la coexistencia y por eso, en todo el mundo se pone el énfasis en la paz y la coexistencia. Paz y armonía son vitales para la causa del ser humano pero ello no significa que en nombre de la paz el fuerte oprima al débil o que el rico explote al pobre. Ello nos dice claramente, que debemos luchar por la igualdad y por abolir la explotación que un grupo dominante ejerce sobre otro en inferioridad de condiciones. Es obvio que el grupo que es víctima de la injusticia y la explotación, no aceptará una paz impuesta. Nadie puede esperar que un grupo de gente acepte la dominación del grupo fuerte y poderoso. Ha sido precisamente esta actitud dominadora del grupo fuerte y poderoso que ha quebrantado la paz, obligando al otro grupo a luchar

por sus derechos, demoliendo y derribando un orden injusto. Una paz duradera solo puede lograrse si cultivamos la costumbre de respetar los derechos de los demás, tratándoles de igual a igual y desarrollando una cultura de tolerancia y respeto mutuos. Debemos aceptar la diversidad dentro de cada país y entre ellos pues si no nos acostumbramos a forjar la unidad, respetando la diversidad, no podemos pretender que haya una coexistencia pacífica. El pueblo de la India que fue tolerante en el pasado, en gran medida lo sigue siendo, y cree firmemente en la coexistencia pacífica a pesar de algunos tropiezos ocasionales. Ello resulta evidente en la filosofía social y política de nuestra Constitución que se caracteriza por trasuntar una filosofía de igualdad, distribución equitativa de los recursos materiales del país, elevación del pobre y el oprimido e igualdad también en el plano político, confirmando el derecho de voto a todo ciudadano adulto. Basta recorrer algunas disposiciones constitucionales de la India para destacar las aspiraciones socioeconómicas, políticas y culturales del pueblo insertas en el marco de la Constitución.

Cuatro pilares cimientan el edificio constitucional: justicia, igualdad, libertad y fraternidad. La Constitución recoge principios de justicia social, económica, cultural y política, libertad de pensamiento, expresión, credo, religión y culto. Igualdad de condiciones y oportunidades, y una fraternidad que garantice la dignidad del individuo y la unidad e integridad de la nación.

Se ha dicho con toda razón que el preámbulo de la Constitución es su

conciencia. En la Parte III de nuestra Constitución figura la Carta de derechos que lleva por título *Derechos fundamentales*. Al respecto quiero destacar particularmente el artículo 14 en el cual se dispone que el Estado no negará a nadie la igualdad ante la ley e igual protección de la misma. En los artículos 15 y 16 se prohíbe la discriminación por motivos de religión, raza, casta o sexo, aunque se hacen algunas reservas acerca de las castas o tribus «enumerados» y otras clases atrasadas, reservas que se han admitido por razones históricas que guardan relación con la desigualdad de clases. El artículo 19 confiere a todos los ciudadanos la libertad de palabra, de expresión y de reunión pacífica, así como el derecho a fundar asociaciones o sindicatos, la libertad de movimiento y de residir o afincarse en cualquier parte de la India y de ejercer cualquier profesión u ocupación, tener un comercio o hacer negocios. El artículo 21 también es importante pues estipula que sólo se puede privar de la vida o la libertad personal conforme a lo establecido por ley. El hecho de conferir el derecho de igualdad y el derecho a la vida y la libertad a toda persona sin restringirlos únicamente a los ciudadanos, denota el carácter bastante tolerante de la Constitución de la India. La disposición del preámbulo por la que se garantiza la libertad de credo, religión y culto se amplía en el artículo 26 que estipula que toda persona tendrá el mismo derecho a profesar, practicar y divulgar libremente su religión. Por otra parte, el artículo 26 garantiza la libertad de gestión de los asuntos religiosos; el artículo 29 protege los intereses de las minorías y el artículo 30 les confiere el derecho de fundar y

administrar sus propias instituciones de enseñanza. Éstas son tan solo algunas de las disposiciones que reflejan la tolerancia. En cuanto a la filosofía social y económica, se han enumerado algunos principios rectores y se espera que el Estado se guíe por ellos a la hora de tomar decisiones políticas. En el plano social, dichos principios preconizan la igualdad del hombre y la mujer de disponer de medios de subsistencia decorosos; un salario igual por un trabajo de igual valor, tanto para los hombres como para las mujeres; el derecho a trabajar y el derecho a un salario decoroso en función de la capacidad económica; el derecho a la enseñanza gratuita hasta los 14 años; el derecho a la salud, etc. etc. También contienen disposiciones relativas a la prestación gratuita de ayuda jurídica al pobre y a la protección y mejora del medio ambiente. En el plano económico, se entiende que la política del Estado deberá propiciar la distribución de los recursos materiales de la comunidad en aras del bien común, evitando que la riqueza quede concentrada en manos de unos pocos. Uno de los deberes fundamentales estipulados en la Parte IV A de la Constitución es el de fomentar la armonía y el espíritu de fraternidad entre todos los pueblos de la India, superando las diversidades religiosas, lingüísticas y regionales, y desarrollando la ecuanimidad científica. Éstas son tan solo algunas de las disposiciones que denotan la filosofía social, económica y cultural de nuestra Constitución.

Cuando uno ve a una persona, a un grupo de gente o a una nación dar signos de intolerancia, un pensamiento atraviesa la mente buscando la causa de tal actitud pues no es un comporta-

miento normal. ¿Por qué? Porque si se logra encontrar una razón, dicho comportamiento se podrá sopesar y si existe un motivo válido, se podrá abordar la cuestión como corresponde. Si ese motivo es ganar terreno político o satisfacer intereses personales, uno es capaz de comprender lo racional y lo irracional del comportamiento de la otra persona, grupo o nación. Si existe un motivo válido, entonces, tal vez sea posible reparar el agravio y volver a un comportamiento normal.

El régimen de la India es una democracia laica. El término «laico» empleado en el Preámbulo de la Constitución de 1976, se limita a resumir algo que resulta obvio en las disposiciones de la Constitución. En el *caso Bomai*, la Corte Suprema de India dictaminó por unanimidad que el laicismo era una de las peculiaridades fundamentales de la Constitución. El concepto de laicismo conlleva una filosofía de tolerancia. La tolerancia era nuestro credo, practicado durante el reino de Ashoka y Akbar y divulgado por santos y sufistas. La trama de la diversidad tiene hebras de diversos colores que entretajidos forman un hermoso tapiz, hermoso por ser único. Esa es la hermosura de la unidad a pesar de las diversidades. Una mezcla sutil de ética y valores de los que dan testimonio la filosofía y el folclore de santos y sufistas como Swami Vivekananda, Kabir, Guru Nanak y otros que han hecho de la India un país fascinante para Occidente, particularmente por la tradición de Atithi de ser hospitalario.

A pesar de ser pobre, la India nunca ha dejado de ser hospitalaria. Pero de todos modos, la pobreza es una maldi-

ción de la que hay que librarse a la mayor brevedad. Casi 30% de los habitantes del globo no está en condiciones de asegurarse un mínimo sustento. En un país donde más del 10% de la población vive en aldeas, muchos en una misera abyecta, huelga decir que la política económica debe orientarse a mejorar la condición económica de las masas indigentes. Si los cambios que ha experimentado recientemente la economía mundial -abandono de las economías planificadas a favor de la economía de mercado y las políticas de liberalización- generan la prosperidad prometida, ésta ha de beneficiar también a los pobres porque de otra manera no se podrá realizar el objetivo constitucional de erradicar la pobreza. Los países ricos deben apoyar las políticas económicas destinadas a mejorar la condición de los pobres. Si dichas políticas no ayudan a erradicar la pobreza y contribuyen a concentrar la riqueza en manos de unos pocos, ello no será aceptable para las masas que en un sistema democrático son soberanas.

Hasta aquí les he dado un panorama socioeconómico y cultural de mi país pero algunos de los elementos citados -la tolerancia, el concepto de igualdad, la erradicación de la pobreza- tienen dimensión universal. El artículo 51 de la Constitución dice que el Estado se empeñara en fomentar la paz y la seguridad internacionales y propiciará las relaciones justas y honorables entre naciones. Ahora pasaré al plano internacional.

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 se enumeran una serie de derechos a lo largo de unos 15

artículos. Los derechos más importantes reconocidos en dicho pacto son: derecho a la autodeterminación, derecho a trabajar, derecho a un salario equitativo, derecho a fundar sindicatos, derecho a la protección de la familia, derecho a la salud física y mental, derecho a la educación y derecho a participar en la vida cultural. Todos ellos son derechos humanos fundamentales. Las partes III y IV de nuestra Constitución recogen todos estos derechos.

Aunque los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales se hayan enumerado por separado, son interdependientes entre sí, pues los unos no se pueden realizar plenamente sin los otros. En la Conferencia Mundial de Derechos Humanos que tuvo lugar en Viena en 1995 se subrayó que obrar por la promoción y protección de los derechos económicos, sociales y culturales es tan importante como hacerlo respecto a los derechos civiles y políticos. Al respecto, cabe señalar que tanto unos como los otros solo pueden promoverse en el ámbito de un desarrollo global. Ello nos lleva al derecho al desarrollo reconocido por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1986. Se trata de un derecho de tercera generación pues atañe a los «pueblos» y no al individuo. Entre otros, en dicha resolución se declara lo que sigue:

«1. El ser humano es el sujeto central del desarrollo y debe ser el participante activo y el beneficiario del derecho al desarrollo.

2. Todos los seres humanos tienen, individual y colectivamente, la responsabilidad del desarrollo, teniendo en cuenta la necesidad del pleno respeto de sus derechos humanos y libertades fundamentales, así como sus deberes para con la comunidad, único ámbito en que se puede asegurar la libre y plena realización del ser humano, y, por consiguiente, deben promover y proteger un orden político, social y económico apropiado para el desarrollo.»

A pesar del empeño puesto en realizar los derechos económicos y sociales y los grandes esfuerzos desplegados a escala internacional, aún estamos muy lejos de la meta. Ni siquiera el derecho económico básico de no pasar hambre se ha realizado plenamente, basta con ver lo que sucede en los países del Tercer Mundo víctimas de la sequía y la pérdida de cosechas. Por lo tanto, es preciso distribuir de otra manera los recursos disponibles, reduciendo los gastos militares y aumentando los presupuestos de bienestar social y desarrollo. Luego, tal vez haga falta modificar la distribución entre distintos grupos sociales o sectores de la economía. En lo que se refiere a gastos militares, las relaciones internacionales determinan las decisiones. De ahí que los intereses nacionales tengan que equilibrarse con las aspiraciones económicas, pero no por ello hay que dejar de lado los derechos económicos.

Tal vez cada país tenga que adoptar una estrategia diferente para realizar los derechos económicos, sociales y

culturales. La medida en la cual dicho derechos se pueden realizar también variará de una sociedad a otra en función de la situación socioeconómica y la ética cultural.

El papel del Estado en la realización de los derechos humanos en general, y de los derechos económicos, sociales y culturales en particular, tiene tres facetas, a saber: garantizar que sean respetados, protegerlos y contribuir a la realización y el cumplimiento concretos de los mismos. Una «vara» apropiada para medir la realización de estos derechos puede ser el denominado umbral mínimo que se establece utilizando indicadores a partir de situaciones nacionales concretas en lo que atañe a los niveles mínimos de nutrición, mortalidad infantil, exposición a enfermedades en relación a los umbrales de ingreso mínimo, índice de desempleo y otros similares. Los Estados tienen el deber de garantizar estos niveles mínimos y no deberían permitir que nadie estuviera por debajo de los mismos, asegurando el goce efectivo del derecho a trabajar, a una alimentación apropiada, a la seguridad social, al más alto nivel posible de salud y demás derechos fundamentales que guardan relación con la respectiva situación socioeconómica, cultural y de la educación. La acción del Estado debería ser secundada por las ONG nacionales e internacionales y las instituciones especializadas.

Las Naciones Unidas organizaron una Conferencia Mundial de Derechos Humanos en 1993, 45 años después de que se aprobara la Declaración Universal de Derechos Humanos. Dicha conferencia tuvo por cometido

examinar y evaluar los progresos realizados en la materia y detectar los obstáculos que impiden seguir avanzando. La Conferencia de Viena puso marcado énfasis en que «todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí». Por consiguiente, los derechos económicos, culturales, políticos y sociales deben tratarse de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. El Programa de acción de Viena preconiza la ratificación universal de la Convención sobre los Derechos del Niño en el curso de este año y de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de aquí al año 2000. La Conferencia también trató el tema de los derechos de los trabajadores migratorios y sus familias. En abril de 1994 comenzó un nuevo capítulo con la creación del cargo de Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que había recomendado la Conferencia Mundial.

Ahora se plantea la cuestión de conciliar o conjugar exigencias contradictorias en materia de crecimiento, desarrollo, medio ambiente y derechos humanos. El entusiasmo actual por la liberalización y la mundialización está directamente relacionado con el crecimiento.

Esta última tal vez no conduzca forzosamente a un desarrollo «entendido como un proceso destinado a crear progresivamente aquellas condiciones que permitan que cada quien pueda disfrutar, ejercer y utilizar todos sus derechos humanos conforme al Imperio del

Derecho» (como lo definiera la Comisión Internacional de Juristas en 1981). De hecho, se teme que el crecimiento favorezca a los sectores urbanos en detrimento de los rurales y a los ricos en detrimento de los pobres. Además, el crecimiento tiene sus propios efectos en el medio ambiente y la protección ambiental incide a su vez en los derechos económicos. Cuando se exige el cierre de las industrias contaminantes, ello tiene una consecuencia inmediata para quienes se ganan la vida trabajando allí. El crecimiento puede exigir la construcción de una planta de energía que puede tener efectos nefastos para el medio ambiente y los derechos civiles y económicos de aquellos a quienes tal vez haya que desplazar. Tenemos que situar los derechos económicos, sociales y culturales

en el contexto de esta situación compleja. Los expertos en planificación, quienes toman decisiones políticas, los juristas y los trabajadores sociales deben tomar el timón del futuro curso del desarrollo de la humanidad, teniendo presente todos estos factores complejos y contradictorios. El único principio rector por el que siempre han de guiarse es el bienestar de la humanidad. A los abogados y juristas congregados hoy aquí les incumbe una función importante en la forja de los acontecimientos futuros. Les deseo buena suerte en ese empeño de servir a la humanidad.

Una vez más, les agradezco por haberme invitado, por la gentileza de sus palabras y por la cálida bienvenida. Gracias por su atención.

Nuevo enfoque para supervisar la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*

Dra. Audrey R. Chapman**

En el presente documento se sostiene la tesis de que por el momento no hay una supervisión efectiva de la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y que para modificar esta situación hay que modificar la metodología de medición del cumplimiento de las disposiciones de dicho pacto. La supervisión es fundamental para la realización de los derechos enunciados en el mismo. Sin una recolección y un análisis permanente y sistemático de los datos pertinentes, no se pueden pedir explicaciones a los países que han ratificado el Pacto o acceden al mismo. La «realización progresiva», principio utilizado para evaluar el desempeño de los Estados, dificulta muchísimo la supervisión de los derechos económicos,

sociales y culturales. Interesarse por las violaciones de estos derechos sería una alternativa más viable. A pesar de que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas no ha reconocido un cambio de orientación, actualmente se ocupa más de sopesar las insuficiencias e inquietudes relativas al desempeño de los países que han ratificado el Pacto, que a evaluar la realización progresiva. Si nos proponemos tratar los derechos económicos, sociales y culturales con la debida seriedad, entonces es preciso que el sistema de las Naciones Unidas y las organizaciones no gubernamentales (ONG) que supervisan la aplicación del Pacto cambien de enfoque y se interesen por los violaciones de los derechos que nos ocupan.

* Algunos fragmentos del presente artículo se basan en un estudio más largo de la autora en el cual se evalúa la labor del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas y que se publicó en el número del 18 de febrero de 1996 de *Human Rights Quarterly*.

** Audrey R. Chapman es Directora del Programa de Ciencia y Derechos Humanos de la *American Association for the Advancement of Science* con sede en Washington D.C. Dra. en Derecho público y gobierno por la Universidad de Colombia, también se diplomó en Ética de la teología en los seminarios *New York Theological* y *Union Theological*. Los derechos económicos, sociales y culturales, particularmente el derecho a la salud y el derecho a la educación, el sistema de Naciones Unidas y las cuestiones relativas a la supervisión y aplicación de los derechos humanos son sus principales campos de investigación. Cuenta en su haber nueve libros de los que fue autora, coautora o coordinó la edición y unos 60 artículos y monografías. Su trabajo más reciente lleva por título *Health Care Reform: A Human Rights Approach* (Georgetown University Press 1994). En 1993 fue relatora del Seminario de las Naciones Unidas sobre indicadores adecuados para medir los logros en la realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales.

Problemas metodológicos inherentes a la supervisión de la «realización progresiva»

En el régimen internacional de derechos humanos subyace una contradicción fundamental. Evidentemente hay consenso en cuanto a que las dos categorías principales de derechos -los civiles y políticos, por un lado, y los económicos, sociales y culturales por el otro- están relacionadas entre sí, son interdependientes e indivisibles y, por lo tanto, tienen el mismo peso. Este principio ha sido respaldado en numerosas ocasiones por la Asamblea General de la ONU, la Comisión de Derechos Humanos y las conferencias internacionales, entre ellas, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993. Sin embargo, se tiende a considerar y a tratar los derechos económicos, sociales y culturales como si fueran aspiraciones o metas y no derechos fundamentales. Tal como se dice en la declaración pronunciada ante la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en nombre del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (de aquí en adelante, el Comité), el principio de indivisibilidad de los derechos humanos «en la práctica ha sido más frecuente que se violara que que se cumpliera».¹ Tras las concebidas afirmaciones de la Declaración y Programa de Acción de Viena hubo un silencio casi total respecto a cuestiones o preocupaciones

concretas de singular importancia. A pesar del compromiso retórico en cuanto a la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, la comunidad internacional, incluido el movimiento de defensa de los derechos humanos, ha tratado los derechos civiles y políticos como si fueran más significativos, dejando de lado sistemáticamente los derechos económicos, sociales y culturales. La comunidad internacional ha prestado una atención mínima a la realización o supervisión de los derechos económicos, sociales y culturales, invirtiendo en ello poquísimos recursos.

El hecho de que las condiciones necesarias para proceder a una supervisión de dichos derechos sean prácticamente inexistentes, contribuye a esta situación; pero también faltan voluntad política y metodología. En cuanto a la primera, la supervisión exige que los países contraigan el firme compromiso de evaluar y mejorar su desempeño; que los órganos internacionales de derechos humanos encargados de evaluar el cumplimiento del Pacto dispongan de la pericia y los recursos suficientes para hacerlo y que las ONG participen en este proceso para motivar a los gobiernos a fin de que apliquen el Pacto y, correlativamente, establezcan órganos de supervisión que dispongan de datos más completos y precisos de los que se pueden recabar por vías oficiales. Hasta marzo de 1995,

1 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Séptimo período de sesiones, Ginebra 23 de noviembre a 11 de diciembre de 1992 - *Proyecto de informe del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al Consejo Económico y Social con arreglo a la resolución 1985/17 del Consejo Económico y Social - Declaración que se pronunciará ante la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en nombre del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Párrafo 2 del documento E/C.12/1992/CRP.2/Add.1 del 8 de diciembre de 1992.

130 habían ratificado el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales² ó adherido al mismo, pasando a ser Estados Partes. Actualmente, se les pide a todos ellos que presenten un informe inicial sobre la globalidad del Pacto en el plazo de un año después de la entrada en vigor del mismo y que luego presenten informes cada cinco años. Dichos informes son examinados por el Comité que está integrado por expertos. Ahora bien, la mayoría de los Estados Partes no cumplen con este requisito ya que de los 130, solo 76 ha enviado los informes que debían presentar en 1995 y varios otros, entre ellos algunos que lo ratificaron en 1976, nunca han presentado el informe inicial.³ Además, la mayor parte de los informes presentados son sumamente superficiales y se tiene la impresión de que se redactaron más bien para camuflar problemas e insuficiencias que para revelarlos.

Los gobiernos, el Comité y las ONG han encontrado obstáculos que obedecen fundamentalmente a problemas de orden metodológico inherentes a la supervisión de los derechos económicos, sociales y culturales. Para poder supervisar sistemáticamente el grado de cumplimiento de estos derechos por parte de los países, previamente hay que reunir cinco requisitos de carácter metodológico, a saber:

1. Conceptuar los componentes concretos de cada derecho enumerado y los consiguientes deberes de los Estados Partes;
2. establecer los niveles de desempeño correspondientes a cada uno de esos componentes, incluidos los indicadores adecuados;
3. recabar los datos pertinentes como corresponde, desglosándolos por sexo y otra serie de variables;
4. establecer un sistema de gestión de la información computadorizado para tratar esos datos;
5. analizar los datos para poder determinar el desempeño de cada país. Por motivos que veremos más adelante, en general no se cumple con ninguno de estos requisitos previos.

Muchos de estos problemas metodológicos obedecen a que hasta la fecha, la norma para evaluar el desempeño de los Estados Partes ha sido la «realización progresiva» antes bien que las violaciones de los derechos que nos ocupan. Por el párrafo 1 del Artículo 2 del Pacto, los Estados Partes se comprometen a «tomar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el

2 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Duodécimo período de sesiones - *Estados Partes en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y estado de la presentación de informes de conformidad con el programa establecido por el Consejo Económico y Social en su resolución 1988/4 y el Artículo 58 del reglamento del Comité*. Párrafo 2 del documento E/C.12/1995/2 del 22 de marzo de 1995.

3 Ibid - Las cifras se recopilaron a partir de los datos que figuran en este documento.

máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.» Este enfoque difiere considerablemente de lo dispuesto en el Artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que estipula la obligación inmediata de respetar y garantizar los derechos reconocidos en el mismo. Evaluar la realización progresiva en el contexto del «máximo de los recursos de que disponga» un Estado, complica considerablemente los requisitos metodológicos enumerados anteriormente: esta norma da por sentado que las expectativas válidas y las consiguientes obligaciones de los Estados Partes respecto a cada uno de los derechos reconocidos no son uniformes ni universales, y están supeditadas al nivel de desarrollo y a la cantidad de recursos disponibles. Ello requiere determinar múltiples niveles de desempeño que se ajusten al contexto social, el nivel de desarrollo y la disponibilidad de recursos de cada país.

Mucho se ha escrito acerca de la falta de claridad intelectual respecto a la defensa y el alcance de los derechos económicos, sociales y culturales. En cuanto a la concepción de todo lo que implican estos últimos se ha avanzado muy poco en comparación con los derechos civiles y políticos, y a diferencia de éstos, los derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales no están garantizados en los órganos competentes de la jurisprudencia nacional o internacional. Mientras que los derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos han ido evolucionando a lo largo de varios siglos de lucha y la redacción e interpretación de los mismos recogen la experiencia de una serie de países democráticos, muchos derechos económicos, sociales y culturales se establecieron primero en un contexto internacional y aún no se han recogido en el derecho nacional, ni siquiera en algunos de los países que lo han ratificado. La índole diferente de los derechos económicos, sociales y culturales, la vaguedad de muchas normas, la falta de instituciones nacionales encargadas concretamente de promoverlos *qua* derechos, y la gama de información necesaria para supervisar efectivamente el cumplimiento de los mismos son otros tantos retos.⁴ A menudo se relativiza el hecho de que las carencias conceptuales también inciden en la supervisión de estos derechos.

Por otra parte, la norma de la realización progresiva no puede utilizarse como instrumento de medición para evaluar el cumplimiento mientras no se sepa a ciencia cierta aquello que implica concretamente la frase: «el máximo de los recursos de que disponga». En un artículo reciente, Robert E. Robertson comenta que el significado de esta frase ha evolucionado poquísimamente desde que fuera escrita. Opina que la cuestión de

4 A propósito de estos problemas véase «The Committee on Economic, Social and Cultural Rights» de Philip Alston, páginas 490 y 491, publicado en *The United Nations and Human Rights: A Critical Approach* (Clarendon Press, Oxford 1992).

los recursos es tan compleja que parece imposible llegar a un acuerdo global acerca de los niveles. «Es una frase difícil en la cual dos adjetivos contradictorios califican un sustantivo indefinido; 'máximo' guarda relación con el idealismo y 'disponible' con la realidad. 'Máximo' es el caballo de batalla de la retórica de los derechos humanos y 'disponible', la escapatoria de los Estados.⁵ A pesar de los esfuerzos considerables que despliega, Robertson es incapaz de proponer un método que permita analizar cabalmente la disponibilidad y el empleo de los recursos, y concluye que disponer de un método semejante también requerirá recursos considerables y un ajuste permanente para estar a tono con la evolución del pensamiento en materia de derechos humanos, economía y otras disciplinas.⁶

El Comité, al tiempo que reconoce las restricciones que impone la limitación de recursos, entiende que la realización progresiva requiere de los Estados Partes que avancen rápida y efectivamente hacia la meta de la plena realización de los derechos reconocidos en el Pacto. Al respecto, citemos un fragmento de la recopilación de las observaciones generales:

«El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo... Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad, la razón de ser del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata»⁷

Sin embargo, el Comité aún no ha definido lo que implica «avanzar rápida y efectivamente». Por lo tanto, no dispone de normas concretas para evaluar el desempeño de los gobiernos y el cumplimiento del Pacto por parte de los mismos. Además, ningún otro

5 «Measuring State Compliance with the Obligation to Devote the 'Maximum Available Resources' to Realizing Economic, Social and Cultural Rights» de Robert E. Robertson, página 694, publicado en el número 16 de *Human Rights Quarterly*, noviembre de 1994.

6 Ibid, página 713.

7 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Quinto período de sesiones - Párrafo 9 de la «Observación general 3 - La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del Artículo 2 del Pacto)». *Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos de derechos humanos creados en virtud de tratados*. Documento HRI/Gen/1 del 4 de septiembre de 1992.

órgano o individuo ha propuesto niveles ni siquiera para los derechos reconocidos concretamente.

Para evaluar la realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales es preciso contar con datos estadísticos de varios períodos que se puedan cotejar a efectos de determinar tendencias. Esta tarea no se limita a evaluar el desempeño actual, también hay que constatar si el Estado en cuestión va avanzando rápida y efectivamente hacia la meta de la plena realización. Conforme a las directrices de información establecidas por el Comité, gran parte de estos datos deben desglosarse por diversas variables, entre ellas: sexo, identidad étnica, raza, región, grupo socioeconómico, zona rural o urbana y grupo lingüístico. Reconociendo que los promedios nacionales poco dicen acerca de la situación de determinados grupos y comunidades, en las directrices del Comité se pide que los datos relativos a derechos reconocidos se desglosen según lo indicado más arriba. Habida cuenta del interés y la preocupación del Comité por la condición de las comunidades vulnerables y desfavorecidas, en la lista relativa al derecho a una alimentación adecuada se indica que ha de darse una información detallada, incluyendo datos estadísticos desglosados por las zonas del país, acerca de: campesinos sin tierra, campesinos marginados, trabajadores rurales, desempleados rurales, desempleados urbanos, pobres urbanos, trabajadores migrato-

rios, pueblos indígenas, niños, ancianos y cualquier otro grupo particularmente afectado.⁸

Por lo tanto, una evaluación completa requerirá un complicado análisis de esa enorme cantidad de datos. Muchos gobiernos no disponen de datos adecuados y de buena calidad para poder realizar esta clase de análisis y aquellos que disponen de los mismos, por lo general no los comunican a las Naciones Unidas ni a las ONG. Además, el Comité no tiene un acceso periódico a los datos pertinentes recabados por otras instituciones del sistema de Naciones Unidas. Cabe señalar que incluso si se dispusiera de todos esos datos, el análisis de los mismos con miras a evaluar el desempeño requiere conocimientos de estadística que los miembros del Comité y el personal del Centro de Derechos Humanos de la ONU y de las ONG habitualmente no poseen.

Para analizar el volumen de datos estadísticos que se recabarían si los Estados Partes procedieran a desglosarlos tal como se pide en las directrices del Comité, haría falta un sistema de información computadorizado que el Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas no tiene. Por el momento, el Comité utiliza un sistema de acopio al estilo del de la Liga de las Naciones mediante el cual los informes anteriores se recuperan manualmente. A pesar de los repetidos llamamientos de los presidentes de diversos organismos

8 «The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights» de Philip Alston, página 60, publicado en *Manual on Human Rights Reporting* (United Nations Centre for Human Rights and United Nations Institute for Training and Research, New York 1991).

de supervisión de los tratados de derechos humanos para que se establezca tal sistema, el Centro todavía está en las primeras etapas de instalación de ordenadores incluso en lo que se refiere al tratamiento de textos.⁹ Los planes actuales del coordinador de automatización de la oficina no abarcan la creación de un sistema de información y documentación integrado y computarizado que facilite la búsqueda y análisis de complejos datos estadísticas y, al parecer, tanto la creación como la gestión de un tal sistema superan la capacidad de la mayoría de las ONG.

A efectos de salvar algunos de los problemas señalados, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías y la Comisión de Derechos Humanos nombraron Relator Especial a Danilo Türk en 1988, encargándole de preparar un estudio sobre problemas, políticas y estrategias práctica relativos a una realización más efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales. En su informe, el Relator Especial trata del eventual empleo de indicadores económicos y sociales para evaluar el avance en la realización de dichos derechos. Entre las funciones que podrían desempeñar esos indicadores enumera las siguientes: ser un

instrumento de medición válido para la totalidad de los derechos económicos, sociales y culturales, y la realización progresiva de los mismos a lo largo del tiempo, y un método de detectar las dificultades o los problemas que se plantean a los Estados respecto al cumplimiento de los mismos. Además, los indicadores pueden ayudar a establecer los «elementos esenciales» de esta categoría de derechos y servir para cotejar la progresión de cada Estado con las de los demás.¹⁰ En el informe de Türk se recomienda que las Naciones Unidas organicen un seminario con el doble objeto de estudiar indicadores que permitan medir los logros en la realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales, y de facilitar un intercambio más amplio de opiniones entre los expertos.¹¹

En enero de 1993, el Centro de Derechos Humanos convocó a dicho seminario de expertos del que fui la relatora. Tras un examen exhaustivo, los participantes concluyeron que establecer dichos indicadores dista de ser un atajo para definir y supervisar los derechos económicos, sociales y culturales y que primero es preciso conceptuar el alcance de cada uno de los derechos reconocidos y las consiguientes obligaciones de los Estados Partes; de ahí

9 *Mejoramiento del funcionamiento de los órganos creados en virtud de tratados sobre derechos humanos* - Quinta Reunión de Presidentes de Órganos creados en virtud de Tratados, Ginebra 19 a 23 de septiembre de 1994. Documento HRI/MC/1994/2 del 12 de agosto de 1994.

10 Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 42º período de sesiones, Ginebra 6 a 31 de agosto de 1990 - *El nuevo orden económico internacional y la promoción de los derechos humanos* - Realización de los derechos económicos, sociales y culturales - Informe sobre la marcha de los trabajos preparado por el Sr. Danilo Türk, Relator Especial. Página 33 del documento E/CN.4/Sub.2/1990/19 del 6 de julio de 1990.

11 *Ibid*, página 69.

que por el momento, resulte imposible establecer indicadores para evaluar la realización progresiva de los mismos. Tras proceder a un análisis meticulado de los problemas que plantea evaluar la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales, el seminario concluyó que hace falta seguir trabajando, en particular para:

- a. Aclarar la índole, alcance y contenido de los derechos reconocidos en el Pacto;
- b. definir con mayor precisión el contenido de los mismos y las obligaciones fundamentales e inmediatas de los Estados Partes para garantizar que se satisfagan, cuando menos, los niveles mínimos esenciales de cada uno de esos derechos; y
- c. determinar las medidas que los Estados Partes han de tomar inmediatamente para facilitar el cumplimiento de sus obligaciones jurídicas respecto a la plena realización de dichos derechos, incluido el deber de garantizar el respecto de los derechos mínimos de subsistencia para todos.¹²

Además, el seminario subrayó la necesidad de mejorar la evaluación y supervisión de la realización progresiva para identificar y abordar las violaciones de los derechos que nos ocupan, instituir una mejor cooperación dentro del sistema de las Naciones Unidas, facilitar la participación de las organizaciones no gubernamentales y de las comunidades afectadas en cada una de las tareas citadas anteriormente, y aplicar metodologías de estadística de carácter científico¹³.

Asimismo, el seminario hizo una serie de advertencias acerca de la utilización de indicadores para medir la realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales. Se puso el énfasis en que los indicadores para evaluar los derechos humanos no son forzosamente idénticos a los indicadores de estadística, utilizados por los organismos especializados para evaluar el desarrollo económico y social. Por consiguiente, supervisar el desempeño de los Estados Partes respecto a la realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales exige nuevos métodos para recabar, analizar e interpretar los datos, interesándose particularmente por la situación de los pobres y los desfavorecidos, y desglosándolos por una serie de variables¹⁴. La utilización de

12 Report of the Seminar on appropriate indicators, op. cit. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Séptimo período de sesiones, Ginebra 23 de noviembre a 11 de diciembre de 1992 - *Proyecto del informe del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al Consejo Económico y Social con arreglo a la resolución 1985/17 del Consejo Económico y Social - Declaración que se pronunciará ante la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en nombre del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Párrafo 7 del documento E/C.12/1992/CRP.2/Add.1 del 8 de diciembre de 1992.

13 Ibid, párrafo 181.

14 Ibid. par. 160.

los indicadores estadísticos existentes para evaluar el cumplimiento de los derechos humanos requiere como mínimo un nuevo análisis desde la perspectiva de dichos derechos¹⁵. Por último, el seminario concluyó que en algunos casos tal vez sea prematuro o impropio aplicar indicadores cuantificables; dado que no todos ellos pueden expresarse en cifras, es importante establecer criterios, principios y normas para evaluar el desempeño¹⁶.

La alternativa: Supervisar a partir de las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales

Habida cuenta de las limitaciones señaladas, hace falta un nuevo enfoque para supervisar estos derechos. En lugar de tratar de evaluar en función de la «realización progresiva» parece más indicado y significativo concentrarse en identificar las violaciones de los derechos recogidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Abogamos, pues, por la adopción explícita y sin ambages de un procedimiento que se oriente a examinar las violaciones para evaluar el cumplimiento del Pacto. Dicho proceso debería ser coherente con aquellos utilizados respecto a otros instrumentos internacionales. Si nos proponemos llevar a cabo una supervisión efectiva y sistemática de los derechos económicos, sociales y culturales, entonces es

preciso que ONG, gobiernos y organismos encargados de supervisar los derechos humanos orienten su labor con miras a identificar y rectificar las violaciones de los mismos. No se trata de relativizar la importancia de los esfuerzos permanentes por conceptuar el contenido de los derechos fundamentales del Pacto y establecer los consiguientes indicadores sino más bien de separar dichas iniciativas del procedimiento de supervisión.

También puede aducirse que identificar las violaciones para acabar con las trasgresiones y rectificarlas es mucho más prioritario que fomentar la realización progresiva. Supervisar los derechos humanos no es un ejercicio académico sino un medio de mitigar el sufrimiento que provocan las violaciones graves de normas internacionales. La propia declaración del Comité ante la Conferencia Mundial de Derechos Humanos da un testimonio elocuente de la importancia de ocuparse de lo que califica de «denegaciones flagrantes y masivas de los derechos económicos, sociales y culturales»¹⁷. A juicio del Comité:

«La triste realidad, en la que es preciso situar ese reto, es que los gobiernos y la comunidad internacional entera siguen tolerando con excesiva frecuencia grados de no realización de los derechos económicos y sociales que, si se

15 Ibid par. 171.

16 Ibid. par. 170.

17 Report on the Seventh Session, Anexo III, par. 5.

aplicaran a los derechos civiles y políticos, provocarían expresiones de horror y ultraje y harían que se hicieran llamamientos concertados para que se tomaran inmediatamente medidas correctivas. En efecto, pese a toda la retórica, las violaciones de los derechos civiles y políticos se siguen tratando como si fueran mucho más graves y evidentemente más intolerables que las denegaciones masivas y directas de los derechos económicos y sociales.¹⁸»

Identificar las violaciones para acabar con las transgresiones y rectificarlas también puede resultar un medio más efectivo que el análisis jurídico o filosófico que se ha intentado utilizar para conceptuar el contenido positivo de los derechos económicos, sociales y culturales. Al respecto, cabe recordar la concepción de Henry Shue de las «amenazas corrientes»; según él, el propósito fundamental de reconocer cualquier derecho básico reside en prevenir o eliminar en la mayor medida posible, el grado de vulnerabilidad que deja a unos a la merced de otros. De ahí que «uno de los propósitos fundamentales de reconocer los derechos básicos, sean cuales fueren, se resume en la frase de Camus: 'nos ponemos del lado de la víctima y de las víctimas potenciales'. La observancia de los derechos fundamentales es una alianza

activa con quienes de otra manera quedarían indefensos ante fuerzas naturales y sociales demasiado potentes para ellos»¹⁹.

A lo largo de la historia, el contenido de los principales derechos relativos a la seguridad, tales como el derecho a no ser asesinado, ni a ser víctima de tortura, violación o malos tratos se definieron en función de las consiguientes «amenazas corrientes» identificadas, en particular los poderes ilimitados o absolutos del Estado. De ahí que los derechos civiles y políticos se hayan articulado en función de las «amenazas corrientes» reconocidas y las violaciones reales y probables, a efectos de proteger contra ellas.

Supervisar a partir de las violaciones de los derechos conlleva muchas ventajas. A las ONG, y probablemente también a los gobiernos y los organismos internacionales, les resulta más fácil definir e identificar violaciones, aun cuando éstas requieran ulterior precisión. La labor del Comité demuestra que se pueden identificar las violaciones de los derechos reconocidos sin tener que conceptuar previamente el pleno alcance de cada uno de ellos y las consiguientes obligaciones de los Estados Partes. A pesar de que el Comité no ha hecho comentarios generales que sienten normas para interpretar todos los derechos reconocidos en el Pacto, los integrantes del mismo han llegado a un acuerdo acerca

18 Ibid. par. 6.

19 *Basic Rights: Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy* de Henry Shue, página 33. (Princeton University Press, Princeton, New Jersey 1980).

de una serie de preocupaciones y problemas relativos al desempeño de los Estados Partes.

Además, procediendo de esta manera tal vez no haga falta tener acceso a tanta cantidad de datos estadísticos. A pesar de que los informes adolecen de deficiencias considerables, superficialidad y falta de datos estadísticos de buena calidad, el Comité ha podido identificar violaciones. Si bien es cierto que disponer de estadísticas exhaustivas, apropiadas y fidedignas, desglosadas por los principales subgrupos y organizadas por períodos facilitaría la evaluación del desempeño, ello no es imprescindible para identificar violaciones de muchas clases y, entonces, supervisar los derechos económicos, sociales y culturales ya no depende de mejoras significativas de los sistemas estadísticos de los Estados ni de la divulgación pública de gran cantidad de datos. Por lo tanto, este enfoque sería más asequible a las organizaciones de base, habida cuenta del acceso limitado que tienen a las estadísticas oficiales y del nivel metodológico de las mismas que muy probablemente sea bajo.

Por otra parte, supervisar a partir de las violaciones ofrece mayores posibilidades de promover y proteger los derechos económicos, sociales y culturales del individuo, dando más incentivos a los Estados Partes para que establezcan vías de recurso. Muchos planteamientos utilizados por el Comité para fundamentar la necesidad de establecer un Protocolo Facultativo que permita a

grupos y particulares presentar demandas, aluden de manera más general a las ventajas que conlleva este enfoque. A juicio del Comité, este Protocolo Facultativo intensificaría la aplicación del Pacto y el diálogo con los Estados Partes. Asimismo, suscitaría un mayor interés de la opinión pública por los derechos económicos, sociales y culturales, poniendo de relieve cuestiones concretas y tangibles. La existencia de una probable «vía de recurso» a escala internacional constituiría un incentivo para que individuos y grupos presentaran demandas en términos más precisos respecto a disposiciones concretas del Pacto. Aunque los pareceres y opiniones del Comité no fueran vinculantes, la posibilidad de que un comité internacional llegue a una «conclusión» negativa conferiría mayor prominencia política a los derechos económicos y sociales²⁰.

Aunque no se utilizan los mismos términos, las conclusiones del Comité sobre los informes de los Estados Partes recogen las preocupaciones, sugerencias y recomendaciones del mismo, lo que se aproxima bastante al enfoque propuesto. Además, la apertura del Comité respecto a la participación de las ONG, probablemente acentúe aún más el énfasis que se pone en las transgresiones y violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales. Los actuales métodos de trabajo del Comité propician la participación de las ONG de múltiples maneras: invitándolas a presentar la documentación pertinente al secretariado durante la labor preparatoria del grupo de trabajo

20 Ibid. par 37.

encargado de determinar aquellas cuestiones que sería más oportuno abordar con los representantes del Estado de cuyo informe se trata; ofreciéndoles la oportunidad de presentar informes en todo momento y reservando la primera tarde de cada período de sesiones para que representantes de las ONG puedan testimoniar. Inicialmente, esta posibilidad se circunscribía a cuestiones relacionadas con los Estados Partes cuyo desempeño se estaba examinando pero en el undécimo período de sesiones, el Comité decidió ofrecer la misma oportunidad a las ONG que quisieran testimoniar del desempeño de cualquier Estado Parte. Asimismo, las ONG también pueden participar en calidad de expertos en las jornadas de debate general del Comité sobre temas de actualidad. Al principio, solo pocas organizaciones de derechos humanos aprovechaban esta oportunidad pero en los últimos períodos de sesiones del Comité, el número de ONG representadas no ha cesado de aumentar. En los períodos de sesiones ordinario y extraordinario de 1994, representantes de ONG de Argentina, Hong Kong, Panamá y República Dominicana hablaron de la aplicación del Pacto en sus respectivos países y es muy probable que en el futuro, más ONG hagan lo propio.

Sin lugar a dudas, aquellas ONG interesadas en presentar informes y enviar representantes a Ginebra para que den pruebas, lo harán porque

conocen los problemas y esperan que el Comité pueda ayudarles a resolverlos. A pesar de que el Comité es reacio a emplear el término violaciones de derechos y prefiere utilizar frases tales como «principal motivo de preocupación» y hacer «sugerencias y recomendaciones», las ONG no tienen por qué adherir a esas sutilezas diplomáticas. Por consiguiente, las ONG pueden y deben llamar al pan, pan y al vino, vino, y hablar de violaciones de derechos tanto en sus propios informes como cuando divulgan las conclusiones del Comité.

Tipos de violaciones de derechos económicos, sociales y culturales

En los Principios de Limburgo relativos a la índole y alcance de las obligaciones de los Estados Partes en el Pacto, establecidos en 1986 por un grupo de distinguidos expertos en Derecho Internacional convocados por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburgo y el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan de la Universidad de Cincinnati, se dice que el incumplimiento por un Estado Parte de una obligación que figura en el Pacto constituye, conforme al derecho internacional, una violación del Pacto.²¹ Dado que al igual que los demás instrumentos de derechos humanos, el Pacto estipula obligaciones que requieren que el Estado intervenga o se abstenga de hacerlo, las

21 «The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights», página 56, párrafo 70, publicado en el número 37 de la Revista de la CIJ (en español), diciembre 1986.

violaciones pueden obedecer al incumplimiento de un mandato o a la interferencia de un Estado Parte en el libre ejercicio de un derecho. Ejemplo de lo primero, es que el Estado no tome las medidas apropiadas para asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos enunciados en el Pacto (Artículo 3) o para presentar los informes estipulados en el mismo (Artículo 17). Ejemplo de lo segundo, restringir el derecho a fundar sindicatos (párrafo 1. a) del Artículo 8) o cercenar la libertad de los padres de escoger para sus hijos escuelas distintas de las creadas por las autoridades (párrafo 3 del Artículo 13).

A efectos de facilitar la supervisión del Pacto, proponemos dividir las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales en tres categorías, a saber:

1. Violaciones que obedecen a acciones, políticas y leyes gubernamentales;
2. violaciones que obedecen a formas arraigadas de discriminación; y
3. violaciones que obedecen al incumplimiento del Estado del mínimo de obligaciones básicas relativas a los derechos enunciados.

Las violaciones de la primera categoría son las que más se asemejan a las transgresiones de derechos civiles

y políticos. Se trata sobre todo de aquellos actos o actividades de Estados y gobiernos que infringen las normas estipuladas en el Pacto. Las demás son políticas o leyes que crean condiciones hostiles a la realización de los derechos reconocidos. Al calificar de violación estos incumplimientos de la política del Estado ha de tenerse presente el párrafo 1 del Artículo 5: «Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él».²²

A continuación se dan algunos ejemplos de la clase de iniciativas estatales que entran en la primera categoría de violaciones:

- Anexar un país independiente o impedir que un territorio colonial ejerza el derecho de libre determinación (párrafo 1 del Artículo 1);
- negarse a garantizar en el ámbito de la legislación nacional, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto o a permitir que los demandantes los invoquen en casos que se juzgan en cortes y tribunales nacionales (párrafo 1 del Artículo 2);

22 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Asamblea General, Resolución 2200A, Naciones Unidas GAOR, 21 Sesión. Supp. N° 16 , at. art.. 25, UN Doc. A/6316

- interferir en los derechos de asociación, de fundar sindicatos y de huelga (párrafo 1 del Artículo 8);
- obligar a la gente a desalojar o expulsarla de su casa por conducto de organismos estatales (párrafo 1 del Artículo 11);
- emplear medios coercitivos en el ámbito de la política de control de la natalidad, entre ellos, el aborto y la esterilización a gran escala, tal como se ha hecho en varios países asiáticos y sobre todo en China (Artículo 12);
- sancionar leyes o formular políticas que apoyan prácticas médicas y culturales que ponen en peligro la salud de niñas y mujeres, tales como la ablación del clítoris (Artículo 12);
- atentar contra la libertad de enseñanza (párrafo 4 del Artículo 13);
- destruir el legado cultural de las minorías (Artículo 15); y
- no presentar los informes previstos en el Pacto (Artículo 17).

Las violaciones que guardan relación con formas arraigadas de discriminación también constituyen una grave transgresión al Pacto porque los

Estados Partes en el mismo tienen la obligación de garantizar que no haya discriminación alguna. En efecto, por el párrafo 2 del Artículo 2, los Estados partes se comprometen a «garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social». En el Artículo 3 se abunda en este sentido, pidiendo a los Estados Partes que aseguren «a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.» Por consiguiente, el párrafo 2 del Artículo 2 y el Artículo 3 garantizan que la no discriminación no esté sujeta a realización progresiva. A juicio de Philip Alston, actual presidente del Comité, se puede entender que la discriminación

«abarca cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas u otras, origen social o nacional, propiedad, nacimiento o cualquier otra condición social cuyo cometido o efecto es anular o cercenar el goce y el ejercicio de todas las personas, en un pie de igualdad, de los derechos reconocidos en el Pacto».²³

23 «The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights» de Philip Alston, página 47, publicado en *Manual on Human Rights Reporting Under Six Major International Human Rights Instruments* (United Nations Centre for Human Rights and United Nations Institute for Training and Research, New York 1991).

Estas disposiciones se han interpretado, entendiendo que exigen medidas para prevenir la discriminación e iniciativas de acción positivas para dar reparación por la discriminación en el pasado. Además, el Comité ha indicado que las medidas positivas necesarias para aplicar el párrafo 2 del Artículo 2 van más allá de la promulgación de la legislación en la materia.²⁴

Abundan ejemplos de violaciones que traducen políticas y actos discriminatorios de los Estados Partes que además de no cumplir con este requisito toman iniciativas y adoptan políticas que perpetúan o empeoran formas de discriminación, a saber

- Muchos Estados Partes no ofrecen una protección jurídica contra la discriminación que corresponda a lo estipulado en el Artículo 2 del Pacto;
- algunos países discriminan sistemáticamente a las minorías étnicas, religiosas o culturales; ejemplo de ello es el drama que vive el pueblo kurdo en Irán y Turquía;
- en muchos países, el derecho a trabajar y el derecho a gozar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, reconocidos en los Artículos 6 y 7 no son los mismos para hombres y mujeres;

- en muchas sociedades se discrimina a los niños nacidos fuera del matrimonio, infringiendo los derechos de protección y asistencia a la familia previstos en el Artículo 10;
- en muchas sociedades subsisten leyes y costumbres que rigen el matrimonio y las relaciones familiares, desfavoreciendo a la mujer (Artículo 10);
- rara vez se asigna la misma cantidad de recursos a las necesidades de las mujeres en materia de salud. Muchos países no han incorporado servicios de salud materno-infantil en la atención primaria de salud y aquellos problemas de salud que aquejan principal o únicamente a las mujeres suelen ignorarse en el campo de la investigación (Artículo 12);
- en países donde no hay escuelas mixtas, suele haber diferencias considerables entre la cantidad y la calidad de las escuelas para niños y la cantidad y la calidad de las escuelas para niñas, lo que se traduce por una falta de igualdad de oportunidades en el campo de la educación (Artículo 13);
- en algunos países se niega a las minorías étnicas y lingüísticas el derecho de utilizar su idioma materno en la enseñanza y los medios de difusión (inciso a. párrafo 1 del Artículo 15).

24 Ibid. págs. 47-48.

En la tercera categoría de violaciones entran aquellas que obedecen al incumplimiento del mínimo de obligaciones básicas relativas a los derechos enunciados. En la Observación general 3, el Comité «es de la opinión de que corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos.»²⁵ Asimismo, el Comité subraya que incluso en épocas de graves apremios económicos, los miembros vulnerables de la sociedad «pueden y de hecho deben» ser protegidos mediante programas de un costo relativamente bajo que les estén destinados.²⁶ Las mujeres forman parte de esta comunidad vulnerable y olvidada. Al Comité le queda aún por definir las obligaciones mínimas respecto a cada derecho concreto. A pesar de la urgente necesidad de que el Comité u otros expertos definan este núcleo, algunas de estas violaciones por omisión son tan obvias y patentes como las que se enumeran a continuación.

- A pesar de la obligación impuesta por el Artículo 2 de adoptar medidas legislativas para lograr la plena efectividad del Pacto, muchos Estados Partes aún no han incorporado las disposiciones del Pacto en el derecho nacional.

- Muchos países no atienden suficientemente a la aplicación del Artículo 2 del Pacto relativo a la no discriminación de la mujer y de las minorías.
- A menudo los países no cumplen con la obligación de sancionar leyes y reglamentos relativos a las obligaciones estipuladas en el Pacto. Por ejemplo, en muchos países se sigue explotando el trabajo infantil a pesar de las leyes que prohíben emplear a menores de 14 años.
- A pesar de que en el Artículo 13 se dice que la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente, y que en el Artículo 14 se dispone que en el momento de hacerse parte en el Pacto, el Estado que aún no haya podido instituir la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza primaria se compromete a elaborar y adoptar un plan detallado dentro de un plazo de dos años, muchos países no lo hacen.

Muchos países presentan informes que no cumplen con los requisitos exigidos por el Comité para tales informes (artículos 16 y 17).

25 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Quinto período de sesiones - Párrafo 10 de la «Observación general 3 - La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del Artículo 2 del Pacto)». *Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos de derechos humanos creados en virtud de tratados*. Documento HRI/Gen/1 del 4 de septiembre de 1992.

26 Ibid. Par. 12.

Esta lista de violaciones es preliminar. Compilar un inventario más completo de ejemplos concretos de cada una de las tres categorías de violaciones respecto a cada derecho reconocido en el Pacto supondrá un paso importante para establecer mejores mecanismos de supervisión. Dado que los supervisores conocerán de antemano las violaciones que pueden encontrar, un inventario como éste puede sentar las bases para darles instrucciones y orientarles acerca de lo que deben

considerar y verificar respecto a derechos concretos. Al conocer mejor las violaciones más significativas, también será posible establecer niveles e indicadores para evaluar la aplicación del Pacto. El programa de Ciencia y Derechos Humanos de la *American Association for the Advancement of Science* ha propuesto llevar a cabo un proyecto semejante en colaboración con *Human Rights Information and Documentation Systems International (HURIDCOS)* y el Colegio de Abogados de Canadá.

América Latina: Desafíos Frente a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Gustavo Gallón Giraldo*

I. Principales Obstáculos para la Efectividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

1. Al hablar del logro efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales es necesario tener en cuenta, entre otras cosas, el desigual nivel de desarrollo de los países. Del texto mismo del pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales se deriva el concepto de *progresividad*.
2. Este concepto a veces se ha utilizado para encubrir la inobservancia de los estados respecto de sus obligaciones derivadas del pacto mismo. Es necesario señalar que el desarrollo progresivo de los derechos establecidos en el pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales no queda librado a la libre voluntad de los estados y los gobiernos.

3. En efecto, existen unas obligaciones mínimas a cargo de los Estados y unos contenidos mínimos de los derechos que en todo caso deben cumplirse desde un inicio. Hay consenso entre los expertos, especialmente en lo atinente a las obligaciones mínimas de los Estados.
4. A partir de las obligaciones mínimas de los Estados es posible establecer un primer nivel de observancia o inobservancia del pacto por parte de los Estados partes. Cabe aquí resaltar la importancia de los Principios de Limburgo, adoptados en 1986 con los auspicios entre otros de la Comisión Internacional de Juristas¹. Pero también el Comité De Derechos Económicos Sociales Y Culturales del *pacto* correspondiente en su observación general número uno trató el tema de las obligaciones de los Estados.²

* Gustavo Gallón Giraldo es Director de la Comisión Andina de Juristas, Seccional Colombiana. Este artículo fue elaborado en colaboración con Alberto León Gómez Zuluaga, Subdirector de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Comisión Andina de Juristas, Seccional Colombiana.

1 Véase LA REVISTA, Número 37, Diciembre 1986, Comisión Internacional de Juristas CIJ, Ginebra, Suiza, págs. 62 y Ss.

2 En su quinto período de sesiones, 1990, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales produjo su tercera observación general, la que versó sobre «*la índole de las obligaciones de los Estados partes*» (párrafo 1 del artículo 2 del pacto). Puede consultarse la versión oficial en lengua española en el documento ONU con la signatura E/1991/23. Recientemente fue reproducido en el doc. HRI/GEN/1/Rev.1, páginas 56 y siguientes.

5. Es necesario resaltar que hoy no queda duda de que la obligación de los Estados partes de «adoptar medidas»³ no tiene en el *pacto* condicionamiento ni limitación que permita a un Estado parte abstenerse de hacerlo. Pero es más: la obligación, que es de actuar, cumple el mandato de la norma siempre y cuando represente el aprovechamiento del «máximo de los recursos disponibles»

Cabe entonces, para hablar de la puesta en marcha de medidas encaminadas al pleno y efectivo logro de los derechos económicos, sociales y culturales formularse la pregunta ¿este o aquel estado ha actuado efectivamente para garantizar los derechos del pacto? ¿lo ha hecho mediante la adopción de políticas? ¿en caso afirmativo, se ha quedado allí, o, como lo dispone el pacto, ha aprobado leyes que permitan avanzar en el efectivo logro de los derechos reconocidos por el pacto? ¿en todos los casos, ha actuado hasta el máximo de los recursos disponibles? ¿Es posible identificar avances en el bienestar general de la población (nivel de vida), en el acceso a la salud y a la educación, en la calidad de los servicios existentes en salud y educación o en los niveles de empleo?

6. Las preguntas anteriores, permiten hacer referencia a otra de las aristas del problema: los indicadores.

Por la estrecha vinculación de los derechos económicos, sociales y culturales con el grado de desarrollo y con la estabilidad política y económica, para la determinación del grado de reconocimiento y efectividad de estos derechos se ha acudido frecuentemente a indicadores tomados de la economía y de la sociología.

Hace falta en este punto avanzar desde la óptica de los derechos humanos para redefinir los indicadores o bien para identificar indicadores propios, de tal suerte que permitan un examen adecuado del estado actual de efectividad de los derechos comentados en un estado dado.⁴

7. Resulta pues importante trabajar en la construcción de indicadores de los derechos humanos fundados en el contenido de cada uno de los derechos económicos, sociales y culturales. Para ello es condición la determinación de los contenidos precisos de estos derechos, para identificar de manera precisa aquello que es necesario evaluar.

En este campo y desde esta óptica los indicadores no deben estar limitados a simples datos estadísticos y por el contrario deben ser de tal naturaleza que permitan registrar los avances y los obstáculos en el goce de los derechos, así como la

3 En la versión inglesa «to take steps» y en la versión francesa «s'engage à agir».

4 Es importante hacer seguimiento a los seminarios sobre indicadores promovidos por el Centro de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Las conclusiones el primero de ellos se pueden consultar en el documento ONU A/CONF.157/PC/73 de 21 de abril de 1993.

identificación de las soluciones adecuadas a estos obstáculos.

8. El disfrute de estos derechos por la sociedad en su conjunto esta condicionado por factores políticos intrínsecos que suponen una organización coordinada entre los diversos ministerios y agencias estatales afectados al cumplimiento de las obligaciones adquiridas al tenor de los pactos internacionales, una estructura gubernamental eficaz y transparente.
9. Como lo advierte el Sr. Danilo Türk en uno de sus informes, otro elemento requerido para la efectividad de estos derechos, es indispensable el conocimiento, en todo el ámbito gubernamental, de los compromisos internacionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales, junto con la correspondiente adhesión a ellos...". Este conocimiento debería conducir a una planeación económica orientada hacia la realización de estos derechos.
10. El dictamen sobre el efectivo logro de los derechos económicos, sociales y culturales se dificulta en los Estados de la región entre otras cosas por la carencia de datos confiables. Esta tarea fundamental para un adecuado diagnóstico de la situación esta fundamentalmente en manos de agencias estatales, que en ocasiones manipulan la información por razones políticas y en otras carecen de capacidad para llevar registros verídicos. En materia de salud, por ejemplo es frecuente

el subregistro de información por incapacidad de los organismos oficiales para la recolección.

Como problemas facilmente identificables, se pueden advertir - entre otros - la heterogeneidad de fuentes y la ausencia de una metodologia que permita homologar las informaciones de diverso origen; la falta de independencia de las oficinas públicas encargadas de llevar los registros; el problema de financiamiento de las investigaciones, y, la falta de desagregacion adecuada de los datos.

En esta importante actividad es deseable la presencia de la sociedad civil con mecanismos propios de seguimiento y control a los sistemas estadísticos de los Estados.

11. Previas las consideraciones anteriores es importante afirmar que en la región la adecuada observancia de los derechos económicos, sociales y culturales dista mucho de aproximarse a niveles que se correspondan con las metas deseables o al menos con las obligaciones mínimas de los Estados. Es necesario dejar claro que si bien lo afirmado es cierto, el nivel de logros es diverso en los países de la región.
12. En efecto, son diversas las circunstancias y razones que militan para que apenas pueda hablarse - sin rigor - de condiciones similares en el cumplimiento de las obligaciones mínimas por parte de los Estados, pero en ningún caso de condiciones iguales.

Estas circunstancias van desde aquellas de naturaleza histórica hasta las políticas, pasando por las económicas y sociales. Con esta advertencia, para explicar lo dicho en el párrafo 9, me limitaré aquí a señalar algunas cuestiones relevantes en un buen número de países latinoamericanos.

No en todos los países de la región se presentan simultáneamente todas las circunstancias que señalo, sino que reflejan un poco el espectro de circunstancias que han incidido en América Latina para que la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales deje mucho que desear. (Ver anexos)⁵

13. La existencia de dictaduras militares que abusaron del poder político y económico durante largos años y la de pseudo - democracias en otros casos ha significado graves consecuencias⁶ para la plena efectividad de los derechos de la

población, tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales.

Los espacios políticos restringidos, al imposibilitar el pleno ejercicio de la ciudadanía, al no permitir la participación popular, se han colocado al servicio de élites económicas y sociales que a su vez concentran en sus manos la riqueza.⁷

14. El conflicto armado ha dado pretexto a la inversión de valores. Es frecuente en los países del área recortar la inversión social prevista por los gobiernos, magra ya en sus inicios, para incrementar el siempre jugoso presupuesto militar.⁸

15. Los Programas de Ajuste Estructural (PAE), las consecuencias políticas de apertura y globalización han tenido una incidencia notable, que ha sido objeto ya de numerosos estudios y diagnósticos, en el derecho al

5 Según el Informe de las Naciones Unidas sobre la situación social en el mundo, 1993, es posible encontrar datos tan disímiles en América Latina, como que la tasa de mortalidad postneonatal por 1.000 nacidos vivos, oscilaba para el periodo 1985-1990 desde 110 en Bolivia, 97 en Haití, hasta 18 en Costa Rica.

6. Son ejemplo de países afectados por el desbarajuste económico o y social dejado por dictaduras Haití, República Dominicana, Nicaragua, Paraguay, entre otros. Un ejemplo de Pseudo - democracia, es Colombia, donde formalmente fue restaurada en 1958, pero con un marco jurídico político excluyente creado para retener el poder político y económico en manos de un pequeño sector de la población. Ese marco jurídico, aun cuando se ha roto jurídicamente, dejó profundas huellas de exclusión y desigualdad.

7 El principio de Limburgo No. 65 dice: «La violación de los derechos económicos, sociales y culturales socava la verdadera seguridad nacional y puede poner en peligro la paz y la seguridad internacionales. El Estado responsable de una violación a estos derechos no deberá invocar la seguridad nacional como medio para justificar la adopción de medidas destinadas a suprimir toda oposición a tal violación o para perpetuar prácticas represivas contra la población».

8 Como lo afirma el Señor Türk en su informe definitivo, «La relación entre los gastos militares y los conflictos armados, por un lado, y la vigencia efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales, por el otro es obvia y no requiere ninguna explicación».

trabajo (incremento del desempleo abierto, crecimiento del sub empleo y del empleo informal, marginamiento de los beneficios de la Seguridad Social, etc.)⁹.

Sin considerar que las políticas de subsidio anteriores fuesen óptimas, es cierto que la supresión de algunos como consecuencia de los PAE o la nueva modalidad de los mismos ha repercutido negativamente en el logro efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales.

En efecto, gracias a tales «ajustes» es frecuente encontrar la disminución de la inversión social por parte de los estados a tiempo que se incrementan los niveles de desempleo abierto y se generaliza la pobreza.

16. La deuda externa de los países en desarrollo y de los menos adelantados incide gravemente en la no realización de los derechos económicos, sociales y culturales. En efecto, el servicio de la deuda distrae recursos que los Estados deberían dedicar al logro de estos derechos.

La cuestión de la deuda es necesario señalarla, pues en buena parte de los casos fue adquirida para atender áreas ajenas al desarrollo y a la puesta en marcha de políticas

encaminadas a la realización de los derechos económicos sociales y culturales.

17. La corrupción en la gestión pública es otro factor que incide negativamente en el logro de los derechos económicos, sociales y culturales en la región. Por esta vía se distraen hacia beneficiarios particulares importantes recursos que deberían aplicarse al logro efectivo de estos derechos.

II. Vigilancia Internacional

A. Sistema Universal

18. La vigilancia internacional sobre los logros de los Estados partes en el pacto de derechos económicos sociales y culturales emana del pacto mismo y se realiza primordialmente a partir de los informes periódicos de los estados en cumplimiento de la obligación establecida en él.

En 1985 el ECOSOC creó el Comité de derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁰, integrado por Expertos independientes, con el encargo de examinar los informes periódicos que los Estados tienen obligación de presentar.

9 Ver, por ejemplo, el informe *Venezuela: administración de justicia y crisis institucional*, sobre derechos humanos en Venezuela, por la Comisión Andina de Juristas y publicado por esa entidad dentro de la Serie: informes sobre derechos humanos, 5, abril de 1992, Lima, Perú.

10 Este Comité fue creado mediante Resolución 1985/17 del 28 de mayo de 1985, para reemplazar el Grupo de Trabajo Intersesional establecido por la Resolución del ECOSOC 1978/10 de 3 de mayo de 1978.

19. Este comité ha venido definiendo los alcances de su propio mandato y sus métodos de trabajo con gran amplitud. Aparte del examen de los informes de los Estados Partes, el Comité ha promulgado varias observaciones generales ¹¹.

En cuanto a los métodos de trabajo, se puede afirmar que de los órganos convencionales es el más amplio. El Comité ha abierto su espacio a las Organizaciones No Gubernamentales, sin condicionar su acción de ellas a la ostentación o no del *Status* consultivo ante el ECOSOC.

B. Sistema Regional Interamericano

20. El sistema regional que desde sus inicios presenta una continua preocupación por establecer el pleno

goce de los derechos económicos, sociales y culturales¹², es no va mucho más lejos que el sistema universal en el diseño de mecanismos de vigilancia para determinar el grado de cumplimiento o no de los mismos y su nivel de logro. Todo esto, a pesar de que la Carta de la OEA, en su preámbulo proclama la justicia social, fundada en el respeto de los derechos esenciales del ser humano como uno de los principios rectores de la Organización y reafirma «solemnemente» los principios y propósitos de las Naciones Unidas y de que, consecuente con el preámbulo, la Carta señala en su Capítulo VII una serie de normas sobre Desarrollo integral¹³.

21. En 1988 durante la XVIII Asamblea General de la OEA reunida en San Salvador, se aprobó un protocolo adicional sobre derechos

11 Las observaciones Generales proferidas hasta 1994 son: observación general 1 sobre Presentación de Informes por los Estados Partes (tercer periodo de sesiones, 1989, documento E/1989/22; Observación General 2 sobre Medidas internacionales e asistencia técnica (artículo 22 del Pacto), Cuarto periodo de sesiones, 1990, documento E/1990/23; Observación General 3 sobre La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), quinto periodo de sesiones, 1990, documento E/1991/23; Observación general 4, sobre El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto), sexto periodo de sesiones, 1991 documento E/1991/23

12 En el mismo capítulo, artículo 33, la carta establece para los Estados miembros la obligación de «dedicar los máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas:.... 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 - Defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica; j- Nutrición adecuada, particularmente por medio de la aceleración de los esfuerzos nacionales para incrementar la producción y disponibilidad de alimentos; k - Vivienda adecuada para todos los sectores de la población; l - Condiciones urbanas que hagan posible una vida sana, productiva y digna;...».

13 El artículo 29 de la Carta de la OEA, en su parte final, establece «El desarrollo integral abarca los campos económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico, en los cuales deben obtenerse las metas que cada país defina para lograrlo », en tanto que el artículo 32 ibídem dispone que «El desarrollo es responsabilidad primordial de cada país y debe constituir un proceso integral y justo que permita y contribuya a la plena realización de la persona humana».

económicos, sociales y culturales que pretende resolver el vacío existente en el marco regional en relación con la materia¹⁴

El Protocolo de noviembre de 1988 presenta algunos problemas en el plano procesal. A pesar de que el reconocimiento de derechos es bastante amplio y garantista, y de la clausula del artículo 4 que excluye cualquier restriccion de derechos reconocidos por la legislacion interna o por otro instrumento internacional a pretexto de que el protocolo no lo reconoce o lo reconoce en menor grado, solo prevé el sistema de peticiones individuales para los derechos consagrados en el literal a) del artículo 8 (libertad de asociación sindical) y en el artículo 13 (educación).

A esto se agrega la circunstancia de que los Estados miembro del sistema, en su mayoría, no han ratificado el protocolo, dejándolo expósito. Hasta la fecha, no ha entrado en vigor por esta circunstancia.

22. En el sistema regional la vigilancia y el control en materia de derechos humanos ha sido asignada fundamentalmente, por mandato del artículo 111 de la Carta, a la

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La Convención Americana (pacto de San José de Costa Rica) crea la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la que asigna competencia consultiva y contenciosa; esta última requiere expreso reconocimiento o aceptación de los Estados, al tenor de lo dispuesto por el artículo 62 de la Convención.

Ante la inaplicabilidad del Protocolo de San Salvador, se aplican los mecanismos establecidos en la Convención Americana.

23. Según el mandato de la Carta, corresponde a la Comisión (en adelante la CIDH) «promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia». La Carta remite a una Convención Interamericana de derechos Humanos para determinar los aspectos de estructura, competencia y procedimientos.

En desarrollo de lo dispuesto por el artículo 111 de la Carta, la Convención Americana de Derechos Humanos en sus artículos 33 y Sigüientes definió los aspectos fundamentales de

14 Como lo dice en Profesor Cançado Trindade, en la obra citada, pág. 51: «En el plano sustantivo, señalemos que el protocolo de San Salvador consagró el derecho al trabajo (artículo 6), a las condiciones de trabajo justas, equitativas y satisfactorias (artículo 7), los derechos sindicales (artículo 8), el derecho a la seguridad social (artículo 9), el derecho a la salud (artículo 10), el derecho a la alimentación (artículo 12), el derecho a los beneficios de la cultura (artículo 14), el derecho a la constitución y protección de la familia (artículo 15), los derechos del niño (artículo 16), y la protección de los ancianos (artículo 17), y de los minusválidos (artículo 18), y además la posibilidad de incorporar otros derechos o de ampliar los derechos ya reconocidos (artículo 22)».

competencia, integración y funciones. El Estatuto de la CIDH fue aprobado en 1979, por la Asamblea General de la OEA.

24. El artículo 41 de la Convención Americana, desarrollado por el artículo 18 del Estatuto de la CIDH es la primera norma que abre a la CIDH las puertas para su función de vigilancia. Con fundamento en lo allí dispuesto, la CIDH puede formular a los gobiernos de los Estados recomendaciones para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos, preparar los estudios o informes que considere convenientes, solicitar de los gobiernos informes y practicar visitas in loco.
25. El artículo 20 del Estatuto, por su parte, extiende la competencia de la CIDH para vigilar la conducta de los Estados miembros de la Organización que no sean partes de la Convención, en particular en lo referente a los derechos humanos mencionados en los artículos I, II, III, IV, XVIII, XXV y XXVI de la Declaración Americana De Los Derechos Y Deberes Del Hombre y examinar comunicaciones e informaciones - previo agotamiento del recurso interno - y formularles recomendaciones.
26. El reglamento de la CIDH trata de manera mas detallada sobre las facultades que corresponden a este organismo. Establece los mecanismos para los informes, para las observaciones in loco y en su artículo 64, desarrolla la parte relativa a derechos económicos sociales y culturales. En esta materia la obligación primordial de los estados es la de remitir a la CIDH copia de los informes que -según las voces del artículo 42 de la Convención- deben remitir anualmente los estados a las Comisiones Ejecutivas del Consejo Interamericano Económico y Social y del Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura.*
27. Conforme al reglamento la obligación de los Estados Partes es la de entregar la copia a la CIDH en la misma fecha que sean entregados los informes a los órganos referidos en el párrafo anterior. El reglamento permite a la CIDH «pedir a los demás estados miembros informaciones anuales sobre derechos económicos, sociales y culturales consagrados en la Declaración Americana de los derechos y Deberes del Hombre».
28. El apartado 3 del artículo 64 del reglamento permite «Cualquier persona, grupo de personas u organización presentar a la Comisión informes, estudios u otra información sobre la situación de tales derechos en todos o algunos de los Estados miembros.» Este artículo faculta a la CIDH para formular observaciones y recomendaciones sobre la situación de tales derechos en todos o algunos de los estados miembros, los cuales debe incluir en el informe anual o en un informe especial, según su propio criterio.

29. La norma comentada en el párrafo anterior es realmente amplia y constituye un filón que no ha sido suficientemente explorado en materia de vigilancia del cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales.

III. *Justiciabilidad: ¿ Sí O No?. He ahí el Reto.*

30. La indivisibilidad y la interdependencia de los derechos humanos debería permitirnos afirmar sin lugar a dudas que los derechos económicos, sociales y culturales son exigibles judicialmente. Sin embargo, estas indivisibilidad e interdependencia que constituyen principios fundamentales de la doctrina actual relativa a derechos humanos, no siempre se han reflejado en la práctica nacional e internacional.

31. Sin lugar a dudas una de las razones para que esto ocurra es que siguen siendo demasiado vagos los contenidos de algunos de los derechos económicos, sociales y culturales. En igual forma existe alguna vaguedad sobre las obligaciones que para los estados partes entraña el pacto de los derechos económicos, sociales y culturales.

Es probable que estas vaguedades hayan contribuido a fomentar la desatención de los estados a los

derechos económicos sociales y culturales.

32. Otra de las múltiples razones que contribuye a explicar esta realidad es que en los países con graves problemas de violación de los derechos económicos sociales y culturales generalmente corre pareja una sistemática violación de los derechos civiles y políticos. Esta circunstancia ha llevado a que el movimiento internacional de los derechos humanos haya concentrado sus esfuerzos en ver que se garanticen la vida (en su mas inmediata aceptación del derecho a no ser asesinado), la integridad física y la libertad individual.

Esta prioridad, determinada por las urgencias de la realidad no puede entenderse como el reconocimiento de una jerarquía de los derechos. No. Simplemente lo que ha pasado es que la barbarie ha desafiado a la humanidad de tal manera que la ha llevado a colocar en un plano posterior a los derechos de los que aquí hablamos.

33. Como lo dice el estudio de las Naciones Unidas sobre *El Derecho A Una Alimentación Adecuada Como Derecho Humano*¹⁵ «...el error cometido consiste en confundir la cuestión de si el derecho se ha convertido en un derecho judicialmente exigible con la de si el derecho existe en virtud de la legislación internacional» (Documento citado, párrafo 43).

15 Documento GE.89-15425/8014/5.

34. Más adelante, en su párrafo 73, el mismo documento dice: «...Muchos derechos humanos reconocidos no han sido concebidos aun de forma que sean perfectamente exigibles judicialmente, ni se ha asegurado la posibilidad de reparación y de cumplimiento de ellos. Ahora bien, comparten esta carencia con la mayoría de los derechos dimanantes del derecho internacional. Siguen siendo derechos, pero su imperfección constituye un desafío a la creatividad jurídica» Claro como está el pleno carácter de derechos, esta también claro que el camino hacia la exigibilidad judicial está abierto y que es necesario encontrarlo.

35. Algunos de los derechos que usualmente se tratan como derechos sociales o económicos, han sido igualmente reconocidos como derechos civiles y políticos. Son ellos básicamente a los derechos de trabajo, igualdad y asociación. Estos derechos pueden llamarse «puente» y establecen en forma clara e indiscutible la vinculación entre los dos grupos y permiten comprender mejor la integralidad de los derechos humanos.

En los derechos internos de los países existen acciones judiciales de derecho interno para hacer valer

estos derechos»puente». Se pueden identificar procesos para hacer valer las regulaciones sobre jornada, estabilidad y protección al trabajo, aspectos que constituyen elementos del derecho al trabajo; en igual forma suelen existir procesos judiciales que permiten la protección judicial de la igualdad y de la asociación.

36. Como lo recuerda el profesor Antônio Cançado Trindade, en la tentativa de hacer una clasificación de los derechos humanos jugaron diversos criterios¹⁶. Quiero retomar el criterio que pretende responder a la pregunta de si determinado derecho debe ser garantizado por el Estado o frente al Estado, para señalar que los que he dado en llamar derechos «puente» exigen su garantía frente al Estado y por el Estado.

37. Si bien es cierto que uno de los criterios usados para la clasificación de los derechos humanos ha sido la de que los civiles y políticos reclaman del Estado una abstención, una conducta de no interferencia en tanto que los económicos y sociales necesitan de una acción positiva, estos criterios tienden a desdibujarse, no son absolutos y no pueden adoptarse de manera simplista y mecánica.

16 Cançado Trindade Antônio, la cuestión de la protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales: evolución y tendencias actuales IIDH, San José de Costa Rica, Serie para ONG N°.6.

38. Las características fundamentales de estos derechos de doble naturaleza o «derechos puente», pueden resumirse así:

a) La comunidad internacional, además de consagrarlos en diversos instrumentos, ha avanzado desde las consagraciones escuetas, genéricas, a la concreción -en diversas normas internacionales- de contenidos conceptuales. A partir de estas elaboraciones se puede, por ejemplo reconocer que el derecho al trabajo esta estrechamente ligado a os instrumentos que proscriben la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso, así como a los Convenios de la OIT que regulan, por ejemplo, la jornada.

b) a este grupo de derechos nadie les discute el carácter de derechos civiles y políticos, no obstante los cual se reiteran como derechos económicos y sociales.

c) hasta concurrencia de los contenidos que ha logrado elaborar la comunidad internacional, son susceptibles de protección judicial, sin perjuicio de que en la evolución, se encuentren nuevos contenidos exigibles judicialmente.

39. Como lo afirmé en el párrafo supra, los derechos de doble naturaleza o «derechos puente» han logrado un nivel de concreción en sus contenidos que han ido generando mecanismos

de protección en los derechos nacionales. Ponía allí el caso del derecho al trabajo, entendido en sus componentes libertad de trabajo y condiciones dignas de trabajo. en las legislaciones nacionales existen formas de acceso al juez o para hacer valer estos componentes del derecho.

El mayor problema lo presentan otros derechos en cuya elaboración aun no hay consensos, como el derecho a la educación o el derecho a la salud.

40. Sin embargo, hay que tomar nota de que los derechos nacionales han empezado a avanzar en dirección a diseñar acciones y procedimientos adecuados para la exigencia de los derechos comentados.

41. Un primer paso, laudable por cierto, pero insuficiente, es la *constitucionalización* de los derechos. Se puede observar hoy una tendencia a incluir en las constituciones políticas de los estados un catalogo de derechos. Esto es sin duda importante y saludable; empero, de nada sirven esos catálogos si no van aparejados con un desarrollo legislativo que incluya las acciones judiciales posibles.

42. Pero, las legislaciones son avaras a la hora de establecer mecanismos judiciales para la exigencia y efectividad de los derechos económicos sociales y culturales. Probablemente esta avaricia está determinada por el poco avance en la definición de contenidos concretos,

esenciales, claros y precisos de los derechos económicos, sociales y culturales.

43. A la avaricia de las legislaciones, se agrega la timidez, o la ignorancia, o, por qué no, la falta de creatividad del poder judicial. En el párrafo 33 supra fue citado un texto de Naciones Unidas, en el cual se habla del desafío que para la creatividad jurídica supone el hallazgo de vías judiciales adecuadas para obtener la efectiva garantía de los derechos humanos y en particular de los derechos económicos, sociales y culturales.

44. En este camino, resulta entonces deseable que las Constituciones de los estados, además de proclamar y garantizar ellas mismas estos derechos, abran el camino a acciones al alcance de las personas y de los ciudadanos.

Es importante por ejemplo que cualquier persona o cualquier ciudadano puedan impugnar ante la jurisdicción correspondiente las normas de derecho interno que vayan en contra vía de los derechos reconocidos en los pactos y en particular de los derechos económicos sociales y culturales. Igualmente importante resulta que tanto el Juez como el funcionario administrativo puedan inaplicar una norma por considerarla contraria al mandato constitucional y que las partes en el proceso o actuación también puedan proponer la inconstitucionalidad como excepción.

Son estas dos formas de democratizar la defensa de las garantías y derechos fundamentales.

45. Es deseable así mismo que puedan atacarse por violación de la Constitución y de la Ley los actos de las autoridades administrativas. No debería exigirse la demostración de un interés particular para la impugnación de los actos de la administración y por el contrario debe considerarse siempre que la violación del ordenamiento jurídico en perjuicio de los derechos fundamentales habilita a cualquier persona para actuar y restablecerlo con efectos *erga omnes*.

46. En este camino de la *constitucionalización* de los derechos fundamentales y en particular de los derechos económicos, sociales y culturales, resulta deseable también que las constituciones de los estados reconozcan su jerarquía a los Instrumentos Internacionales de derechos humanos, bien dándoles prevalencia, bien reconociéndolos como integrantes del derecho interno o ambas cosas.

47. En cuanto derechos fundamentales, los derechos económicos, sociales y culturales deben ser tutelables mediante acciones de trámite ágil de quien considere que se le han vulnerado. Es que generalmente las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales resultan irremediables. Es por ello que debe tratarse de acciones de trámite ágil, pues someter su reconocimiento judicial a los

procedimientos ordinarios puede conducir a hacer nugatorio en la práctica un derecho de esta naturaleza.

Es evidente que para llegar a la consagración de este tipo de acciones, llámense de tutela, de amparo, o en cualquier otra forma, es necesario desarrollar claramente los contenidos esenciales de tal parte que titulares, obligados y jueces tengan claro cuales son los elementos del derecho exigibles judicialmente.

48. Este tipo de acciones deben poder orientarse contra actuaciones de todos los agentes del poder público y de los particulares. Deben ser acciones extraordinarias y urgentes para impedir la consumación o la continuidad de una violación de derechos fundamentales o para prevenir sus violaciones.

49. En la medida en que se logre precisar los alcances y contenidos de los derechos económicos, sociales y culturales se desentrañen, deberían ser objeto también de los procedimientos judiciales ordinarios para su garantía.

50. Para que las diversas instituciones procesales que se encuentran hoy o que puedan crearse en los derechos nacionales sean instrumentos de efectiva garantía de los derechos económicos sociales y culturales, es necesario garantizar al menos que:

a) Los instrumentos internacionales sean asumidos como fuente

de derecho, en consonancia con las interpretaciones que hayan producido los órganos de control existentes en los espacios internacionales.

b) El debate sobre los contenidos esenciales sea fluido e incluya a los aparatos judiciales y los organismos de control de los países.

c) Exista un poder judicial **idóneo, imparcial e independiente.**

51. El tímido avance que se encuentra en los derechos nacionales para definir los recursos y procedimientos para poner los derechos económicos, sociales y culturales al alcance los tribunales nacionales, de tal suerte que el ciudadano pueda acceder a estas instancias para hacer que hoy justiciabilidad y vigilancia internacional marchen parejas, hasta el punto de que los mecanismos que ofrece la comunidad internacional se asuman como una forma de *justiciabilidad latu sensu*

IV. La necesidad de un Protocolo Facultativo. El Deber Ser.

52. Como puede entenderse con facilidad, la indivisibilidad e inseparabilidad de los derechos humanos emergen de la naturaleza integral y compleja del ser humano. Dimanan directamente de la dignidad del hombre en cuanto especie.

En este orden de ideas, asumo que los derechos humanos, no importa

que su consagración se encuentre dispersa en numerosas normas internacionales, sólo constituyen *standares* mínimos a cuyo logro se han comprometido los estados partes.

Es forzoso reconocer que en el conjunto de derechos reconocidos por la Comunidad Internacional, existe un grupo mas pequeño cuya garantía es obligatoria para los estados, sean o no parte en los respectivos instrumentos, y que por demás, son inderogables. Me refiero indudablemente a aquellos derechos que hacen parte del *ius cogens internacional* o lo que es lo mismo del derecho imperativo.

Agrego que para que un derecho sea considerado como parte del *ius cogens*, no resulta óbice que de él se predique que es un derecho económico, o social o cultural. Es el avance de la civilización jurídica universal el que determina el reconocimiento de los derechos que a la par de esos avances devienen en imperativos.

53. A propósito de la indivisibilidad, la interdependencia y la inseparabilidad de los derechos humanos y quiero retomar el hilo. Al hacerlo, recuerdo como la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo dejó establecido en su preámbulo que la violación de o el no reconocimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores por un solo estado compromete la paz mundial.

Desde 1919 tiene vida esta clarísima manifestación que liga la paz de las naciones al respeto y garantía de los derechos de los ciudadanos, en particular de los derechos relativos al trabajo. Y la historia -a mi modo de ver- ha dado la razón en buena parte a los redactores de la constitución de la OIT, pues muchas de las guerras que desde entonces se han librado en el mundo han invocado el reclamo de derechos de grupos humanos o se han desatado para desconocerlos.

54. Una premisa necesaria entonces es que los económicos, sociales y culturales son verdaderos derechos en el sentido estrictamente jurídico de la expresión. Con esto se está significando que tienen su fundamento inmediato en normas jurídicas obligatorias y que -de otra parte- el cumplimiento de esas normas resulta insoslayable para los estados.

55. En esta premisa va implícito el **derecho** de la Comunidad Internacional para exigir a sus miembros acciones concretas encaminadas al efectivo logro de estos derechos.

Es apenas obvio que si la Comunidad Internacional tiene derecho a exigir determinadas acciones encaminadas a cumplir con el efectivo logro de estos derechos, también los ciudadanos de los estados pueden reclamar de estos el deber de garantía.

56. Y me he detenido a expresar claramente esta premisa, por cuanto aun

hoy existen en el mundo quienes pretenden ver en los derechos económicos, sociales y culturales un proyecto político y, en el mejor de los casos una propuesta ética, pero insisten en negar su carácter claramente jurídico. Y a esta tesis ha contribuido el uso de la equívoca denominación de *derechos de segunda generación* para hacer referencia al grupo de derechos que nos ocupa, que hizo carrera durante algún tiempo y que por fortuna hoy parece derrotada, terminología que resulta perversa.

57. Los esfuerzos del Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han marchado en dirección a dejar clara la naturaleza de estos derechos y a atribuirles «la misma importancia tanto histórica como práctica que la reconocida a los derechos civiles y políticos»¹⁷. Desde su segunda sesión, que tuvo lugar en Ginebra en febrero de 1988 el Comité ha consagrado esfuerzos a la definición lo mas precisa posible de la sustancia de los derechos económicos, sociales y culturales, «con el fin de darles un contenido normativo comparable al de los derechos civiles y políticos»¹⁸. En esa dirección ha venido trabajando y para ello, entre otras cosas, ha venido programando un

debate anual sobre un derecho o un artículo del pacto.

58. No obstante los avances registrados, la vigilancia internacional sobre el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales deja bastante que desear, sobre todo si se le compara con lo que se ha logrado en el campo de los derechos civiles y políticos.

Para llegar a esta conclusión, se advierte que - salvo en el caso de la Organización Internacional del Trabajo - los mecanismos de vigilancia internacional en derechos económicos, sociales y culturales no reconocen el acceso del individuo ni de las Organizaciones No Gubernamentales para la presentación de casos.¹⁹

59. Desde su quinto periodo de sesiones el Comité de Derechos económicos, sociales y culturales ha abordado la cuestión relativa a la necesidad de un protocolo facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁰. Mas adelante, el Señor Danilo Türk, Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías sobre la

17 Cançado Trindade, op. Cit. Página 59

18 Cançado Trindade, op. Cit. Pág 58.

19 Algunos derechos, como el de Asociación Sindical, se ha reconocido la posibilidad de presentar casos ante las instancias encargadas de la vigilancia de los Derechos Civiles y Políticos, en cuanto son derechos que tienen la doble naturaleza.

20 Documento E/1994/23, párrafo 387.

realización de los derechos económicos, sociales y culturales, en su informe definitivo, recomendó de manera explícita la aprobación y adopción del protocolo facultativo.²¹

60. El Comité de derechos económicos, sociales y culturales presentó a la Conferencia de derechos humanos de Viena una declaración en la que se incluye un párrafo que recoge la convicción del Comité acerca de la necesidad de adoptar un protocolo facultativo. Allí se dijo:» [El] Comité esta convencido de que hay motivos fundados para adoptar un procedimiento de denuncia (en forma de protocolo facultativo del Pacto) respecto de la gama de derechos económicos, sociales y culturales. Dicho procedimiento sería enteramente de índole no obligatoria y permitiría que presentaran comunicaciones los individuos o grupos que afirmen que se han violado los derechos reconocidos en el Pacto. También podría incluirse un procedimiento facultativo para el examen de las quejas de los Estados.»²²

61. Existe pues ya una conciencia en la Comunidad Internacional sobre la importancia de crear un protocolo facultativo que permita la presentación de quejas. En varias

intervenciones que las ONG han formulado ante la Comisión de derechos humanos y la Subcomisión de prevención contra todas las formas de discriminación y protección a las minorías, dentro de los correspondientes items del respectivo orden del día, han saludado la posibilidad de adoptar un protocolo facultativo y han instado a que se siga adelante con el proceso para su elaboración y adopción final.

62. El texto unificado del proyecto de protocolo facultativo que actualmente se discute es el que aparece como anexo en el informe del Señor Philip Alston (documento E/C.12/1994/12, pág.15). A ese proyecto, pues, se referirán mis comentarios.

63. En términos generales, el proyecto es bastante bueno. Parece exótica la previsión que trae el apartado 2 del artículo 1 del proyecto. Si bien ese texto se explica por considerar»conveniente que esta disposición reflejara el hecho de que el Consejo Económico y Social sigue siendo el órgano de supervisión designado por el pacto y de que la función del Comité depende de que siga siendo el órgano en el cual haya delegado esta función el Consejo»²³, parece que sería mas

21 Documento E/CN.4/Sub.2/1992/16, párrafo 211

22 Transcripción tomada del documento oficial de Naciones Unidas E/C.12/1992/12, del 9 de noviembre de 1994, titulado proyecto de protocolo facultativo con disposiciones para el examen de las comunicaciones, que contiene el Informe presentado por el Sr. Philip Alston al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

23 Cfr. Informe Alston, documento E/C.12/1994/12, párrafo 17.

adecuado que el protocolo - al establecer una nueva forma de supervisión -deba dar vida propia al Comité. El ECOSOC mantendría, obviamente su derecho para asignar el examen de los informes periódicos de los Estados partes a otro órgano, si bien la posibilidad de que el ECOSOC modifique esa competencia se haría remota.

64. Comparto el enfoque amplio que trae el proyecto, tanto en cuanto a los derechos que podrían ser objeto de quejas y comunicaciones, como a la titularidad para hacerlo, permitiendo tanto a individuos como a grupos acceder al sistema.

65. En general considero que el último proyecto es bastante bueno y sería deseable que fuese adoptado por la ONU y abierto a la ratificación y adhesión de los Estados. Cabe destacar, aparte de lo dicho en los párrafos precedentes, la posibilidad de pedir al Estado parte que adopte medidas provisionales, con la obligación correlativa del Estado parte de adoptar las (Cfr, art. 5 del proyecto) y la prohibición que trae el proyecto de reservas al Protocolo (Cfr. Art. 15 del Proyecto), la competencia para el seguimiento de las decisiones (recomendaciones) del Comité (apartado 3 del artículo 8 y artículo 9 del proyecto).

66. Hay dos cuestiones no contempladas en el proyecto que se me ocurre podrían considerarse. Una primera cuestión, esta relacionada con las disposiciones del artículo 7, sobre los métodos de trabajo.

En efecto, no obstante la amplitud de los métodos descritos en el referido artículo 7 del proyecto, me parece que vale la pena incluir una disposición del estilo de la contenida en el artículo 27 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, la cual podría ser de este tenor: «Declarada admisible una comunicación, el Comité lo informará a todos los Estados partes en el Protocolo. Cada Estado parte, le concierna o no directamente la queja se obliga a poner a disposición del Comité todas las informaciones que tuviere en su poder relacionadas con el objeto de dicha queja»²⁴

67. Una segunda cuestión que podría contemplarse en el proyecto esta relacionada con el deber de cumplimiento efectivo por parte de los Estados de las decisiones del Comité. Sería deseable que las recomendaciones del Comité aparte de indicar las medidas que deben ser tomadas por el Estado, señalen el plazo dentro de los cuales dichas medidas debieran adoptarse. Si el Estado parte no acepta las

24 El artículo 27 de la Constitución de la OIT dispone textualmente: «En caso de que se decidiera someter a una comisión de encuesta una queja recibida en virtud del artículo 26, cada Miembro, le concierna o no directamente la queja, se obliga a poner a disposición de la comisión todas las informaciones que tuviere en su poder relacionadas con dicha queja»

recomendaciones, el Comité deberá informarlo al ECOSOC.

Estas disposiciones complementarían las previstas en los artículos 8 y 9 del proyecto y están inspiradas en la Constitución de la OIT.²⁵

68. Debería preverse un mecanismo para que los quejosos o cualquier individuo u organización puedan informar en cualquier momento al Comité sobre el incumplimiento de las medidas recomendadas. El Comité debería ser facultado para adoptar las medidas que estime convenientes
69. De otra parte, la previsión del apartado 4 del artículo 7 del proyecto debería ser complementada con el derecho de las partes (quejosos y Estado) de participar de la Sesión, a manera de audiencia, sin perjuicio del deber de confidencialidad hasta tanto haya una decisión. La adición propuesta no es óbice para que el Comité delibere a puerta cerrada para tomar su decisión.
- V. Conclusiones**
70. La progresividad no es predicable de todos los derechos económicos, sociales y culturales. Existe un grupo de estos que tiene aplicabilidad inmediata.
71. El efectivo logro de los derechos humanos en general y de los derechos económicos, sociales y culturales en particular, se encuentra ligado a un ambiente político de participación y democracia estable. Sólo en ese ambiente se puede garantizar su efectividad.
72. La exigibilidad judicial de los derechos económicos, sociales y culturales esta estrechamente vinculada a la determinación de los contenidos mínimos de cada derecho y de las obligaciones mínimas a cargo de los Estados.
73. Por esta misma razón, es pertinente apoyar las discusiones que en los espacios internacionales se adelantan sobre estos aspectos y hacer aportes al debate correspondiente.
74. Existen sistemas generales de vigilancia internacional a partir de los instrumentos existentes (Convención Americana y Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales), con las limitaciones que representa la imposibilidad de acceder con comunicaciones de individuos o grupos de individuos y por tanto con las dificultades que ello genera para conocer de casos individuales.
75. Los mecanismos internacionales de vigilancia y control existentes, han

25 Disposiciones sobre la obligación de los Estados de cumplir las recomendaciones de las Comisiones de Encuesta, se encuentran en los arts. 29 y 55g45entes de la Constitución de la OIT.

sido poco utilizados por los individuos y organizaciones de los Estados obligados por el Pacto. Es necesario promover - en ausencia del Protocolo y aun después de llegarse a obtener - la utilización de estos espacios mediante la elaboración de informes alternativos a los que deben presentar periódicamente los Estados en virtud del Pacto y su presentación al Comité

76. Un protocolo facultativo debe abarcar todos los derechos reconocidos en el Pacto y no únicamente algunos de ellos.
77. La vigilancia internacional requiere de la construcción de indicadores propios desde la óptica de los derechos humanos, fundados en los

contenidos de los derechos y en las obligaciones de los Estados

78. Las Constituciones de los Estados deberían reconocer directamente los derechos económicos, sociales y culturales y otorgarle a los instrumentos internacionales de derechos económicos, sociales y culturales prevalencia frente a las normas del derecho interno. Los jueces deben estar en posibilidad de dar aplicación directa a los desarrollos que de estos derechos haya elaborado la Comunidad Internacional.
79. Las anteriores vías constituyen posibilidades de desarrollo del papel de los abogados en la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales.

Nueva senda para los derechos económicos, sociales y culturales

Diego García-Sayan*

En general, no hay disciplina alguna -al menos en las ciencias sociales- que se confine a una cuestión particular sin depender de otras y, al mismo tiempo, sea coherente. En la esfera de los derechos fundamentales se plantea una situación similar. A pesar de que los derechos económicos, sociales y culturales conciernen al Derecho, la cuestión no abarca únicamente a abogados y defensores de los derechos humanos.

El Derecho -y los derechos humanos- forman parte de complejos procesos institucionales y sociales. La índole, situación y evolución de los mismos no solo depende de la elaboración de derechos consistentes o de la aplicación de procedimientos. Fenómenos sociales y políticos concretos configuran el contexto donde se da viabilidad o no a determinados derechos o se los interpreta de una u otra manera.

En lo que atañe a los derechos económicos, sociales y culturales, es obvio que la cuestión esencial es la puesta en práctica y la justiciabilidad de los mismos. ¿De qué se trata? Se trata de obtener una protección efectiva para tales derechos. Ello no solo requiere mecanismos internacionales

sino también nacionales que conozcan demandas, dispensen justicia y vayan más allá de las esferas legal y judicial. Tanto a escala internacional como nacional y local, hay otros campos de reflexión que guardan una relación más o menos directa con la posible aplicación de esta clase de derechos fundamentales. Probablemente, ésta sea la perspectiva más idónea para avanzar en esa dirección.

En primer lugar, quiero analizar brevemente algunos aspectos de la puesta en práctica de los derechos económicos, sociales y culturales a escala internacional. Considerar esos derechos con la debida seriedad supone abordar cuestiones políticas y sociales tales como la distribución del ingreso o la protección de los grupos vulnerables. En el ruedo internacional hay varios protagonistas estrechamente vinculados a esta cuestión pero me limitaré a mencionar tres: las instituciones financieras y las organizaciones para el desarrollo, el sector privado, y los gobiernos. A escala mundial, es preciso plantear algunas cuestiones capitales que guardan relación directa con la capacidad de gozar de derechos económicos, sociales y culturales en la

* Diego García-Sayan es Director Ejecutivo de la Comisión Andina de Juristas, miembro de la Comisión Internacional de Juristas y de la Junta Asesora del Centro para la Independencia de Jueces y Abogados.

mayor parte del mundo. Me referiré solamente a tres.

- a) Deuda externa - Actualmente, la deuda externa del Tercer Mundo supera los 400.000 millones de dólares. Tal cantidad de dinero no puede ser pagada, y de hecho no lo será, por el Tercer Mundo a quienes han estado prestando durante las dos últimas décadas. Esta cuestión debería, y debe plantearse si nos proponemos hablar verdaderamente en serio del goce de los derechos económicos, sociales y culturales en el Tercer Mundo.
- b) Gastos militares - Hoy en día, más del 90 por ciento de las armas del mercado mundial son vendidas por los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad. El mercado mundial de armas es una de las principales fuentes de corrupción tanto en las instituciones políticas como en las militares, pero sobre todo en estas últimas. Si este asunto no se aborda de manera clara y directa, resulta imposible hablar seriamente de derechos económicos, sociales y culturales en el Tercer Mundo.
- c) Políticas agropecuarias - Esta cuestión es sumamente importante para la mayoría de nuestros países y, huelga decir que requerirá mayor elaboración. El problema principal dimana de las políticas practicadas

por determinados países desarrollados, a menudo los europeos. Dado que en Europa se asignan subsidios a la producción agropecuaria por más de 130.000 millones de dólares al año, no hay manera de que productos similares del Tercer Mundo puedan competir en el mercado mundial.

He mencionado estas tres cuestiones a título de ejemplo pero hay otras igualmente importantes. Si verdaderamente queremos cambiar la situación actual en lo que se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales, es preciso abordar cuestiones políticas y económicas de capital importancia a escala mundial.

Organizaciones multilaterales

A escala internacional existe otro elemento relacionado con esta cuestión: las instituciones internacionales multilaterales como el Banco Mundial y el FMI que son protagonistas de primer plano en esta esfera. El consiguiente respeto y mejora de los derechos económicos, sociales y culturales no se puede lograr, dejando de lado las políticas de las principales instituciones multilaterales en las esferas de las finanzas y el desarrollo. No se trata solamente de intercambiar información, tal como se ha declarado en los **Principios de Limburgo**¹ sino de abordar algunas de las políticas

1 NOTE 1

fundamentales impuestas por dichas instituciones.

Habida cuenta de algunos efectos desastrosos de las políticas de ajuste estructural en las condiciones sociales de la mayoría de nuestros países y del debilitamiento correlativo de la capacidad del Estado de hacer frente a los principales problemas sociales, en algunas de estas instituciones ha habido últimamente algunos cambios de orientación que no deben subestimarse porque son importantes. Por ejemplo, en los últimos meses, el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo han aludido a la necesidad de «reconstruir el Estado».

Este enfoque difiere bastante del que han fomentado estas instituciones en las últimas décadas, es decir, una suerte de *laissez-faire*, política cuya meta principal era reducir el papel del Estado. Al parecer, ahora ambos confieren mayor importancia a la necesidad de aumentar los gastos sociales y garantizar que las políticas sociales estén siempre presentes en las políticas del Estado y no sean tan solo una cuestión de enfoque común de determinados gobiernos. Ambas instituciones también se han referido a la necesidad de operar cambios radicales en la manera en que el Estado encara cuestiones tales como la distribución desigual del ingreso en la mayoría de los países.

En América Latina, el tema se trató con frecuencia en la década de 1970 e incluso en la de 1980. Según las cifras del Banco Mundial, la distribución del ingreso en América Latina es la que

presenta mayores desigualdades respecto al resto del mundo. Sin embargo, en estos últimos años, los políticos locales y nacionales, salvo raras excepciones, han olvidado esta cuestión tan importante. Paradójicamente, el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial vuelven a inscribirla en el orden del día y recaban información concreta acerca de las políticas de ajuste estructural de determinados países donde la distribución desigual del ingreso representa un problema capital para la estabilidad política y social.

Los políticos de izquierda y de centro izquierda ya no son los únicos que llaman la atención acerca de este problema; ahora lo hacen el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, planteando cuestiones relativas al control de los gastos militares y la corrupción que socavan toda posibilidad de estabilidad política o de verdadero goce de los derechos económicos, sociales y culturales.

Aun así, debe quedar bien claro que esta evolución no se traducirá inmediatamente por un cambio radical de las políticas de ambas instituciones. Ello no quita que haya resultados concretos. Por ejemplo, el Banco Mundial tiene actualmente un programa de fomento de la Reforma Judicial que va ganando importancia; hace cinco o seis años hubiera resultado difícil prever que ello sucediera. Puede alegarse que gran parte de todo esto es pura retórica y no implica un cambio paulatino y concreto de las políticas actuales del Banco Mundial pero, ese cambio de retórica es real y sin lugar a dudas abre el camino para incorporar

los derechos humanos en las políticas de desarrollo financiero a escala regional y mundial.

Será imposible lograr una mejora significativa en lo que atañe a los derechos económicos, sociales y culturales, si esta evolución no se considera con la debida seriedad y si no conseguimos que, a partir de este cambio, se operen algunas modificaciones en las políticas de desarrollo mundial, inscribiendo de manera convincente la cuestión de los derechos humanos en el ámbito de las mismas. Si estas cuestiones primordiales se dejan de lado, no tendría sentido tratar de mejorar determinados elementos tales como los métodos de trabajo del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o promover la aprobación de un protocolo facultativo.

Teniendo presente el papel fundamental que desempeñan estas instituciones, tal vez haya llegado el momento de imaginar las medidas que podrían tomarse para aprovechar como corresponde esta nueva retórica que abre una nueva senda para los derechos humanos. Me refiero, por ejemplo, a la posibilidad de que una institución tan importante y crucial como el Banco Mundial pueda crear un cargo de *ombudsman* cuya función no solo consistiría en seguir de cerca un proyecto determinado sino también de manera más general, las políticas de ajuste estructural y las consecuencias sociales y ambientales de las mismas. Dicho *ombudsman* podría, por ejemplo, tratar con particulares, organizaciones y gobiernos.

Muchos gobiernos son sumamente conscientes de los efectos sociales y ambientales que tienen las políticas de ajuste estructural en sus propios países. Sería una excelente oportunidad abrir esta nueva puerta para entablar una suerte de diálogo a través del cual, el *ombudsman* no solo recibiera comunicaciones de personas y grupos acerca de los efectos de determinadas políticas, sino que además aconsejara o asesorara a los gobiernos sobre la manera de encarar los efectos de determinadas políticas y de aplicar el concepto de goce progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales.

La cuestión de estos derechos es tan compleja que dejarla únicamente a cargo de los órganos de derechos humanos sería bastante irresponsable porque en nuestros días no ejercen una influencia decisiva en el destino del mundo ni en lo que atañe a la observancia o no de dichos derechos. Por ende, la cuestión deben abordarla aquellas organizaciones cuyas políticas son determinantes.

Ésta es tan solo una idea pero lo que realmente propongo es entablar el debate acerca de los mejores mecanismos que podrían sugerirse y fomentarse, habida cuenta del importante cambio de retórica que se ha constatado recientemente.

Justiciabilidad

En cuanto al ámbito nacional y más concretamente a la cuestión de la justiciabilidad, la primera medida que se impone consiste en incorporar los derechos económicos, sociales y

culturales a la legislación de cada país. En algunos casos, en función del sistema jurídico, bastará con ratificar los tratados para que dichos derechos se incorporen automáticamente al derecho nacional. En otros, sería necesario promover la inclusión de los mismos en la Constitución o las leyes.

En cualquier caso, hay que reconocer que en una gran cantidad de países, los derechos económicos, sociales y culturales fundamentales se han incorporado, de una u otra manera, a la Constitución o a las leyes, independientemente de que hayan ratificado o no el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. No obstante, tal como han señalado muchos autores, hasta ahora no se ha ahondado lo suficiente en la cuestión de la justiciabilidad. Muchos factores contribuyen a ello pero me limitaré a mencionar tres.

Primero: La redacción de algunas disposiciones. Por ejemplo, en el artículo 15 del Pacto se habla del derecho a beneficiar del progreso de la ciencia. El enunciado es tan amplio y vago que resulta difícil imaginar la manera en que los tribunales podrían intervenir al respecto.

Segundo: Los mecanismos de verificación internacionales. La flaqueza de los mismos salta a la vista y una de las consecuencias de dicha flaqueza es la falta de una jurisprudencia básica que podrían utilizar los tribunales locales o nacionales.

Tercero: La inexistencia de una judicatura independiente y de procedi-

mientos rápidos es otra cuestión muy importante que se plantea en la mayoría de nuestros países. Huelga decir que no hay manera de cumplir acciones judiciales ni dar respuestas categóricas si la magistratura no es independiente y si no existen procedimientos rápidos para conocer las demandas de grupos e individuos. Algunos derechos pueden invocarse de manera muy clara en nuestros tribunales, citemos por ejemplo la no discriminación, la igualdad y el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos. Aun así, la falta de independencia y de procedimientos rápidos restringen la acción de los tribunales.

De ahí la importancia de considerar también la conveniencia de utilizar mecanismos cuasijudiciales, teniendo presente, tal como se declara en los Principios de Limburgo, que no todos los derechos económicos, sociales y culturales pueden ser justiciables inmediatamente. De hecho, la cuestión de la justiciabilidad no se limita, y no debe limitarse a los mecanismos y procedimientos judiciales. La justiciabilidad debe abordarse desde una perspectiva mucho más amplia. Al respecto, el recurso a mecanismos cuasijudiciales podría ser muy importante; una institución como la de *ombudsman* nacional, por ejemplo, cuyos procedimientos, en principio son más rápidos y que en muchos países han sido más independientes que la judicatura.

Estos recursos cuasijudiciales podrían ser mucho más accesibles y efectivos. Recientemente, en países de América Latina ha habido varios ejemplos importantes. Citemos los casos de El Salvador y en alguna

medida Guatemala, Costa Rica y Colombia donde los *ombudsmen* nacionales se están ocupando de los derechos económicos, sociales y culturales de manera más fructífera que como lo hace la judicatura.

En todas partes del mundo debería apoyarse decididamente a los *ombudsmen* independientes y promover procedimientos relativos a los derechos económicos, sociales y culturales en dichas instituciones, procediendo caso por caso cuando se trate de individuos, o de manera colectiva cuando se trate de asociaciones, instituciones, partidos políticos, ONG, colegios de abogados o cualquier otro grupo similar. Habida cuenta de los problemas que se plantean a la judicatura en la mayoría de nuestros países y de la tendencia a

emplear procedimientos sumamente formalistas, estos procedimientos cuasijudiciales ofrecen una excelente oportunidad de consolidar los derechos económicos, sociales y culturales.

Está claro que en lo que atañe a la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales no hay soluciones fáciles e instantáneas; toda solución o medida al respecto requerirá imaginación para abordar las cuestiones inherentes a los mismos y establecer una estrategia que englobe a todos los protagonistas en una misma lucha. Si lo lográramos, andaríamos por buen camino para tratar esta cuestión compleja y, poco a poco, las actividades en las esferas jurídica, judicial o cuasijudicial irían teniendo éxito.

Panorama general de la función que incumbe a los abogados en la realización de los derechos económicos, sociales y culturales

Tokunbo Ige*

La función que han de cumplir los abogados en la realización de los derechos económicos, sociales y culturales dimana de su deber profesional de garantizar el respeto del Imperio del Derecho.

Habida cuenta de que a todo nivel, muchos de los que deberían ocuparse de velar quienes se ocupan de velar por los derechos humanos los siguen ignorando, no es posible contentarse con señalar la índole de los mismos en cuanto derechos humanos fundamentales. En el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada en 1948, se proclama que: «tanto los individuos como las instituciones» tienen el deber de protegerlos.

Los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, que la Asamblea General de la ONU

hizo suyos en 1990¹, en muchas esferas adhiere a los principios básicos relativos al Imperio del Derecho, aprobados en Lagos en 1961 y descritos con mayor precisión en la resolución de Río de 1962², (ambas, Conferencias de la CIJ).

En el preámbulo de los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados se dice que «la protección apropiada de los derechos humanos y de las libertades fundamentales que toda persona puede invocar - ya sean económicos, sociales y culturales, o civiles y políticos - requiere que todas las personas tengan acceso efectivo a los servicios jurídicos prestados por una abogacía independiente.» También se asevera que «las asociaciones profesionales de abogados tienen que desempeñar la función esencial... de facilitar servicios jurídicos a todos los que los necesiten y cooperar con las instituciones gubernamentales y otras instituciones para impulsar los fines de la justicia y el interés público.»

* Tokunbo Ige, Asesora para África de la CIJ, presentó este documento ante la Conferencia de la CIJ sobre derechos económicos, sociales y culturales que tuvo lugar en Bangalore, India, del 23 al 25 de octubre de 1995.

1 Véanse resoluciones de la Asamblea General de la ONU: 45/121 del 14 de diciembre de 1990 y 45/166 del 18 de diciembre de 1990.

2 Véase *Imperio del Derecho y derechos humanos - Principios y definiciones*, CIJ, Ginebra 1967.

La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el mundo de hoy se lleva a cabo, en gran medida, a escala internacional sin demasiada voluntad política. Los proverbiales supuestos de que la protección de dichos derechos es costosa, de que no son justiciables y del problema que plantea definirlos *en tanto que* derechos han contribuido ampliamente a esta situación.

Los partidarios de la teoría de la no justiciabilidad fundan sus argumentos en la validez de dichos derechos, oponiéndola a la aplicabilidad de los mismos y proclamando que no pueden ser invocados ante los tribunales. En los Principios de Limburgo de 1986 se intenta aclarar la situación, poniendo el énfasis en que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) crea obligaciones jurídicas internacionales que deberían interpretarse de buena fe, conforme a las disposiciones de la Convención de Viena.³ Si bien en los citados principios se reconoce que la plena realización de estos derechos ha de lograrse paulatinamente, se declara que algunos de ellos pueden ser justiciables inmediatamente y otros más adelante.

Los abogados pueden ser muy útiles en lo que atañe a hacer valer esta posición especialmente en el plano nacional. La Constitución de muchos países garantiza algunos derechos económicos, sociales y culturales tales

como el derecho al trabajo, la educación y la salud.⁴ La medida en que estos derechos pueden llegar a ser justiciables varía y la mayoría de los sistemas jurídicos no disponen de mecanismo alguno para promoverlos y protegerlos concretamente. Los colegios y asociaciones de abogados pueden contribuir a impulsar la creación de esos mecanismos cuyo objetivo primordial ha de ser el de propiciar la aceptación de estos derechos en cuanto derechos fundamentales y supervisar la protección de los mismos. En otros países donde los tratados internacionales se han incorporado al derecho nacional mediante las leyes consiguientes, las disposiciones de los tratados son aplicables en los tribunales.

Poner a prueba ante los tribunales la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales como se ha hecho en la India, puede ayudar a establecer la jurisprudencia necesaria para garantizar la protección global de los mismos. A pesar de la controversia que generara, el planteamiento de «litigación de acción social» contribuyó a inspirar reformas legislativas e ideas creativas respecto a la protección de estos derechos en la India.

La jurisprudencia en la materia demuestra que los derechos económicos sociales y culturales pueden ser protegidos mediante los tratados de derechos civiles y políticos. La Comisión de Derechos Humanos de la ONU y los órganos supervisores del

3 Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, aprobada en 1969.

4 Véanse las constituciones de India, Irlanda, Namibia y Uruguay.

Convenio europeo para la protección de los derechos humanos han aplicado este enfoque para proteger algunos elementos de estos derechos.⁵ Dichos organismos han utilizado la cláusula de no discriminación del Artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el derecho a un juicio equitativo estipulado en el Artículo 6 del Convenio europeo, para consolidar la protección judicial de los derechos económicos, sociales y culturales. En los Principios de Limburgo se insta a los órganos que velan por la aplicación correcta del PIDESC a prestar especial atención a los principios de no discriminación y de igualdad ante la ley, al evaluar el cumplimiento del Pacto por parte de los Estados Partes.

La labor del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en lo que atañe a establecer el marco jurídico para protegerlos representa un paso importante del derecho internacional. La aprobación del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos (1988) y los últimos cambios operados en los mecanismos de aplicación previstos en la Carta Europea son otras tantas medidas alentadoras en aras del fortalecimiento del carácter legal de las obligaciones estipuladas en dichos tratados.

Mientras esperamos que en el ámbito de las Naciones Unidas se establezca

un procedimiento de demanda individual (derecho de petición), las violaciones de derechos económicos, sociales y culturales pueden denunciarse por conducto de los procedimientos previstos a escala nacional e internacional. El cúmulo de jurisprudencia establecida por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) mediante el procedimiento de quejas es muy loable.

La índole concreta de los derechos en cuestión exige que se aprueben nuevas estrategias para garantizar la protección de los mismos. Tal como concluye el Sr. Danilo Türk en su informe «aunque no cabe duda de que los planteamientos jurídicos pueden dar grandes resultados, también es cierto que se deben conjugar con un examen de las pautas sociales y las realidades políticas de más alcance»⁶ sobre todo a escala nacional. Algunas de estas situaciones requerirán que los abogados se asocien con otros profesionales tales como estadígrafos, economistas, trabajadores sociales y ombudsmen, cuando corresponda, para definir los derechos y establecer directrices sobre la verificación y aplicación de los mismos en las jurisdicciones nacionales. Tales directrices podrían incluir una resolución judicial respecto a quien incumbe la obligación de proteger, respetar y garantizar el cumplimiento del derecho en cuestión e incluso las condiciones mínimas de realización del mismo.

5 Véase «Economic And Social Rights As Legal Rights» de M. Scheinin, Chapter 3 en Eide, Krause and Rosas (eds) *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook* (Martinus Nijhoff, Dordrecht 1996).

6 Véase doc. E/CN.4/Sub.2/1992/16 párrafo 170.

Esta sería una manera práctica de poner a prueba las sugerencias hechas en el informe de Türk acerca de crear un espacio antes bien que nuevas normas jurídicas; a su juicio, «crear un espacio político, jurídico, social y económico que comporte un aumento del número de personas que puedan acceder a él, a la adopción de decisiones, a opciones individuales, familiares y comunitarias y a la posibilidad real de afirmar, pedir y reclamar derechos económicos, sociales y culturales es un proceso por lo menos tan fundamental para el logro de esos derechos como el establecimiento de nuevas normas jurídicas o casi jurídicas.»⁷ Sin lugar a dudas, no será tarea fácil comprometer a abogados; la creación de un espacio es mucho menos concreta que la creación de normas y mucho más difícil de verificar con precisión, de ahí la necesidad de darle un enfoque multidisciplinario.

A juicio de Martin Scheinin es evidente que la protección real de los derechos económicos, sociales y cultu-

rales requiere métodos de protección nacional e internacional que no se limiten a los procedimientos de demanda o a la justiciabilidad en general. Ello obedece principalmente a la función decisiva e incluso primordial de los *deberes* legislativo, presupuestario y *demás deberes positivos del Estado* en la realización de dichos derechos. Aun más, un aspecto importante de la protección real de los derechos sociales y económicos, o al menos de muchos de ellos, es que se les considere derechos individuales y colectivos vinculantes desde el punto de vista jurídico. De ahí que la evolución hacia la justiciabilidad de los derechos sociales a escala nacional, regional o internacional constituya un *aporte* a la protección real de los derechos económicos, sociales y culturales en general. Reconocer la «justiciabilidad» de los mismos da nuevo ímpetu a la concepción general del carácter vinculante de esos derechos y, por consiguiente, del cumplimiento de los deberes positivos del Estado que emanan de los mismos.»⁸

7 *Idem* párrafo 188.

8 M. Scheinin.

Derechos de los Pobres ¿Derechos Pobres? Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales

Pierre-Henri Imbert*

Desde hace algunos años, la cuestión de la pobreza en las democracias occidentales es objeto de numerosos análisis y debates; en el ámbito político, los gobiernos han tomado varias iniciativas, como por ejemplo, establecer en Francia un ingreso mínimo de inserción. En la esfera de los medios de comunicación, se sensibiliza de más en más a la opinión pública en cuanto al alcance y la gravedad del fenómeno. En las páginas siguientes, nos proponemos exponer las reflexiones que nos inspira la imperiosa necesidad de tener en cuenta la pobreza y demostrar por qué y en qué debería llevarnos a revisar la importancia relativa que se da a los derechos económicos, sociales y culturales en cuanto derechos humanos. A tales efectos, nos fundaremos en gran medida en la opinión aprobada

por el Consejo Económico y Social de Francia, (C.E.S.) el 10 y 11 de febrero de 1987, a partir del informe preparado por el padre Joseph Wrésinski, fundador del movimiento internacional *ATD Quart-Monde*, «Grande pauvreté et précarité économique et sociale»¹. De hecho, además de las múltiples y valiosas informaciones que contienen, dichos documentos representan a nuestro juicio, un aporte decisivo al nuevo enfoque que deberían adoptar los Estados occidentales en materia de derechos humanos.

Para empezar, cabe señalar que la propia aprobación de la opinión del C.E.S puede considerarse un signo suplementario de la conciencia cabal de que la miseria y la exclusión social suponen violaciones de los derechos

* El Sr. Pierre Imbert es *Agrége des Facultés de Droit (Senior Lecturer of Law)* y Director Adjunto de derechos humanos en el Consejo de Europa. Las opiniones expresadas en este artículo son exclusivamente las del autor.

1 La opinión y el informe del C.E.S. se publicaron en el *Journal Officiel* del 28 de febrero de 1987. A lo largo de este artículo, el número de página indicado en las citas corresponde a dicha publicación.

humanos². Constatación que resulta evidente si se tiene presente que la noción fundamental de los derechos humanos es la dignidad del ser humano³. No obstante, esta toma de conciencia es muy reciente y, en general, dista de considerarse una evidencia. De hecho, rara vez escapamos a la concepción surgida pocos años después

del segundo conflicto mundial. En un principio, y particularmente a través de la declaración universal, se asienta una visión global de los derechos humanos que reagrupa los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales⁴. Sin embargo, rápidamente prevale un enfoque mucho más restrictivo: promover los derechos humanos era esencialmente

- 2 «La precariedad y la falta de una o varias seguridades... que permiten a personas y familias... gozar de sus derechos fundamentales» (pág. 6 de la Opinión del C.E.S; véase también la pág. 63 del informe). «Allí donde los seres humanos son condenados a vivir en la miseria, se violan los derechos humanos» (frase del padre Wrésinski grabada en una placa conmemorativa colocada el 17 de octubre de 1987 en la plaza del Trocadero, llamada desde entonces «Plaza de las libertades y los derechos humanos»). «La pauvreté: un phénomène nouveau par sa gravité est une atteinte aux droits de l'homme» (capítulo 1.3 del informe del Secretario General del Consejo de Europa sobre «la cohesión social», 6 de mayo de 1987). «Considerando que las exclusiones sociales son verdaderos agujeros en la tela de los derechos humanos en sociedades que con toda razón entienden considerarlos derechos adquiridos fundamentales» (Resolución sobre la lucha contra la pobreza en la Comunidad Europea, aprobada el 16 de septiembre de 1988 por el parlamento europeo).
- 3 En un documento dirigido al Comité de Ministros del Consejo de Europa, en octubre de 1987, el Comité director para los derechos humanos quiso «señalar que los derechos humanos y las libertades fundamentales dimanaban del reconocimiento de la dignidad inherente al ser humano y que el respeto de esta última implica la protección no solo de los derechos civiles y políticos sino también de los derechos económicos y sociales.» Esta noción de dignidad no figura en la Declaración de 1789 pero en la Declaración Universal de Derechos Humanos se le da precedencia: «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...» (Art. 1.º; véase también el primer considerando del Preámbulo).
- 4 Sobre todo en el Artículo 22 de la Declaración Universal: «Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales, y culturales, indispensable a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.» Cabe recordar -principalmente hoy en día - que el texto de este artículo se inspira, entre otros, de la intervención del representante de los EE.UU. quien había indicado que su delegación estaba a favor de la inclusión de los derechos económicos, sociales y culturales en la declaración puesto que «sin seguridad económica e independencia no puede existir libertad individual alguna. El necesitado no es libre.» (Citado por A. Eide, Relator especial de la Subcomisión de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, en el informe sobre «el derecho a una alimentación suficiente en cuanto derecho humano» (E/CN.4/sub.2/1987/23 del 7 de julio de 1982, nota 62). Al respecto, también cabe recordar que una de las cuatro libertades mencionadas en el famoso mensaje que el Presidente Roosevelt dirigiera al Congreso, el 6 de enero de 1941, era la de «no pasar necesidades». Por último, en la declaración conjunta del 22 de agosto de 1941, más conocida con el nombre de Carta Atlántica, el Presidente de los EE.UU. y el Primer Ministro del Reino Unido «esperan que, tras la destrucción final de la tiranía nazi, se establezca una paz... que garantice a los seres humanos de todos los países, la posibilidad de vivir liberados de temor y de la miseria.» Como es sabido, estas últimas palabras figuran en el Preámbulo de la Declaración Universal y los de los dos pactos internacionales de 1966.

una reacción contra lo que acababa de suceder; ante todo se los consideraba un instrumento para la paz, un antídoto contra el resurgimiento del totalitarismo. De ahí la prioridad conferida a los derechos civiles y políticos.

Tal como lo demuestran, por ejemplo, los debates mantenidos durante la elaboración del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos, dicha prioridad debía ser provisoria⁵ pero se mantuvo siempre. En primer lugar, en occidente, se tuvo tendencia a considerar que los derechos económicos y sociales dimanarían naturalmente del progreso económico. En el mejor de los casos, la pobreza se consideraba un accidente, un fenómeno provisorio; y en el peor, una consecuencia inevitable del desarrollo global de la sociedad. También estaba presente la idea de que quienes la sufrían eran en parte responsables de la situación. Tal vez esta noción esté evolucionando hoy en día con la explosión de la desocupación y la aparición de «nuevos pobres». En cambio - y es el segundo motivo - persiste con igual tenacidad, la tendencia a contraponer los derechos civiles y políticos por un

lado y los económicos, sociales y culturales por el otro.

Conocemos los elementos de esta oposición que se ha vuelto tan tradicional que llega a presentarse como un postulado: derechos asimilables a libertades o derechos de autonomía vs. derechos reivindicables o de prestación; derechos de ... vs. derechos a ...; Estado gendarme vs. Estado providencia, etc.⁶

Estas distinciones que corresponden a una determinada realidad no son inútiles pero se vuelven peligrosas, a partir del momento en que simples herramientas intelectuales permiten aclarar un fenómeno, trayendo aparejadas opciones políticas y una jerarquía de los derechos y llegando a la conclusión presuntamente indiscutible de que los económicos, sociales y culturales nunca podrán parangonarse a los derechos civiles y políticos. De ahí que incluso hoy en día resulte tan difícil considerar que una violación de dichos derechos constituye una verdadera violación de derechos humanos. Por lo tanto, no está de más analizar los principales argumentos a favor de esta

5 En el informe presentado el 5 de septiembre de 1949 a la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, en nombre de la Comisión de asuntos jurídicos y administrativos, el Sr. Teitgen escribe: «Evidentemente, en el futuro las libertades *profesionales* y los derechos *sociales*, de un valor capital, deberán definirse y protegerse; pero ¿quién no entiende que es preciso empezar por el principio, garantizando en la Unión Europea la democracia política y coordinando nuestras economías antes de embarcarnos en la generalización de la democracia social?» (*Recueil des travaux préparatoires* Vol.I, pág.219). Recordemos también que en el Preámbulo del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos, los gobiernos signatarios se declaran «resueltos... a tomar las *medidas adecuadas* para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal. (Itálicas del autor).

6 J. RIVERO: *Les libertés publiques* - Tomo 1, 5ta. edición P.U.F Paris 1987, pág. 118-124.
G. SOULIER: *Nos droits face à l'État* - Collection «Points-Politique» No. 113 pág.47-49, Paris 1981.

contraposición entre unos y otros derechos⁷.

a) Los derechos económicos, sociales y culturales no son «justiciables», es decir, no pueden someterse al control de un juez. Este fue el motivo esencial invocado respecto al proyecto de protocolo que - tras la declaración solemne de derechos humanos del 27 de abril de 1978 - debía incorporar dichos derechos en el Convenio europeo de derechos humanos⁸. Ello supone olvidar que ya se garantizan en la mayoría de las legislaciones nacionales y que, a menudo, son objeto de control judicial⁹. También supone olvidar que el principal derecho que se prevía incluir en el citado convenio (igualdad de salarios entre hombres y mujeres por un mismo trabajo) ha dado lugar a una abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las comunidades europeas. La ligereza de este argumento se constató rápidamente, tanto más cuanto pudo

suplantarse por el de la falta de oportunidad. Los expertos encargados de elaborar el proyecto de protocolo terminaron por admitir que desde el punto de vista técnico era factible incluir determinados derechos de carácter económico, social y cultural en el protocolo adicional del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos; pero a la mayoría, tal instrumento no les resultaba oportuno por diversas razones (evolución reciente de la jurisprudencia, sobrecarga de trabajo de los órganos de control y, sobre todo, reticencia de los Estados a que se aumentaran sus deberes en esa esfera).

b) La aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales implica forzosamente una intervención del Estado, a menudo importante, y a tal punto, que se llega a pensar que una ampliación de dichos derechos entraña un refuerzo de los poderes del Estado, lo que

7 En un estudio sobre el Convenio europeo y los derechos humanos de los más desfavorecidos, del que tomamos conocimiento después de haber terminado el nuestro, el Sr. Xavier Dijos analiza con suma fineza las objeciones de índole jurídica y política que suscita el reconocimiento de los derechos humanos en su vertiente económica, social y cultural. *Journal des tribunaux* No. 5485 págs. 716-722, Bruselas, 10 de diciembre de 1988.

8 Se adjunta el texto de la Declaración de 1978. En lo que atañe a los trabajos relativos al proyecto de Protocolo (desgraciadamente, la mayoría confidenciales) véase: Recommendation 848 (1978) de l'Assemblée parlementaire (también en anexo) y la enumeración de motivos (Doc. 4213); el informe de M.A. Berenstein en la Conferencia sobre los derechos económicos y sociales en las democracias occidentales (Estrasburgo, 5-6 de noviembre de 1981, Doc. A S/Jur (33) 28).

9 En un artículo sobre la Declaración Universal, René Cassin escribe: «Resulta fácil constatar que en numerosos países, los derechos económicos, sociales y culturales, a partir del momento en que se los define, pueden ser objeto de una reclamación contenciosa por parte de los interesados a quienes se ha rechazado ilegalmente la demanda, o en su defecto, de una demanda de indemnización compensatoria (derechos a la seguridad social, asignación familiar, seguro de enfermedad, salario mínimo, pensiones a la vejez, indemnización por despido, etc. etc.)» en «Vingt ans après la Déclaration universelle - liberté et égalité» *Revue de la Commission internationale de Juristes*, No. 2, pág. 12, 1967.

a la larga representa un peligro para la democracia. Entonces, nos situaríamos al otro extremo de la filosofía que subyace en los derechos civiles y políticos, los cuales podrían realizarse inmediatamente por simple proclamación y que solo exigen del Estado, el deber de abstenerse.

La experiencia demuestra que este planteo dista de corresponder a la realidad. Los derechos sociales tales como el derecho de huelga, la participación en la empresa y los derechos sindicales en general conocen el mismo régimen jurídico que las libertades «clásicas». En cambio y sobre todo, como lo recuerda repetidamente el Tribunal Europeo de derechos humanos, la aplicación de numerosos derechos civiles implica

acciones positivas del Estado¹⁰. De hecho, este criterio de la intervención de los poderes públicos revela que la diferencia que separa esas dos categorías de derechos es más una cuestión de matiz que de sustancia.

La idea de que el desarrollo de los derechos económicos sociales y culturales podría acarrear un debilitamiento de la protección de los derechos civiles y poner en peligro la democracia, permite suponer que tan solo los primeros entrañarían ese riesgo. Por ende, es preciso recordar que los derechos humanos no nacieron de una oposición al poder en sí sino a la arbitrariedad; por el contrario, el poder se consideraba el mejor garante del orden necesario a la plenitud de las

10 Véanse los fallos de los casos citados a continuación. *Affaire linguistique belge* (23 juillet 1968) série A, No.6 §7. *Affaire Marckx* (13 juin 1979) série A, No.31 §31. *Affaire Airey* (9 octobre 1979) série A, No.32 §32. *Affaire Campbell et Cosans* (25 février 1982) série A, No.48 §37. *Affaire X et Y c. Pays-Bas* (26 mars 1985) série A, No. 91 §23. *Affaire Abdulaziz, Cabales et Balkandali* (28 mai 1985) série A, No.94 §67. *Affaire Rees* (17 octobre 1986) série A, No.106 §35-37. *Affaire Johnston et autres* (18 décembre 1986) série A, No.112 §55 y 75.

Por su parte, desde las primeras observaciones generales hechas de conformidad con el párrafo 4 del Art. 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos se propone «señalar a la atención de los Estados partes que el deber impuesto por dicho pacto no se limita al respeto de los derechos humanos sino que también contrajeron el compromiso de garantizar el goce de dichos derechos a todas las personas bajo su jurisdicción. Esta obligación exige que los Estados partes tomen medidas concretas para que los particulares puedan gozar de sus derechos» y a subrayar que en algunos artículos «no solo se exigen medidas de protección sino también medidas constructivas tendientes a garantizar el gozo positivo de los derechos, lo que no se puede lograr únicamente sancionando leyes» (observaciones generales 3-13 y 4-13 informe del Comité de derechos humanos de la ONU, Doc. A/36/40(1968) pág. 118. Véase también la nota 22 del presente artículo, los estudios *On human rights and the socio-economic context* de F. JHAVBALA en *Netherlands International Law Review*, 1984 (pág. 149-182 sobre todo 160 a 169). *The Nature and Scope of States Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* de P. ALSTON y G. QUINN en *Human Rights Quarterly*, 1987 (pág. 156-229, especialmente de la 183 a la 186) y el informe del Sr. M. K. de Gucht, en nombre de la Comisión institucional del parlamento europeo, relativo a la Declaración sobre derechos y libertades fundamentales (Doc. A2-3/89/B del 20 de marzo de 1989, pág.31-32 y 34).

libertades individuales. En la concepción más pura del liberalismo, el Estado está al servicio de la sociedad. Pero dicho servicio no implica forzosamente la pasividad del Estado; llegado el caso, requiere una acción protectora de la libertad: el gendarme se convierte en tutor más o menos bien intencionado¹¹. Por lo tanto, sería erróneo pensar que los derechos sociales fueron los que introdujeron al Estado en la problemática de los derechos humanos: siempre lo estuvo¹².

Basta dar un vistazo a la situación actual en las sociedades occidentales para constatar un estrechamiento de las zonas y las actitudes de libertad. En todas hay una «exuberancia de reglamentaciones, una complejidad infinita de formalidades burocráticas, una multiplicidad de controles; una verdadera red de coacciones, restricciones y prohibiciones que lentamente, por decretos

sucesivos, va envolviendo al individuo.»¹³

Si los derechos económicos, sociales y culturales siguen esta evolución, es evidente que distan de ser los únicos y desempeñar un papel determinante¹⁴. Ahora bien ¿cuántos regímenes se han vuelto totalitarios tras un crecimiento desmesurado del Estado providencia?

Globalmente, entendemos que querer oponer la democracia social a la democracia política solo puede generar un estancamiento.¹⁵ Entre ambas no hay ruptura alguna sino simplemente el pasaje de una libertad afirmada a una libertad adquirida, y, de una a otra, no se sale de la esfera de los derechos humanos (¿cómo podrían servir de coartada a la desigualdad y la injusticia?) ni de la de la democracia (cuyo propósito fundamental es permitir que el hombre sea dueño de su propio

-
- 11 G. BURDEAU, *Le libéralisme* - Collection «Points-Politique» No. 96 pág.42-51 y 164-75, Seuil, Paris 1979.
 - 12 J. MOURGEON, *Les droits de l'homme* - Collection «Que sais-je?» No. 1728, P.U.F Paris.
 - 13 J. ROBERT, - *Les libertés dans les démocraties occidentales* - Encyclopoedia Universalis, Universalis 1978, pág. 138-142; *Les libertés publiques dans les sociétés libérales* - Encyclopoedia Universalis, supplément II - «Les enjeux» - pág.796-803 (1984).
 - 14 Es significativo que en el análisis de la decadencia que experimentan las libertades en las democracias occidentales, el profesor Robert se empeñe particularmente en mostrar los peligros que entraña la influencia creciente de la tecnología y los avances de la medicina. Aun más, en el prefacio de la última edición de su obra sobre las libertades públicas, añade otro motivo a esa decadencia: la carencia de derechos económicos sociales y culturales de determinadas personas (*Libertés publiques et droits de l'homme* - Montchrestin, 4ta. edición, Paris 1984).
 - 15 Véanse los análisis de Claude LEFORT «Droits de l'homme et politique» en *L'invention démocratique* Fayard «Le Livre de Poche» Biblio-Essais, No. 4002, pág.45-86, Paris 1981; «Les droits de l'homme et l'État providence» en *Essais sur le politique*, XIXe-XXe siècles, pág.31-58, Seuil, Paris 1986; «La pensée du politique» en *A quoi pensent les philosophes* - Revue Autrement No. 102, pág. 192-99, noviembre de 1988. Véase también 68-86. *Itinéraires de l'individu* de L. FERRY y A. RENAUT (especialmente pág.115-27) Gallimard, Paris 1987.

destino). Hay que evitar caer en la trampa de una concepción «pura» de la democracia - y de hecho abstracta y teórica - que llevaría a rechazar o mirar con desconfianza las soluciones previstas, con el solo pretexto de que implican una intervención del Estado; cuando un gobierno reduce la contribución al sistema de protección social, incitando a los ciudadanos a recurrir más a las compañías de seguro privadas ¿se tiene verdaderamente la impresión de que la democracia ha avanzado gracias a esa renuncia del Estado?

- c) Los derechos económicos, sociales y culturales no son «tan fundamentales» como los derechos civiles y políticos. De hecho, se los presenta como si no fueran inherentes al ser humano, serían más bien objetivos a alcanzar que derechos a respetar¹⁶. Esta tesis sobre el carácter secunda-

rio de los derechos económicos, sociales y culturales¹⁷ - que consolida la idea de que la violación de los mismos no es tan grave como la de los derechos civiles y políticos- a menudo se funda en ejemplos como éste: ¿pueden ponerse en un mismo plano la prohibición de torturar y el reembolso de la seguridad social? La respuesta, negativa, parece obvia. Sin embargo, sabemos que para los elementos más pobres de la sociedad, la carencia de protección social puede ser verdaderamente destructora. De hecho, este ejemplo, que pretende defender la oposición entre derechos sociales y derechos civiles, puede hacer olvidar que en el ámbito de estos últimos, se plantea una cuestión idéntica: ¿pueden ponerse en un mismo plano la prohibición de torturar y la duración del procedimiento?¹⁸ Pero sobre todo, pensar que si un castigo corporal en una

16 La expresión *être en fin de droits* (cesación de derechos a prestación) verdadera aberración desde el punto de vista de los derechos humanos es sumamente reveladora de esta concepción. Es sorprendente constatar con cuanta facilidad nos hemos acostumbrado a oír decir que los «derechos de alguien han cesado».

17 Es preciso detenerse en este deslizamiento, ya que partiendo de la idea de derechos diferentes se ha llegado a la de derechos de menor importancia. De ahí que en el plano internacional, los derechos económicos, sociales y culturales sean siempre objeto de reglas (salvo la Declaración Universal) y mecanismos de control que no solo son propios sino también menos rigurosos y exigentes que los previstos en materia de derechos civiles y políticos. Ahora bien, tal como lo demuestra, por ejemplo, el fracaso de las reformas destinadas a mejorar el sistema de control de la Carta social europea, mediante resoluciones individuales por parte del Comité de Ministros, el nivel de protección más bajo no resulta directamente de la llamada peculiaridad de dichos derechos. Respecto al fenómeno en el plano nacional véase, por ejemplo: «Le Conseil constitutionnel et la république sociale» de C. DEVES, en *Le quotidien juridique* No. 120, pág. 3-11, 29 de octubre de 1988.

18 Por otra parte, en lo que atañe a los derechos civiles y políticos ¿no se diferencia siempre un «núcleo duro» compuesto de derechos que, conforme a todos los tratados relativos a los derechos humanos, no pueden en ningún caso ser objeto de suspensión?

escuela se considera un trato degradante¹⁹, lo mismo se considere de quien «vive» en condiciones infrahumanas ¿es verdaderamente utópico? De hecho, incluso hoy en día, la noción de «trato degradante», inscrita en el artículo 3 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos²⁰, solo se encara a través de las *relaciones* entre personas sin considerar que pueda resultar directamente de *situaciones*, en particular de una pobreza extrema.

En un pasaje del fallo *Airey*, célebre con toda razón por innovador, el Tribunal europeo de derechos humanos subraya que si el Convenio «enuncia esencialmente derechos civiles y políticos, muchos de ellos tienen derivaciones de orden económico y social. Al igual que la Comisión, dicho tribunal estima entonces que no hay que descartar tal o

cual interpretación por el simple hecho de que al adoptarla se corra el riesgo de aventurarse en la esfera de los derechos económicos y sociales; ninguna mampara estanca la separa del terreno del Convenio²¹. Sería oportuno que los órganos de control aplicaran cabalmente la lógica de esta posición, que no es más que una interpretación más amplia de las disposiciones del artículo 3.

Reflexiones similares pueden hacerse respecto al derecho a la vida (Artículo 2 del Convenio para la protección de los derechos humanos) hasta ahora circunscrito al derecho de no ser privado de la vida. Si bien es cierto que en el corazón de la filosofía de los derechos humanos encontramos la noción de dignidad, hay que reconocer que supervivencia no es vida; solo merece llamarse así una vida en la dignidad propia y de sus hijos²². Es decir - y es

19 Según el Tribunal europeo de derechos humanos, los criterios que permiten apreciar si un castigo judicial corporal es o no de carácter degradante, también se aplican a un caso de castigo corporal en la escuela (Tribunal europeo de derechos humanos, fallo *Campbel et Cosans* del 25 de febrero de 1982, Série A, No.48, pág. 13 §29). La Comisión europea de derechos humanos concluyó a una violación del Artículo 3 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos (Véase nota 20) en el recurso relativo a un castigo corporal en una escuela (Requête No. 9471/8, *Maxine et Karen Warwick c. Royaume-Uni*, informe del 18 de julio de 1986, §78-89).

20 Artículo 3: «Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles inhumanos o degradantes.»

21 Tribunal europeo de derechos humanos, caso *Airey*, fallo del 9 de octubre de 1979, Série A, No.32, pág.15, §26.

22 En los comentarios generales sobre el Artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de derechos humanos de la ONU apunta que muy a menudo, el derecho a la vida se ha interpretado de manera limitada. La expresión «derecho a la vida es inherente a la persona humana» no puede entenderse en forma restrictiva y la protección de ese derecho exige que los Estados aprueben medidas positivas (Informe del Comité de derechos humanos, Doc. A/37/40 (1982) pág. 104 §5). En una mesa redonda sobre los derechos humanos, organizada por la UNESCO - Oxford, 11-19 de noviembre de 1965 - René Casin declaraba: «El ser humano tiene una personalidad indivisible. Su derecho a la vida no solo exige un orden social donde esté a salvo del terrorismo y la ejecución sumaria; también es preciso que pueda encontrar su subsistencia en un trabajo y el apoyo activo de sus semejantes, para él y su familia, cuando no se encuentra en estado de producir.» (UNESCO - *Enseignement des droits de l'homme* - Vol.IV, pág. 3, 1985)

preciso recalcarlo con énfasis - que la gran pobreza, en primer término, no es un problema económico ni financiero. Un enfoque semejante solo puede resultar - tal como se constata en la mayoría de los países - en una simple gestión de la pobreza. Los «restaurants du coeur», están muy bien pero al mismo tiempo son un escándalo: ¿Europa puede ser verdaderamente creíble respecto a los derechos humanos si, en esa esfera, se limita a las obras de caridad y a los patronatos? Nuestras democracias ¿están dispuestas a admitir que - como lo recuerda una y otra vez el padre Wrésinski - combatir la gran pobreza de las sociedades fundadas en los derechos humanos no puede ser una cuestión de decisiones de los gobernantes sobre lo que sirve a los pobres? Hay que comprender claramente que si se pretende evitar crear sociedades «a distintas velocidades», hay que dar a la población medios de informarse, elaborar una opinión común y hacerla valer, es decir,

medios de hacerse escuchar en cuanto ciudadanos a carta cabal²³.

Al dar una interpretación menos estrecha a las nociones de «vida» y «trato degradante»²⁴, los órganos de control del Convenio y los Estados occidentales en general demostrarían haber comprendido el peligro que supone atenerse a distinciones estériles entre categorías de derechos y no harían sino dar efecto pleno a la indivisibilidad y universalidad de los derechos humanos.

Indudablemente, la idea más significativa del informe del Consejo Económico y Social, es que la carencia de derechos económicos, sociales y culturales compromete los derechos civiles y políticos. No hay dos grupos de derechos, independientes, unos más respetables que los otros; por el contrario, son hondamente complementarios y están estrechamente imbricados los unos a los otros. La

23 «Reconocer a los más desfavorecidos en cuanto asociados. La asociación es condición necesaria al desarrollo de toda población pero los más desfavorecidos no disponen de la práctica; depende de la voluntad de los electos y de los principales actores de la vida social, crear las condiciones de esa participación. En la medida en que estos últimos se den los medios de informarles, de recabar sus opiniones y tenerlas en cuenta, los más desfavorecidos podrán ejercer la ciudadanía, es decir, cumplir con sus deberes y ser reconocidos en cuanto sujetos de Derecho, lo que les llevará a ejercer por sí mismos las responsabilidades que les incumben (Opinión del C.E.S. pág.9). Véase también «Des citoyens exclus de la démocratie» artículo de A. DE VOS VAN STEENWIJK, publicado en *Le Monde diplomatique*, pág.11, marzo de 1988.

24 En el estudio citado en la nota 7, Xavier DIJON da otros ejemplos de las disposiciones del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos que merecen una interpretación más generosa, en particular el Artículo 14 que consagra el principio de no discriminación.

pobreza no solo constituye una negación de los derechos económicos, sociales y culturales sino también una violación de los derechos civiles y políticos²⁵. Sería erróneo creer que el goce efectivo de estos últimos puede separarse del contexto económico y social, incluso en los paísesdesarrollados²⁶. Los derechos económicos, sociales y culturales no son «suplementos», una suerte de lujo del que la sociedad no podría ocuparse que en los días mejores²⁷; forman parte de los valores fundamentales de toda democracia verdadera: según la bella frase del poeta Milton «amongst unequals no society» (entre seres desiguales no hay sociedad alguna).

De hecho, es en nombre de la globalidad de los derechos humanos que se excluye a los más pobres. Realidad que

proyecta una nueva luz sobre la universalidad de los derechos humanos, universalidad que demasiado a menudo se circunscribe a su dimensión geográfica. El Convenio europeo para la protección de los derechos humanos, al parecer, no se inspira de esta concepción estrecha de la universalidad porque casi todos los artículos comienzan por: «Toda persona...» o «nadie podrá...». Pero en la realidad ¿qué ocurre con el acceso de todos al derecho, comprendidos los más indigentes? «todos» ¿no se confunde rápidamente con «el mayor número»? ¿No se trata de una entidad demasiado general cuando sabemos que hay una determinada categoría de personas para quienes «hacer valer sus derechos» no significa gran cosa? Que sólo tienen contacto con la justicia cuando se las lleva ante ella y que desconocen las palabras adecuadas para presentar

25 En el informe del C.E.S. se subraya el vínculo de interdependencia entre los derechos económicos, sociales y culturales y las libertades civiles y políticas. A falta de una seguridad mínima en los ámbitos fundamentales de la existencia, una parte de la población francesa no puede disponer de medios de inserción social, principalmente mediante la participación en la vida asociativa. Sin domicilio fijo, un ciudadano no puede obtener la credencial. Analfabeto, no puede tomar conocimiento de los programas políticos (véase pág. 92). El C.E.S. recuerda las condiciones que deben garantizarse para seguir gozando de los derechos civiles y políticos. El hecho de que el Estado se abstenga de intervenir dista de ser suficiente para que todos los ciudadanos sean libres de pensar, asociarse, circular y participar, sobre todo cuando atraviesan alguna precariedad de carácter económico, social o cultural (id. véase también pág.95, el capítulo sobre pobreza y dislocación familiar y las pág. 6 y 7 de la opinión). En la Recomendación 893 de 1980, relativa a la pobreza en Europa, la Asamblea del Consejo de Europa ya subrayaba que, más allá de las dificultades materiales, la situación de esas capas (de población) se traduce por una exclusión de la sociedad, una falta de participación en la vida política y cultural, y por dificultades de inserción en el sistema educativo.

26 Al respecto, véanse las páginas categóricas de F. JHABVALA, op.cit. en la nota 10.

27 Todo lo contrario, precisamente cuando las sociedades tropiezan con dificultades importantes, hay que preocuparse con mayor esmero y solícitud de quienes corren el riesgo de ser marginados. En los períodos de tensión, el respeto de los derechos humanos cobra su verdadera dimensión. Véase *Los derechos humanos: responsabilidad de todos* - Memoria del Director general de la Oficina Internacional del Trabajo - 75.ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, junio de 1988.

una demanda.²⁸ En un sentido más amplio, si es cierto que los derechos humanos son derechos reconocidos a todo ser humano por el hecho de serlo ¿cómo puede ser que algunos no puedan ejercerlos por falta de medios?²⁹.

Esta es la verdadera raíz del problema pues en la violación de los derechos de los más pobres, lo que está en juego es, de hecho, una concepción del ser humano. El hecho de no respetar los derechos de todos ellos obedece fundamentalmente a que no se les reconoce

cabalmente, la condición de seres humanos. «En lo más bajo de la escala social, todo ocurre como si ya no fuera el hecho de ser un humano lo que confiere derechos, sino más bien el tener derechos lo que confiere el título de ser humano.»³⁰ Tal como dijéramos al comienzo de estas reflexiones, la amplitud de las situaciones de pobreza en las democracias occidentales parece haber entrañado una evolución de la mentalidad. Muchos son los que han tomado conciencia de que la pobreza no aqueja solamente «a los demás» - que pertenecen

28 Indudablemente, el acceso efectivo de todos al Derecho y a las instancias de protección (nacionales y europeas) es hoy una de las esferas donde es preciso que los Estados occidentales avancen más para reforzar la salvaguarda de los derechos humanos. Más allá del problema de la asistencia judicial, convendría reflexionar al derecho que podría reconocerse a determinadas asociaciones de presentar una demanda por la defensa de los derechos de aquellos particularmente desfavorecidos. En el informe, el C.E.S. cita un caso en el que el Movement A.T.D. Quart-Monde, tras años de proceso, pudo constituirse parte civil para apoyar a una familia y al respecto señala que la pobreza no supone una condición que dé lugar a una defensa particular como en el caso de las víctimas de crímenes de guerra, los niños martirizados, los consumidores o incluso los animales. Ahora bien, si finalmente, la demanda del Movimiento fue aceptada por un tribunal nacional, es probable que al nivel de las instancias de Estrasburgo se la hubiera desestimado. En la opinión del C.E.S se recomienda que las asociaciones solidarias de las capas sociales más desfavorecidas puedan constituirse parte civil (pág.24). El 5 de mayo de 1987, las organizaciones no gubernamentales con estatuto consultivo ante el Consejo de Europa aprobaron una moción relativa a las posibilidades de las ONG de entablar un proceso, tanto en el plano nacional como en el internacional, en aras de la protección de los derechos humanos (Doc. H/ONG (87) 4).

Respecto a la cuestión general del acceso a la justicia, véase el notable informe de la Dra. Catherine Lardon-Galeote, Presidenta de la Asociación Europea de Abogados por el acceso de los más desfavorecidos al Derecho, presentado en el Congreso del Movimiento Internacional de Juristas Católicos («L'assistance judiciaire en Europa. L'accès à la justice» - Estrasburgo, 28-29 de noviembre de 1987) y el artículo de J.-P. JEAN y F. GUICHARD: «La justice comme amplificateur des clivages sociaux» - *Le Monde diplomatique*, agosto de 1988, pág.14 y 15.

29 En la pág. 62 del informe del C.E.S. se plantea el interrogante: «En nuestra mente dichos derechos ¿concernen verdaderamente a todos los seres humanos? Como si más allá de un determinado estado de desigualdad y pobreza, los seres humanos resultaran tan inferiores que empezáramos a dudar de que tengan los mismos derechos. O bien, que los esfuerzos que habría que desplegar por hacerles recuperar sus derechos resultaran tan onerosos que, en nombre del bien de la mayoría, admitiéramos la injusticia y la exclusión de la minoría de los más desfavorecidos.

30 H. DE SOOS, «Approche théorique sur la violations des droits de l'homme au bas de l'échelle sociale» en *Le Quart-Monde face aux droits de l'homme* - Revue Igloos, Quart-Monde, Editions Science et Service, No. 108, pág. 112 (1980).

a otro mundo - ni a aquellos que voluntariamente viven al margen de la sociedad. Y se (vuelve a) descubrir la pobreza extrema - de hecho la miseria - en la que «viven» millones de personas a quienes, como a los leprosos en la edad media, se relega a la periferia de nuestras ciudades. El «cuarto mundo»... se admite porque tiene un nombre pero ¡qué confesión! De ahí que el occidente esté a punto de darse cuenta de que tal vez se haya precipitado, estimando que en materia de derechos económicos, sociales y culturales había llegado al máximo. Sabe que ya no cabe esperar que el tiempo permita a cada uno beneficiar de los frutos del crecimiento económico y que la pobreza no es un fenómeno transitorio, en vías de desaparición, sino todo lo contrario. Paradoja de un mundo que jamás ha producido tanta riqueza y conocido tanta pobreza.³¹ Paradoja que resulta insoportable a un número creciente de personas y que podría provocar cambios en los modos de vida, puesto que la solución no podrá limitarse únicamente al pago de asignaciones por los poderes públicos.

En las páginas anteriores quisimos invitar a los juristas a participar en esta evolución. Muchos de ellos ya han denunciado el carácter superficial de la oposición entre derechos civiles y políticos por un lado y derechos económicos, sociales y culturales, por el otro; hay que ir más lejos y mostrar el peligro que supone pues esconde realidades muy concretas, a menudo trágicas, que resulta sumamente difícil encerrar en categorías. La agudización de la pobreza revela la veracidad de nuestros discursos sobre los derechos humanos, y más precisamente, sobre la indivisibilidad de los mismos. Los juristas deberían ayudar a despojar esos discursos de todo oropel ideológico. No hay libertades capitalistas y derechos marxistas sino derechos humanos, es decir, derechos de los que toda persona debe poder beneficiar para llevar una vida acorde a la dignidad humana. Nunca se subrayará bastante que esta noción de dignidad debe ser el único punto de referencia, más allá de cualquier consideración utilitaria, si queremos suprimir verdaderamente los obstáculos que impiden que los derechos humanos

31 Véase «Sur les causes de la pauvreté des nations et des hommes dans le monde contemporain» de H. De SOOS -*Le Monde diplomatique*, noviembre de 1988, pág.10 y 11.

sean efectivamente inalienables y, por ende, incondicionales.³²

Ello también exige dejar de considerar el fenómeno de la pobreza únicamente en el plano nacional para hacerlo a escala europea pues concierne a Europa en su conjunto y no solo a cada Estado por separado. Ahora bien, desde ese punto de vista, cabe tener algunas inquietudes en cuanto al famoso «mercado interno», previsto para 1993 y cuya dimensión social es particularmente débil ya que, una vez más, parece haberse olvidado a los pobres.

De ahí que en el documento de trabajo de la Comisión³³ no se analice el problema de la pobreza como tal³⁴. Al contrario, se parte del principio de que el crecimiento económico traerá aparejada una mejora de las condiciones sociales de todos los ciudadanos y se prevé proteger los derechos fundamentales únicamente de quienes tiene un empleo. Más aún, los europeos más desfavorecidos se vuelven tributarios de las medidas nacionales, al tiempo que se abren las fronteras para los demás³⁵.

La Europa del «mercado común» no debería olvidar que no podrá constituir

32 En Bélgica existen numerosos estudios de juristas en los que se desarrollan ideas semejantes. Entre los últimos, véanse: el artículo de X. DIJON citado en la nota 7; «Droit à l'aide sociale et droits de l'homme» de J. FIERENS, *Journal des tribunaux* No. 5286 del 10 de marzo de 1984, pág. 169-76; «Théorie de la justice et droit à l'aide sociale» de F. OST, en *Individu et justice sociale. Autour de John Rawls* - Seuil, Collection «Points-Politique» No. 132, pág. 245-75, Paris 1988. En gran parte, dichos estudios obedecen a las leyes belgas relativas a la ayuda social del 7 de agosto de 1974 y el 8 de julio de 1976. Es de esperar que la ley francesa del 1.º de diciembre de 1988 sobre el ingreso mínimo de inserción engendre el mismo fenómeno. Desde ya vemos un signo alentador en el hecho de que, a nuestro juicio por vez primera, en un manual sobre las libertades públicas se diga que una manera de violar los derechos humanos es que el Estado deje a una gran parte de la población sumida en la pobreza, o incluso la miseria... y que la carencia de derechos económicos, sociales y culturales compromete ineluctablemente los derechos civiles y políticos. Estas frases figuran en el prefacio de la última edición de «Libertés publiques et droits de l'homme» redactado por el profesor Robert (véase nota 14). Es de esperar que, en la próxima edición, estas opiniones se desarrollen e integren a la obra, a efectos de dar un nuevo enfoque esclarecedor a la mayoría de las libertades estudiadas.

33 *Dimension sociale du marché intérieur* - informe de M. MARIN, Doc. SEC. (88) 1148 final, del 14 de septiembre de 1988.

34 Véanse también las resoluciones aprobadas el 17 de noviembre y el 15 de diciembre de 1988 por el parlamento europeo, relativas al Consejo europeo de Rodas y el espacio social, y las conclusiones del mismo (Agence Europe, No. 4907, 4 de diciembre de 1988).

35 «Pour un Europe de droits de l'homme: entre le rapport *Wréjinski* et le rapport *Marin*, il faut choisir» de A. DE VOS VAN STEEN WIJK - Mouvement International A.T.D. Quart-Monde, noviembre de 1988. El 16 de noviembre de 1988, el Sr. Jacques Delors, Presidente de la Comisión, declaraba ante el parlamento europeo: « Como Uds. saben, teníamos dos programas contra la pobreza; el tercero será más importante y algunos me dicen que la nueva Comisión propone algo demasiado vago. Pero en ese caso, los Estados se oponen: a cada cual sus pobres como sucede entre las iglesias. Algunos países no quieren que tengamos un gran programa contra la pobreza.»

una comunidad digna de ese nombre si se limita a recurrir a parámetros macroeconómicos³⁶. La otra Europa, la de los 23 del Consejo de Europa, tiene la suerte de haber comprendido desde un principio, que la línea maestra de la construcción europea solo podía ser una determinada idea del ser humano. En plena posesión de ese patrimonio que no ha cesado de hacer fructificar a partir del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de la Carta social europea³⁷ debería poder desempeñar un papel decisivo en ese contexto.

Pero aún debe comprender cuan erróneo sería abordar el problema de la pobreza como un caso aislado, una actividad entre otras, que se deja en manos de los sectores «especializados» de la organización. De hecho, el Consejo de Europa en su conjunto debería sentirse concernido pues está

en juego toda su concepción de los derechos humanos y su credibilidad en la materia. Los pobres, por estar privados de todos sus derechos, obligan a replantearse la manera de poner en práctica aquello que, después de todo, no era más que uno de los objetivos esenciales del Consejo de Europa cuando fuera creado: la defensa de todos los derechos humanos de todo ser humano. Ya celebrado el cuadragésimo aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Consejo de Europa, más allá de las conmemoraciones, habría que decidirse a demostrar que queremos verdaderamente volver a dar todo su vigor al mensaje emitido en aquella oportunidad. Se trata de una cuestión de voluntad pues el Consejo de Europa ya ha dado a entender que tiene conciencia de que su discurso humanitario queda truncado si, en los hechos, se acepta que haya desheredados de sus derechos. Entonces, al igual

36 «Le «social» à la remorque de l'Acte unique» de B. CASSEN - *Le Monde diplomatique*, pág. 6, diciembre de 1988. En el coloquio sobre los derechos humanos en Europa, celebrado en San Sebastián del 12 al 14 de diciembre de 1988, el Sr. Théo van Boven estableció un paralelismo entre las cuatro libertades reconocidas en el Tratado de Roma (libertad de circulación de mercaderías, personas, servicios y capitales) y las cuatro enumeradas por el Presidente Roosevelt en el mensaje del 6 de enero de 1941 (libertad de palabra y expresión, libertad de culto, libertad de no pasar necesidades y libertad de no vivir en el temor). Signo alentador, en la resolución aprobada el 15 de marzo de 1989 por el parlamento europeo, relativa a la dimensión social del mercado interior, se habla de las «personas desfavorecidas».

37 En lo que atañe a la Carta Social nos permitimos recordar el Artículo 13 sobre el derecho a la asistencia social y médica (véase Anexo I) cuyas potencialidades aún no se han explotado cabalmente. Véanse las recomendaciones 839 de 1978 y 1022 de 1986 de la Asamblea que figuran en el Anexo III, y el discurso del Secretario General del Consejo de Europa en la sesión inaugural del coloquio conmemorativo del 25.º aniversario de la firma de dicha carta (Granada, 26 octubre 1987, Doc. AS/Soc. Charte (39) 5. El Consejo de Europa publicó las actas de dicho coloquio con el título «Charte sociale européenne» - Strasbourg 1989). En la sesión de mayo de 1989 la Asamblea del Consejo de Europa organizó un amplio debate sobre dicha carta (Rapport sur les rôle future de la Charte sociale européenne - Doc. 6031, Résolution 915 y Recommandation 1107; Rapport sur la première phase de 10^e cycle de contrôle de l'application de la Charte sociale européenne, Doc. 6030, Avis No. 145).

que sus Estados miembros, debe recobrar la valentía que tuvo en 1949-50 y ser el primero a dar un paso adelante en la salvaguarda de los derechos humanos; si no quiere quedarse tan sólo con el encanto de un pasado glorioso o el aspecto tranquilizador de una institución bien establecida, de ahora en adelante, su testimonio debe abarcar efectivamente la globalidad de los derechos humanos. En un mundo implacable y despiadado para los

débiles y los desafortunados, el Consejo de Europa debe y puede aportar un lenguaje y unos procederes nuevos que favorezcan el cambio de mentalidad, lo que hará que un día finalmente se acepte sin más que ignorar los derechos económicos, sociales y culturales constituye una verdadera violación de los derechos humanos y que en ningún caso se trata de fatalidad sino de la indiferencia de unos y la resignación de otros.

Verificación del respeto de los derechos económicos, sociales y culturales

Kofi Kumado*

La comunidad internacional, reunida en Viena en junio de 1993 a instancias de las Naciones Unidas, actualizó el dogma fundamental del programa contemporáneo de defensa de los derechos humanos, es decir que los derechos humanos son *universales, indivisibles e interdependientes* y están *relacionados entre sí*. Para sostener lo antedicho, en la Declaración de Viena se prescribe a la comunidad internacional que:

«debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso.»

Esta actualización fue singularmente oportuna, entre otras cosas, por las dificultades que entretanto habían ido surgiendo por el hecho de haber agrupado los derechos humanos en «generaciones». Este planteamiento ha favorecido la multiplicación de interrogantes en torno a si los derechos económicos, sociales y culturales son verdaderos «derechos»; interrogantes que cobran intensidad en lo que atañe al derecho al desarrollo. La CIJ ¿debería llevar a cabo una intensa cam-

paña para desalentar el planteamiento generacional en todos los debates relativos a los derechos humanos?

Lo cierto es, por supuesto, que desde que se aprobara la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, el derecho internacional de los derechos humanos ha reconocido los derechos económicos sociales y culturales. Dicho reconocimiento trasunta en los instrumentos internacionales de derechos humanos más importantes tales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención contra la Tortura y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Estos derechos también figuran en los instrumentos jurídicos regionales sobre derechos humanos. De hecho, en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos no sólo se consagran los derechos económicos, sociales y culturales sino que además se los sitúa en el mismo plano que los derechos civiles y políticos con los

* Kofi Kumado es profesor principal de Derecho en la Universidad de Ghana en Legon y Miembro del Comité Ejecutivo de la Comisión Internacional de Juristas. El presente artículo resume su intervención en la Conferencia de la CIJ sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales que tuvo lugar en Bangalore, India, del 23 al 25 de octubre de 1995.

mismos efectos vinculantes. Además, todos estos derechos se destacan en los programas de instituciones especializadas de la ONU tales como PNUD, UNICEF, OIT, OMS y FAO que se ocupan activamente de cuestiones de desarrollo, sobre todo en las regiones pobres del mundo.

En la nueva definición del Imperio del Derecho contenida en la denominada Ley de Lagos de 1961, la CIJ recalca la importancia fundamental de los derechos económicos, sociales y culturales para la dignidad y supervivencia del ser humano, la paz y la seguridad mundiales. En las décadas de 1960 y 1970, la CIJ comisionó una serie de estudios y celebró algunas conferencias con miras a aclarar la índole de este régimen de derechos humanos y las cuestiones inherentes al mismo. Entre paréntesis, cabe señalar que el Sr. Keba M'Baye, ex presidente de la CIJ, fue el progenitor del derecho al desarrollo.

A pesar de haber sido plasmados en textos y del compromiso retórico con la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos, se ha puesto mayor énfasis en los civiles y políticos que en los económicos, sociales y culturales. La comunidad internacional ha dedicado poquísimo tiempo y pocos recursos a la realización de estos últimos. Pocos Estados cumplen como corresponde con sus deberes. Rara vez se han tomado las medidas del caso para desarrollar la capacidad y competencias nece-

sarias para evaluar y cotejar lo cumplido con las normas internacionales y, tal como indicado más arriba, se sigue quemando poquísima energía intelectual en el debate sobre el carácter jurídico y la justiciabilidad de dichos derechos. Philip Alston, lo señala acertadamente en un artículo reciente, diciendo que para aquellos individuos y grupos cuyos gobiernos, en uno u otro momento, se han comprometido suficientemente con los derechos humanos y la creación de un sistema internacional eficiente para promoverlos, ya existen oportunidades de presentar quejas ante varios órganos internacionales para buscar un remedio a las denuncias de tortura, de castigo injusto o arbitrario, de negación de derechos sindicales, violación del derecho a la libertad de expresión y de culto y otros abusos. Pero cuando sufre ya sea de malnutrición crónica, de desesperanza, de la precariedad de los servicios de salud y de la falta de toda oportunidad de instrucción, o bien de todo ello a la vez, entonces no hay derecho alguno que se pueda reivindicar.¹

El siglo XX se recordará no solo por la brutalidad de las dos guerras mundiales sino también por el estallido y la amplitud de la preocupación por los derechos humanos y el consiguiente compromiso.

El fin de la guerra fría, el derrumbe del comunismo y el despuntar del siglo XXI ofrecen un respiro a la comunidad internacional para que tome «medidas,

1 Véase «No Rights to Complain About Poor» en Eiden & Helgesen eds. *Essays in honour of Torkel Opsahl* página 80, 1991.

tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente... la plena realización de los derechos aquí reconocidos.» (Artículo 2, inciso 1 del PIDESC).

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano supervisor del PIDESC, ha interpretado la «realización progresiva» entendiéndolo que obliga a los Estados Partes a avanzar expedita y efectivamente hacia la meta de la plena realización de los derechos reconocidos en el mismo y, por lo menos, para satisfacer los niveles mínimos esenciales en lo que atañe a cada uno de esos derechos. De ahí la necesidad de supervisar el cumplimiento de las normas aprobadas y la observancia de los deberes con el mismo celo y pericia que las ONG han reservado hasta ahora a los derechos civiles y políticos.

Sistema de verificación

Es preciso reconocer que hay pocas normas concretas para determinar el desempeño de los gobiernos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, tal como lo ha demostrado el debate acerca de cuestiones conceptuales complejas, medir el desempeño del Estado respecto a dichos derechos nos exige mucho más de lo que nos exige hacer lo propio respecto a los derechos civiles y políticos para garantizar cabalmente que estemos en la misma longitud de onda. Pero para crear herramientas, métodos y

otros recursos que permitan verificar los derechos económicos, sociales y culturales no hay que volver a inventar la pólvora. Además, a pesar de sus flaquezas, el deber plasmado en el PIDESC es un dispositivo de verificación.

Cualquier sistema para verificar la observancia y aplicación de los deberes que conllevan los derechos económicos, sociales y culturales debe tener una serie de características similares a las estrategias que se han empleado en el campo de los derechos civiles y políticos; características que se resumen a continuación.

- a) En primer lugar, hay que determinar cuáles de las diversas iniciativas en materia de derechos humanos se tendrán en cuenta puesto que las normas y deberes relativos a los derechos económicos, sociales y culturales figuran en tratados, declaraciones, principios (p.ej.: los Principios de Limburgo), planes de acción, resoluciones, etc. En el caso de las instituciones especializadas de la ONU, están contemplados en las respectivas constituciones o estatutos y en las decisiones de los consejos ejecutivos y de las instancias decisorias o verificadoras pertinentes.

Estas iniciativas estipulan distintas clases de deberes. Diferenciarlos es importante, habida cuenta de la ofuscación que ha cobrado el debate acerca de los derechos económicos, sociales y culturales y la tendencia de las ONG a evitar cuestiones de carácter puramente «legalista».

- Al respecto, sería preferible centrarse única o primordialmente en los derechos plasmados en aquellos instrumentos sobre cuyo carácter vinculante no hay muchas dudas.
- b) En segundo lugar, debemos definir el o los derechos que queremos verificar, tarea que engloba la identificación de los elementos que lo componen. Por ejemplo, en general se conviene en que el *derecho a la vida* plasmado en los instrumentos internacionales de derechos humanos implica algo más que la inexistencia de la pena de muerte. También se refiere a las condiciones materiales de nuestra vida y a la defensa de niveles de vida decorosos. Por lo tanto, cuando la gente no tiene alimentos, ni techo, ni acceso a la educación y la tecnología modernas, cuando los gobiernos aplican políticas que empobrecen a la gran mayoría de su pueblo o le niega la prestación de servicios de salud, para no mencionar más que unos pocos elementos, entonces, se viola ese derecho. Huelga decir que en lugar de buscar definiciones propias, cuando ya las han dado los órganos competentes o los instrumentos internacionales en la materia, lo más prudente sería adoptar estas últimas. De ahí que respecto al PIDESC debamos, por ejemplo, basarnos en las definiciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Una vez definido el derecho en cuestión, debemos determinar si pretendemos que la aplicación del mismo abarque todas sus dimensiones.
- c) La tercera cuestión que hay que plantearse es saber en qué consiste la debida observancia del derecho en cuestión. Un enfoque programático o gradual ¿es aceptable? También ha de estipularse los beneficiarios de ese derecho y quienes tienen el deber de respetarlo. Sobre todo en lo que se refiere a los países del tercer mundo, habrá que tener en cuenta las políticas de los países donadores, las instituciones internacionales de préstamos tales como el Banco Mundial y el FMI y las empresas multinacionales. Un enfoque multidisciplinario será evidentemente útil para establecer el sistema de verificación, al igual que el concepto del profesor Asbjorn Eide sobre el carácter trivalente del deber asumido en el campo de los derechos económicos, sociales y culturales. Según él, cada uno de ellos abarca tres deberes: i) el de respetarlo; ii) el de protegerlo y iii) el de realizarlo. En el instrumento o los instrumentos en cuestión se pueden establecer todos estos aspectos del deber con respecto a un derecho particular, pero ello no debe darse por sentado. Por otra parte, debemos tener presente que los derechos económicos, sociales y culturales exigen mucho más intervención en la sociedad y la economía de un país con el objetivo de satisfacer las necesidades básicas que la que exigen los derechos civiles y políticos.
- d) Luego, debemos determinar lo que constituye una violación del derecho en cuestión. ¿Se trata tan solo de no cumplir con los derechos enumerados en un tratado? O bien, ¿de

tomar medidas a escala nacional? ¿Debemos tener en cuenta las políticas desacertadas, las aberraciones, la inacción, la corrupción y el saqueo de los recursos nacionales que luego se acumulan secretamente en bancos extranjeros? ¿Qué decir de la conducta de estos últimos que abren las puertas a saqueadores patentados de los recursos de sus respectivos países? También es necesario determinar si la evaluación se centrará en la repercusión que tienen para los individuos, los grupos o ambos. Huelga decir que todas las cuestiones planteadas hasta aquí han de incluirse en el sistema de verificación y que es preciso pensar y reflexionar detenidamente acerca de las mismas. Los comentarios del párrafo c) también son pertinentes en este caso.

e) Asimismo, hay que determinar las condiciones mínimas que se aceptarán respecto al cumplimiento o realización del derecho en cuestión. El pluralismo político, el buen gobierno, la democracia participativa, el Imperio del Derecho, la rendición de cuentas, la transparencia de las instancias decisorias y la no discriminación son conceptos fundamentales. La falta de los mismos puede crear una situación inhóspita o que pone en peligro la realización de los derechos económicos, sociales y culturales. África es un buen ejemplo de que las dictaduras o los regímenes de partido único empobrecen a los pueblos.

Pero debemos evitar sacar conclusiones precipitadas. Hoy en día, muchos países han tomado el camino

de la democratización y están reestructurando sus economías. Estos procesos correlativos, aunque inevitables, se han logrado con el sufrimiento de la gran mayoría. Que se considere o no el sufrimiento a corto plazo, no impide que sea una fuente de honda preocupación. Uno de los retos principales de quienes se interesan por la realización de los derechos económicos, sociales y culturales será cómo incorporar estos asuntos en el sistema de verificación.

f) También es pertinente elaborar una estrategia porque es importante saber si se trata de verificar todos los derechos económicos, sociales y culturales o solamente algunos. En este último caso ¿cuáles? Cabe preguntarse, por ejemplo, si una ONG como Amnistía Internacional hubiera logrado la posición y credibilidad de las que goza actualmente, si hubiera comenzado por ocuparse de todos los derechos. En debates y documentos, así como en informes del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o, al menos en los escritos de algunos ex miembros y miembros actuales del mismo, ya se ha reconocido claramente la importancia estratégica de la selectividad. Esta última puede ayudar en un principio a detectar los problemas, las cuestiones y los peligros latentes. De ahí que a juzgar por las pruebas existentes, un enfoque selectivo sea la estrategia idónea. Aun así, dicho enfoque no debería confundirse con una clasificación de los derechos por orden de prioridades o jerarquía. Esto último debería

evitarse pues socava esa globalidad que es la base de la ideología de los derechos humanos.

- g) Tampoco ha de ignorarse la cuestión del objetivo de la supervisión. ¿Se lleva a cabo con el propósito de denunciar, de someter a juicio, o ambos? ¿Se tiene la intención de filtrar los resultados a través de las políticas gubernamentales para lograr las metas deseadas? Tal como dijera alguien, no se trata de dar por sentado que los gobiernos tienen constante y forzosamente malas intenciones.

Puede haber fallas provocadas por incapacidad, error de apreciación o derrumbe de las conjeturas hechas. En algunos casos, los gobiernos simplemente carecen de los conocimientos técnicos necesarios. Una hostilidad mal dirigida hacia una política determinada puede surgir de la experiencia de un pasado colonial y del temor de una nueva colonización.

Por lo general, en el campo de los derechos económicos, sociales y culturales, un sistema de verificación cuyo objetivo principal fuere el de suministrar material para denunciar a un gobierno o entablar un juicio es improbable que tenga éxito. Dicho objetivo, a largo plazo, puede incluso revelarse disfuncional en cuanto a la debida observancia de los deberes asumidos por los Estados.

- h) Por último, se debe pensar a la clase de datos que se necesitarán y a las fuentes donde pueden obtenerse. La

credibilidad del sistema de verificación depende en parte del cuidado con el que se aborde esta faceta. Todo lo que se diga de la exactitud de los mismos, las conclusiones sacadas de los datos procedentes de la CIA distarán de impresionar a muchos gobiernos y ciudadanos de un buen número de países, en particular los del sur. El sistema de verificación debe recoger datos de diversos períodos para que se puedan evaluar las tendencias como corresponde. Además, sería preferible que esos datos se desglosaran según criterios tales como sexo, raza, región, idioma, identidad étnica o creencia religiosa. Tenemos que recordar que en algunas partes del mundo, la tierra (o parte de la misma) no se labora por motivos religiosos y que determinados alimentos son tabú.

Conclusión

Evidentemente, hay que tener presente que el objetivo final es verificar el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales (p.ej.: cursillos, seminarios, formación, juicios etc.). En la elaboración del sistema de verificación, también habrá que tener en cuenta las distintas estrategias para instrumentar los derechos humanos. Por otra parte, en todas las empresas que guardan relación con el ser humano siempre debemos recordar que es complejo y que esa complejidad trasunta en todas las facetas de la existencia. Entonces, es innegable que debemos seguir pujando por los derechos económicos, sociales y culturales con

toda la energía y el celo que se imponen. El éxito de la Conferencia de Bangalore sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales se medirá en definitiva por el grado en que se logre que los profesionales de la abogacía del mundo entero, reco-

nozcan sus responsabilidades en este campo y por consiguiente, la profesión mancomune esfuerzos para tomar las consiguientes medidas e iniciativas. Un buen sistema de verificación será indudablemente una partera eficiente para la profesión en este campo.

Justiciabilidad y más allá: Procedimientos de quejas y el derecho a la salud

Virginia A. Leary*

1. Hacen falta procedimientos para entablar demandas judiciales

En todos los países del mundo hay problemas de salud significativos pero en los países en desarrollo estos son particularmente graves. Algunos pueden atribuirse a la denominada «obra de Dios» -terremotos, tifones, brotes repentinos de epidemias, cánceres- pero muchos son provocados o agravados por la negligencia y la violación de los derechos humanos fundamentales. En todas partes los pobres, las minorías, los pueblos indígenas y las mujeres -grupos muy poco representados en la vida política- cargan con una proporción excesiva de problemas de salud. La discriminación, patente o implícita, es la causa de gran parte del sufrimiento de estos grupos escasamente representados en el proceso político. Las prioridades establecidas en los presupuestos nacionales o por los organismos internacionales donantes, a menudo tienen un efecto nocivo para la salud de algunos sectores de la población.

La tuberculosis, que se creía erradicada en los países industrializados, ha

vuelto a surgir tanto en esos países como en los países en desarrollo. La falta de información sobre la reproducción provoca serios problemas de salud a las mujeres, problemas que suelen ser la causa de un alto índice de mortalidad en el parto y de mortinatalidad. En la mayoría de los países se atiende poco a la salud de la mujer. Las investigaciones se centran en los problemas de salud de los hombres y, en algunos países se siguen practicando atrocidades tales como quemar a las mujeres por cuestiones de dote y asesinar a las recién nacidas. La población rural suele disponer de poca atención de salud puesto que casi todos los hospitales, los médicos y las enfermeras están concentrados en zonas urbanas. Por lo general se emplea un método curativo más que preventivo, lo que implica que quienes gozan de buena salud son quienes reciben mejor atención sanitaria en detrimento de los sectores más pobres de la población.

De ahí que muchos se vean privados del «derecho a la salud» a raíz de las decisiones de otros y de las prioridades de sus gobiernos o de los

* Virginia A. Leary es profesora emérita de derecho de la Universidad Estatal de Nueva York, Buffalo, EE.UU. El presente artículo resume el extenso documento que presentara en la Conferencia sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Derecho a Demandar, organizada por el Instituto de Derechos Humanos de los Países Bajos (SIM), Holanda, enero de 1995- y que lleva por título «The Right to Health: The Right to Complain».

organismos internacionales, ya que sus problemas de salud no son producto únicamente de la pobreza, la falta de recursos o «la obra de Dios». Ahora bien, ¿de cuáles recursos dispone esa gente para impugnar los actos que agravan sus problemas de salud? A menudo, aquellos cuya salud se resiente sobre todo por la discriminación o las prioridades establecidas, no tienen oportunidad alguna de revertir la situación, ya sea a escala nacional o internacional. Indudablemente, los problemas de salud preocupan mucho tanto a escala nacional como internacional. Muchos países reciben asistencia internacional en el campo de la salud pero esa ayuda puede depender de las relaciones políticas del país en cuestión, no centrarse lo suficiente en las necesidades de los pobres o bien, ser demasiado limitada. Las prioridades nacionales en materia de salud pueden sacrificarse a las exigencias de ajustes estructurales propuestos por las instituciones financieras internacionales o a otras prioridades nacionales.

Hace falta algo más, y ese «algo más» debería establecer el derecho de entablar demandas ante órganos nacionales e internacionales de aquellos cuya salud se resiente en virtud de decisiones humanas. Las enfermedades y dolencias provocadas por la denominada «obra de Dios» no siempre pueden aliviarse con recursos humanos, aunque a menudo puedan aliviarse, pero los problemas que son fruto de la negligencia, los prejuicios o las falsas prioridades pueden y deben ser denunciados. Los procedimientos que permiten entablar acciones jurídicas a los grupos e individuos agraviados han demostrado ser los medios más idóneos de proteger

los derechos civiles y políticos. Ahora, habría que establecerlos para los derechos económicos, sociales y culturales, *inter alia*, el derecho a la salud. El concepto de un «derecho» determinado conlleva forzosamente la consiguiente oportunidad de exigir que sea protegido.

2. Aclarar el concepto de «derecho a la salud»

Si ha de establecerse el derecho a hacer valer el derecho a la salud o a denunciar la violación del mismo, entonces es esencial aclarar el significado de dicho concepto. El «derecho a la salud» figura en muchos tratados internacionales de derechos humanos. Por consiguiente, se le reconoce en cuanto derecho jurídico en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. El preámbulo de la Constitución de la OMS estipula:

«El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social.»

El inciso 1 del Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estipula:

«Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.»

El inciso 1 del Artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el Artículo 16 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos contienen disposiciones similares. En la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer hay disposiciones por las que se pide a los Estados que en uno y otro caso eliminen la discriminación en el goce del «derecho a la salud pública, la asistencia médica» (Artículo 5 e) iv) de la primera) y el derecho al «acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación familiar» (Artículo 11, 1) f) y 12 de la segunda).

En el Artículo 10 del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la esfera de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) se utiliza el término preciso «derecho a la salud».

Expertos en derechos humanos lo han utilizado en cuanto frase telegráfica para referirse a las diversas disposiciones relativas a cuestiones de salud que figuran en los tratados de derechos humanos. La Organización Panamericana de la Salud (OPS) ha

publicado un extenso estudio intitulado *El Derecho a la salud en las Américas*, coordinado por dos abogados con larga experiencia en derecho de la salud.¹

En 1978, la Academia de Derecho Internacional de La Haya y la Universidad de las Naciones Unidas organizaron un taller multidisciplinario sobre *El derecho a la salud en cuanto derecho humano* en el que participaron profesionales del derecho, la medicina y la economía, y representantes de organizaciones internacionales.² En diciembre de 1993, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales mantuvo una jornada de debate general sobre «El derecho a la salud».

Theo Van Boven escribe:

«Tres aspectos del derecho a la salud se han plasmado en los instrumentos internacionales de derechos humanos: la declaración del derecho a la salud en cuanto derecho humano básico; la sanción de normas con miras a subvenir las necesidades de salud de grupos de personas concretos y la prescripción de vías y medios para dar efecto al derecho a la salud.»³

1 *El Derecho a la salud en las Américas* - Estudio constitucional comparado, coordinado por Hernán L. Fuenzalida-Puelma y Susan Scholle Connor (Publicación científica No. 509, Organización Panamericana de la Salud, Washington D.C. 1989).

2 René-Jean Dupuy, ed. - *The Right to Health as a Human Right*. Worskhop, The Hague Academy of International Law and the United Nations University (Sijthoff & Noordhoff, Alphen aan den Rijn, The Netherlands) 1979.

3 Theo Van Boven - *The Right to Health*, Id. 54-55.

Muchas constituciones nacionales también contienen disposiciones sobre el derecho a la salud. Refiriéndose a la situación en el hemisferio americano, en el estudio de la OPS citado más arriba se dice:

«Veinte de las constituciones de los países del continente, ya sean socialistas o en los que rige la ley codificada, incluyen una declaración sobre el derecho a la salud y/o la responsabilidad del Estado hacia la salud de la nación. Cinco constituciones proclaman el derecho a la salud; y el derecho a la protección sanitaria se halla en otras ocho... Todos los países socialistas proclaman dichos derechos y responsabilidades; de los países con derecho codificado solo Argentina, Colombia y Costa Rica no hacen referencia directa a la responsabilidad del Estado hacia la salud...»⁴

En la Constitución filipina de 1987 se plasma explícitamente el derecho a la salud, estipulando que, por un lado, el Estado protegerá y fomentará el derecho a la salud del pueblo y concientizará a la población en cuanto a la salud (Artículo II, Secc. 15) y, por el otro, protegerá y propiciará el derecho

del pueblo a una ecología sana y equilibrada acorde con el ritmo y la armonía de la naturaleza (Artículo II, Secc. 16).

Otras constituciones nacionales también hacen referencia al derecho a la salud.

A pesar de que para muchos el concepto «derecho a la salud» no les resulta familiar, cada vez se va entendiendo más a medida que se hacen esfuerzos por definir el concepto y examinar los parámetros.⁵ Tal vez se lo entiende con mayor facilidad en cuanto elementos del derecho a la vida.

Huelga decir que «derecho a la salud» no significa que haya que garantizar la buena salud del individuo. Ninguna persona, Estado u organización puede hacerlo, pero el concepto de salud en cuanto derecho humano pone el énfasis en los aspectos sociales y éticos de la atención de salud y del estado de salud y revela que la negación del mismo, al igual que la de cualquier otro derecho se puede impugnar legítimamente

La ratificación de los instrumentos internacionales en los cuales se reconoce el derecho a la salud ¿qué obligaciones impone a los Estados en cuanto a la protección y promoción de dicho derecho? En la reunión de mediados de

1 4 *Supra*, note 2, página 603.

5 El concepto «derecho a la salud» es más amplio que el simple derecho a la atención de salud. Tal como veremos más adelante al tratar lo que implica el derecho a la salud, la atención de salud es tan solo un aspecto del mismo. El término «derecho a la salud» se examina más detenidamente en «The Right to Health in International Human Rights Law» de la misma autora, publicado en *Health and Human Rights*, vol. 1 No. 1, Fall, 1994.

año de 1993, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (de aquí en adelante el Comité) examinó lo que implica el derecho a la salud; ésta fue una de las pocas ocasiones, por no decir la única, en que un órgano de la ONU abordó el tema. Se señaló que la obligación de dar efecto al derecho a la salud, al igual que en el caso de los demás derechos sociales, es una obligación paulatina; al Estado no se le exige que le dé efecto inmediata y plenamente sino que vaya logrando progresivamente, la plena realización de ese derecho. Aun así, el Comité recalcó que en el Artículo 2 del pacto internacional se pide a los Estados Partes que se comprometan «a adoptar medidas» (inmediatamente) para lograr la plena efectividad de los derechos reconocidos en el mismo. Por otra parte, en el Artículo 12 se enumeran algunas medidas que deberán adoptarse para asegurar la plena efectividad del derecho a la salud:

- a) Reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños
- b) mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
- c) prevención y tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
- d) creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Estas medidas constituyen un punto de partida para comprender la obligación, pero debido a la generalidad de la misma resulta difícil determinar obligaciones concretas. Tal como señalaran muchos oradores en el Comité, se impone recurrir a la labor de la Organización Mundial de la Salud (OMS) para determinar medios más concretos de reducir la mortalidad infantil, mejorar la higiene ambiental e industrial, prevenir epidemias y enfermedades, y crear condiciones para garantizar la atención médica. En las intervenciones de varios participantes se recalcó la importancia del agua potable y de la eliminación de aguas servidas para dar efecto al derecho a la salud.

En el ámbito del programa Atención primaria de salud y salud para todos en el año 2000, la OMS ha establecido medios concretos que podrían utilizarse con mayor eficiencia, tanto en países desarrollados como en países en desarrollo, para lograr el grado máximo de salud. El planteamiento de la atención primaria de salud se describe en la Declaración de Alma-Ata que fuera aprobada en la conferencia internacional que tuvo lugar allí en 1978. Los puntos principales de dicho planteamiento pueden resumirse como sigue:

- a) Énfasis en las medidas de prevención (tales como la inmunización y la planificación familiar) antes bien que en las de curación;
- b) importancia de la participación de individuos y grupos en la planificación y prestación de la atención de salud;

- c) énfasis en la atención maternoinfantil;
- d) importancia de la educación sobre los principales problemas de salud;
- e) prioridad absoluta a la prestación de atención de salud a los grupos vulnerables y de alto riesgo tales como las mujeres, los niños y los sectores más desvalidos de la sociedad;
- f) atención primaria de salud puesta al alcance de individuos y familias a un coste que la comunidad puede permitirse.

Un aspecto sorprendente de esta lista es el énfasis que se pone en la participación y la educación, así como la inquietud particular por los grupos vulnerables, pues todo ello reviste singular importancia en lo que atañe a derechos humanos. El concepto «derecho a la salud» pone el énfasis en los aspectos sociales y éticos de la atención de salud y del estado de salud. Este enfoque debe basarse en los principios fundamentales de derechos humanos, principalmente en la dignidad del ser humano y la no discriminación (igualdad).

En el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos se asevera que «la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.»

El concepto de derechos dimana de la visión de la dignidad intrínseca de todo

ser humano. Entonces, el emplear el término derecho en relación con la salud subraya que la dignidad de cada persona debe ser fundamental en todo lo que se refiere a la salud, ya se trate de atención, experimentación médica o limitación de la libertad en nombre de la salud. La dignidad del individuo debe primar sobre el bien de la colectividad. El enfoque de la salud en cuanto derecho da por tierra con el principio utilitario. El bien mayor de la mayoría no puede pasar por encima de la dignidad individual.

Aunque la experimentación médica, por ejemplo, puede tener resultados positivos, no debe violar la dignidad de los individuos, sobre la de los grupos más vulnerables de la sociedad: los pobres, las minorías raciales y étnicas, las personas con discapacidades y los minusválidos físicos o mentales que a menudo son objeto de dicha experimentación.

La igualdad también es un principio fundamental de los derechos humanos y considerar que la salud es un derecho implica rechazar un enfoque de la atención de salud y del estado de salud, basado exclusivamente en las leyes del mercado. La restricción de costos y el análisis de costo-beneficio son importantes a la hora de asignar presupuestos para la salud, pero no deben agravar la desigualdad en materia de atención de salud y estado de salud.

En la Declaración de Alma-Ata de la OMS sobre atención primaria de salud se asevera que:

«La grave desigualdad existente en el estado de salud de

la población, especialmente entre los países en desarrollo y los desarrollados, así como dentro de cada país, es política, social y económicamente inaceptable y, por tanto, motivo de preocupación común para todos los países.»⁶

Aun así, en casi todos los países existe una gran desigualdad en la prestación de atención de salud y el estado de salud de los distintos sectores de la población. En la mayoría de los países, el estado de salud de las minorías raciales o étnicas es mucho peor que el de la mayoría de la población. El vertido de desechos peligrosos en zonas habitadas por los pobres está documentado y se ha calificado de «racismo ambiental».

La discriminación generalizada contra la mujer en lo que se refiere a la atención de salud y el estado de salud recién comienza a tomarse en consideración.⁷

Los derechos humanos son interdependientes e indivisibles. Por lo tanto, el derecho a la salud no puede protegerse efectivamente si no se respetan derechos humanos tales como la prohibición de la discriminación, el derecho a participar en decisiones que le afectan y otros derechos sociales tales como el derecho a la educación y a la vivienda.

3. *Tendencia favorable a la justiciabilidad de los derechos sociales*

¿Puede lograrse que el derecho a la salud y otros derechos sociales, tales como el derecho a la vivienda y a la educación, sean «justiciables» para que los individuos y los grupos afectados por la violación de los mismos puedan entablar demandas? En este artículo, el término «justiciabilidad» no se refiere solamente a la posibilidad de entablar demandas judiciales ante los tribunales sino también al derecho de denunciar las violaciones ante órganos internacionales «quasi» judiciales, como por ejemplo el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, si se adoptara el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional. El término «justiciabilidad» no se emplea en el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ni en el proyecto de Protocolo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La frase utilizada comúnmente es «derecho de presentar comunicaciones» sobre violaciones.

Cuando en los decenios de 1950 y 1960, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU preparó la primera versión de los pactos internacionales se dio por sentado que los derechos económicos y sociales diferían fundamentalmente de los

6 Declaración de Alma Ata, aprobada en la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud el 12 de septiembre de 1978. Organización Mundial de la Salud, Ginebra.

7 Véase Rebecca J. Cook- *Human Rights in Relation to Women's Health: The Promotion and Protection of Women's Health Through International Human Rights Law*, WHO/DHG/93.1, Geneva 1993.

civiles y políticos y, sobre todo, que hacían falta métodos completamente diferentes para dar efecto a uno y otro grupo de derechos. En el caso de los derechos civiles y políticos se estimó que bastaba con prohibir que el Estado interfiriera en esos derechos. En cuanto a los económicos y sociales se juzgó que, a diferencia de los derechos civiles y políticos, eran derechos programáticos que requerían la intervención del Estado para sufragar los gastos y que no podían ser objeto de demandas judiciales por parte de grupos e individuos.

Entonces, se redactó un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos para que las víctimas de violaciones de derechos plasmados en dicho pacto pudieran solicitar decisiones del Comité de Derechos Humanos en cuanto a las obligaciones de los Estados (en caso de que los Estados aceptaran dicho protocolo). Un protocolo similar se juzgó impropio en el caso del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Citemos algunos de los argumentos habituales en contra de la justiciabilidad del derecho a la salud y los demás derechos sociales:

a) La promoción de estos derechos requiere medidas positivas y

programas gubernamentales cuya aplicación no puede realizarse por conducto de los tribunales u otros procedimientos similares y debe manejarse en el ámbito legislativo o administrativo;

b) el derecho a la salud y los demás derechos sociales son vagos e imprecisos y, por eso, no se les puede dar efecto mediante procedimientos judiciales;

c) los conceptos normativos para apoyar las demandas (capacidad para comparecer en juicio) dificultan el planteamiento de cuestiones relativas a la salud u otros derechos sociales;

d) dar efecto al derecho a la salud, al igual que ocurre con los demás derechos sociales, resulta oneroso y está supeditado a los recursos económicos de cada país.

La suposición simplista de que la realización de los derechos civiles y políticos requiere únicamente que el Estado se abstenga de intervenir y de que la realización de los derechos económicos y sociales requiere la intervención del mismo, fue criticada por muchos especialistas.⁸ La protección del derecho a un juicio equitativo puede requerir la creación de un sistema judicial, lo que también resulta oneroso e, inversamente, dar efecto a algunos

8 Véase: Henry Shue - *Basic Rights, Subsistence, Affluence and US Foreign Policy* (Princeton University Press, Princeton, N.J.) 1980; Asbjorn Eide - *Realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales - Estrategia del nivel mínimo* publicado en *La Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, No. 43 de diciembre de 1989; Fried van Hoof - *The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views* publicado en Alston and Tomasevski (ed) *The Right to Food* Martinus Nijhoff Publishers, 1984).

derechos económicos conlleva una prohibición que no genera gasto alguno. De más en más se reconoce que las demandas por parte de individuos o grupos también pueden contribuir a dar efecto a los derechos económicos y sociales, así como a los derechos civiles y políticos.

El concepto de justiciabilidad es un concepto variable sujeto a evolución. Se ha señalado que:

«Justiciabilidad es un término engañoso porque su tono legalista puede dar la impresión de que aquello que es o no justiciable es inherente a la función judicial y está grabado en las tablas de la ley. De hecho, lo contrario también es cierto: no solo la justiciabilidad es variable de un contexto a otro sino que además su contenido varía a lo largo del tiempo. La noción de justiciabilidad es una noción contingente y variable y depende de las diversas hipótesis relativas a la función de la judicatura en un lugar y momento determinados, así como del carácter cambiante y la capacidad de evolución de la misma.»⁹

Citemos ejemplos estadounidenses que ilustran la propiedad del comentario anterior. Una serie de jueces federales han emitido decretos acerca de

programas gubernamentales sobre cuestiones tales como la reforma de las cárceles o el fomento de la integración racial que requirieran una supervisión permanente y la elaboración de programas bajo supervisión judicial. Los tribunales estadounidenses aplican cotidianamente las disposiciones relativas al «debido proceso» o «igual protección de la ley» a hechos y situaciones particulares. Dichos términos no se han definido detalladamente en las enmiendas a la Constitución de los EE.UU. pero las consecuencias de los mismos se han explicado claramente mediante su aplicación en casos particulares. El mismo resultado se puede obtener aplicando a casos particulares, las disposiciones generales en materia de derechos económicos y sociales. El concepto *standing* se ha ampliado lo suficiente en los EE.UU. como para permitir que se interpongan acciones judiciales en casos en los cuales ninguna persona en particular es afectada directamente por los hechos invocados, pero que ha afectado a amplios grupos de personas. El caso reciente del Tribunal Supremo de Filipinas, que se describe más adelante, demuestra la amplitud que ha cobrado dicho concepto.

En el informe anual de 1992, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se pronunció a favor de un derecho individual de demandar, poniendo el énfasis en que los procedimientos de queja contribuirían al desarrollo del derecho en el

9 Craig Scott y Patrick Macklem - «Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees? Social Rights in a new South African Constitution» publicado en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 144, no. 1, pág. 17, 1992.

campo de los derechos económicos y sociales.¹⁰ El Sr. Philip Alston, Presidente del Comité, posteriormente elaboró con algún detalle lo que debía contener un protocolo en la materia¹¹ y, últimamente, el Instituto de Derechos Humanos de los Países Bajos (SIM) patrocinó un simposio sobre procedimientos de demanda en materia de derechos económicos y sociales en el cual participaron una serie de expertos y defensores de los derechos humanos que redactaron un Proyecto de Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.¹²

Así pues, la idea de que haya un procedimiento de quejas en materia de derechos económicos, sociales y culturales está ganando terreno en la comunidad de derechos humanos, pero puede pasar largo tiempo antes de que los Estados lo acepten.

4 *Sobre la justiciabilidad del derecho a la salud*

Los argumentos teóricos contra la justiciabilidad del derecho a la salud tropiezan con la realidad de que dicho

derecho, o algunos elementos del mismo, hayan sido planteados ante tribunales nacionales y órganos internacionales. A pesar de que hasta la fecha haya habido pocos casos, éstos ilustran la ductilidad del concepto de justiciabilidad a la que se aludiera anteriormente. También demuestran que en virtud de la voluntad de jueces y supervisores de derechos humanos de proteger los derechos sociales, el derecho a la salud es suficientemente preciso como para aplicarse en casos particulares y que los elementos normativos no tienen porque poner trabas a la justiciabilidad del derecho a la salud. En esta sección se citan casos relativos al derecho a la salud que fueron planteados ante tribunales y comisiones de derechos humanos tanto nacionales como internacionales.

Corte Internacional de Justicia: Constitución de la OMS

En 1993, para sorpresa de muchos, la Asamblea Mundial de la Salud solicitó una Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad del uso de armas nucleares, habida cuenta de los efectos que tienen para la salud y el medio ambiente.¹³

10 Informe de la Séptima Sesión del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Actas oficiales, Supl. No. 2, Doc. E/1993/22, Anexo IV.

11 «Proyecto de Protocolo Facultativo con disposiciones para el examen de las comunicaciones», E/C.12/1994/12, del 9 de noviembre de 1994. Este proyecto fue tratado en la undécima sesión del Comité. Scott Leckie y Rolf Kunneman han redactado otros proyectos de protocolo sobre derechos económicos, sociales y culturales.

12 El borrador en inglés del protocolo facultativo preparado por el Instituto holandés de derechos humanos (SIM) se puede pedir al instituto: SIM, Utrecht University, Janskerkhof 16, 3512 BM, Utrecht, Países Bajos.

13 International Court of Justice, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict* (Request for Advisory Opinion) Order, 13 September 1993, General List, No. 93.

A nuestro juicio, dicha solicitud reviste interés en cuanto a la justiciabilidad del derecho a la salud pues parte del supuesto de que un órgano judicial puede considerar legítimamente lo que implica el «derecho a la salud» e interpretarlo, estimando que el uso de armas nucleares constituye una violación del mismo.

A la Corte se le planteó la pregunta siguiente:

Habida cuenta de los efectos que tiene para la salud y el medio ambiente, ¿el uso de armas nucleares por parte de un Estado en una guerra u otro conflicto armado constituye una infracción de sus obligaciones según el derecho internacional, incluida la Constitución de la OMS?»

Aunque en esta solicitud no se alude a ninguna disposición concreta de la Constitución de la OMS, se juzgó que la que figura en el preámbulo de la misma era la más pertinente:

«El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social.»

La solicitud alegada fue fruto de los esfuerzos de grupos tales como la Internacional de médicos para la prevención de la guerra nuclear, la Asociación internacional de abogados contra las armas nucleares y otras

organizaciones que se oponen al uso de dichas armas. La decisión de centrarse en los aspectos de la salud, habida cuenta de las obligaciones previstas en la Constitución de la OMS y de influir en la Asamblea Mundial de la Salud fue un medio astuto de plantear la cuestión del uso de armas nucleares. Anteriormente, la Asamblea había aprobado una serie de resoluciones relativas a los efectos de las armas nucleares para la salud, subrayando la imposibilidad de todo sistema de salud de hacer frente a la catástrofe que provoca el uso de las mismas.

En diciembre de 1994, el Secretario General de la ONU pidió una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia en cuanto a la legalidad del uso de armas nucleares. Ambas solicitudes se unificaron y, en el momento en que se escribe este artículo, la Corte las está considerando. La cuestión de los efectos para la salud del uso de armas nucleares en cuanto violación de los derechos plasmados en la Constitución de la OMS podría ser decidida propiamente por la Corte pues plantea una cuestión tajante respecto a la aplicación de un tratado vinculante internacionalmente. Si la Corte rinde una opinión, dispondremos de una aclaración en lo que atañe a una de las obligaciones dimanantes antes del derecho a la salud en el derecho internacional.

Convenio europeo para la protección de los derechos humanos

El Convenio europeo para la protección de los derechos humanos no contiene disposiciones sobre derechos económicos y sociales aunque, por

supuesto, incluye una disposición sobre el derecho a la vida. De conformidad con el concepto ampliado del derecho a la vida (que figura en el comentario general del Comité de Derechos Humanos sobre el Derecho a la Vida¹⁴ el Tribunal Europeo de Derechos Humanos podría considerar cuestiones relacionadas con el derecho a la salud bajo el apartado «derecho a la vida», tal como puede hacerlo el Comité de Derechos Humanos conforme al Protocolo facultativo.

El Sr. Mati Pellonpaa ha comentado un caso presentado a la Comisión Europea de Derechos Humanos en el que se plantean cuestiones que podrían relacionarse fácilmente con el derecho a la salud en cuanto derecho a la vida. A su juicio, cuando un sistema de salud pública está por debajo de un mínimo nivel de calidad también puede considerarse una omisión de la protección del derecho a la vida consagrado en el Artículo 2 del Convenio europeo. De hecho, en un caso reciente¹⁵ el demandante cuya esposa perdiera la vida en un hospital francés a raíz de complicaciones ulteriores al parto, alegó que Francia había violado dicho artículo.

La Comisión rechazó ese argumento, fundándose en que el hospital la había atendido, pero reiteró que el Artículo 2 exige que se tomen medidas para proteger la vida... De ello se deduce claramente que determinadas medidas reglamentarias para proteger la vida en el ámbito del sistema de hospitales están implícitas en el Artículo 2; aunque la Comisión se mostró satisfecha de que el régimen francés pertinente cumpliera con estos requisitos básicos, se abstuvo de entrar en detalles sobre el funcionamiento del sistema en el caso que nos ocupa.¹⁶

*Feldbrugge vs. Países Bajos (1986)*¹⁷

Este caso presentado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se refiere a una cuestión relacionada con la salud. La demandante, una holandesa, mantuvo que la pensión por enfermedad (prevista en la ley de su país) se le había negado sin que hubiera habido un juicio equitativo, violando el inciso 1 del Artículo 6 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos que estipula: «Toda persona tiene derecho a

14 En el comentario general, el Comité dice haber constatado que muy a menudo el derecho a la vida se ha interpretado restrictivamente. La expresión «derecho intrínseco a la vida» no puede entenderse debidamente de manera restrictiva y que la protección de este derecho exige que los Estados tomen medidas positivas. Al respecto, el Comité considera que sería oportuno que los Estados partes tomaran cuantas medidas sea posible para reducir la mortalidad infantil y prolongar la esperanza de vida, sobre todo tomando medidas para eliminar la malnutrición y las epidemias. Official Records of the General Assembly, Thirty-seventh Session Supplement, No. 40 A/37/40 (1982) pág. 93. Véase también B.G. Ramcharan (ed.) *The Right to Life in International Law*, Boston, Martinus Nijhoff, 1985.

15 Solicitud no. 16593/90, *Taveres v. Francia* decisión del 12 de septiembre (inédita).

16 Matti Pellonpaa - «Economic, Social and Cultural Rights» publicado en *The European System for the Protection of Human Rights*, Macdonald, Matscher, Petzold (eds.) Martinus Nijhoff, 1993.

17 El texto del caso se publicó en *Human Rights Law Journal*, vol. 7, no. 2-4 (1996).

que su causa sea oída equitativamente, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil...» Tras una consistente interpretación liberal del Artículo, el Tribunal mantuvo que las pensiones por enfermedad implicaban un derecho civil y que en el caso de la Sra. Feldbrugge se había violado el inciso 1 del Artículo 6 y difirió cualquier fallo relativo a la compensación, conforme al Artículo 50 del Convenio.

Este caso ilustra la interdependencia de las cuestiones de salud con otros derechos. El Tribunal determinó que para conceder las pensiones por enfermedad debe haber el «debido proceso», es decir, que la causa sea oída equitativamente, lo que demuestra que cuestiones de salud pueden plantearse en el ámbito de los derechos civiles y políticos tradicionales (véase la referencia a los casos estadounidenses más adelante).

Comité de Derechos Humanos

Asimismo, decisiones del Comité de Derechos Humanos también demuestran que cuestiones relacionadas con la salud pueden plantearse al amparo de los derechos civiles y políticos, sobre todo del artículo relativo a la no discriminación (Artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). En 1986, el Comité adoptó un punto de vista, conforme al protocolo facultativo de dicho pacto, que incide en los derechos sociales y, particularmente, el derecho a la salud. En dicha decisión (comunicación

No. 218/1986 presentada por Hendrika S. Vos de Holanda) el Comité consideró su comunicación para determinar si la decisión por la que se le negaba la pensión por discapacidad constituía una violación de los derechos de igualdad ante la ley y de igual protección de la ley (Artículo 26). Si bien el comité concluyó que en este caso no había habido discriminación que violara el Artículo 26, demostró la voluntad de considerar dicho artículo sobre la discriminación en cuanto disposición autónoma que no se limita únicamente al PIDCP, sino que abarca también la discriminación respecto a los derechos sociales.

En un caso en el que también intervenía el Artículo 26 y la discriminación respecto a las prestaciones por desempleo el Comité comentó lo que sigue:

«El Comité ha examinado asimismo la afirmación del Estado Parte de que el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no puede ser invocado en relación con un derecho específicamente reconocido en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)... Las deliberaciones celebradas en la época en que se redactó el Pacto, relativas a la cuestión de si el artículo 26 se hacía extensivo a los derechos que no estaban garantizados en el Pacto, no fueron concluyentes y no pueden modificar la conclusión a que se ha llegado mediante los medios corrientes de interpretación...

Aunque el artículo 26 exige que la ley prohíba la discriminación, dicho artículo no contiene en sí mismo ninguna obligación con respecto a las cuestiones que pueda regular la ley. Así, no exige, por ejemplo, a ningún Estado que promulgue una ley estableciendo la seguridad social. Sin embargo, una vez que esta ley haya sido aprobada en el ejercicio de la autoridad soberana del Estado, deberá ajustarse al artículo 26 del Pacto.»¹⁸

Estas decisiones son pertinentes en lo que atañe a la justiciabilidad del derecho a la salud pues demuestran que según el Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos algunas cuestiones relacionadas con la salud y la discriminación pueden plantearse actualmente.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

El Artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes

del Hombre proclama el derecho a la salud en los términos siguientes:

«Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a... la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.»

En 1980, varios particulares vinculados con organizaciones no gubernamentales que defienden los derechos de los pueblos indígenas presentaron una petición a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, denunciando la violación por parte de Brasil de los derechos humanos de los indios yanomani fundándose, *inter alia*, en la violación del artículo citado.¹⁹ La Comisión encontró que la construcción de una autopista a través del territorio ocupado por los yanomani «desde tiempos inmemoriales» equivalía a una invasión de los trabajadores, geólogos, prospectores de minas y campesinos que querían asentarse en el territorio y que esas invasiones tenían lugar sin que se hubieran tomado previamente las medidas adecuadas para proteger la salud y la seguridad de los yanomami,

18 Comunicación No. 182/1984 del Comité de Derechos Humanos, presentada por F.H. Zwaan de Vries, de Holanda. Los casos relativos al Artículo 26 en cuanto derecho autónomo se examinan en detalle en la publicación citada en la nota 23. El profesor Christian Tomuschat, ex miembro del Comité, ha criticado la noción de que el Artículo 26 constituya un derecho autónomo y pueda ser invocado en relación con los derechos no protegidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; véase Tomuschat - «Equality and Non-discrimination under the International Covenant on Civil and Political Rights» publicado en von Munch, (ed.) *Staatsrecht-Völkerrecht - Europarecht, Festschrift für Hans-Jürgen Schlochauer*, Walter de Gruyter, Berlin 1981.

19 *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1984-85*. Resolución n No. 12/85, Caso No. 7615 (Brasil), 5 Marzo 1985.

lo que provocó epidemias de gripe, tuberculosis, sarampión, enfermedades venéreas y otras que cobraron una serie de vidas.

A juicio de la Comisión, de los hechos expuestos dimanaba la responsabilidad del gobierno brasileño por no haber tomado medidas oportunas y eficientes para proteger los derechos humanos de los yanomanis y declaró que el gobierno brasileño había violado, *inter alia*, el Artículo XI de la Declaración Americana relativo al derecho de preservación de la salud y al bienestar.²⁰ La Comisión recomendó que los programas de educación, protección médica e integración social de los yanomanis, iniciados por el gobierno, se llevaran a cabo en consulta con la población indígena afectada y con el servicio asesor de personal científico, médico y antropológico competente.

Tribunal Supremo de Filipinas: Disposiciones constitucionales

En el caso *Minors Oposa vs. Secretary of the Department of Environment and Natural Resources*,²¹ el Tribunal Supremo de Filipinas opinó que los demandantes habían presentado un

caso *prima facie* por la violación de disposiciones constitucionales sobre la salud y el medio ambiente. Dichas disposiciones establecen, por un lado, que el Estado protegerá y fomentará el derecho a la salud del pueblo y concientizará a la población en cuanto a la salud (Artículo II, Secc. 15) y, por el otro, que protegerá y propiciará el derecho del pueblo a una ecología sana y equilibrada acorde con el ritmo y la armonía de la naturaleza (Artículo II, Secc. 16).

El caso comprendía un esfuerzo por revocar licencias de tala debido a la despoblación forestal resultante de la tala de bosques excesiva que, se argüía, provocaría un daño irreparable a las generaciones actuales y futuras y violaba el derecho de las mismas a un medio ambiente sano. El Tribunal Supremo revocó la decisión del tribunal que había desestimado la demanda. La decisión fue particularmente interesante porque el Tribunal encontró que los demandantes, un grupo de menores (representados por la Red Ecológica Filipina) tenían derecho a presentar una demanda de esta naturaleza en su propio nombre y en el de las generaciones futuras, fundándose en la responsabilidad

20 A pesar de que la Declaración americana, al igual que la Declaración Universal de Derechos Humanos, no se consideraba legalmente vinculante cuando fue aprobada «con el correr de los años se la fue considerando un instrumento normativo del sistema interamericano y el catálogo con mayor autoridad de los derechos humanos que los Estados Partes de la Carta de la OEA tienen el deber de promover», Thomas Buergenthal - «International Human Rights Law and Institutions» citado en *The Right to Health in the Americas*, Fuenzalida-Puelma and Susan Scholle Connor (eds.) PAHO 1989, página 11.

21 *Minors Oposa v. Secretary of the Department of Environment and Natural Resources*, 30 July 1993, 33 International Legal Materials 173 (1994). Véase también Ted Allen - «The Philippine Children's Case: Recognizing Legal Standing for Future Generations», 6 *Georgetown International Environmental Law Review* 713 (1994).

intergeneracional. También mantuvieron que la invocación de las disposiciones constitucionales no constituía una cuestión política.

Aun cuando coincidía con el resultado, el juez Florentino Filiciano presentó una opinión separada en la cual declaraba que las disposiciones constitucionales no eran lo suficientemente precisas como para constituir un derecho legal y que se trataba más bien de una cuestión de política constitucional. Entonces, invocó un argumento común contra la aplicación de disposiciones relativas a derechos sociales y económicos, es decir, que no son susceptibles de aplicación por un tribunal: no son derechos justiciables.

Tribunal Supremo de la India: Disposiciones constitucionales y principios rectores

Las decisiones sucesivas del Tribunal Supremo de la India respecto a cuestiones sociales y económicas se han comentado en diversas publicaciones.²² Los derechos económicos y sociales se incluyen en los principios rectores de la Constitución donde se asevera claramente que no son justiciables. No obstante, el Tribunal Supremo ha utilizado

dichos principios para justificar una amplia interpretación del derecho a la vida.²³ Las cuestiones que guardan relación con el derecho a la salud pueden plantearse al Tribunal Supremo en el ámbito del derecho a la vida.

En casos sobre cuestiones sociales y económicas, el Tribunal ha propuesto recursos y medios creativos de contribuir a la promoción de los derechos económicos y sociales. Tal vez el aspecto más creativo de la labor del Tribunal bajo la presidencia de P.N. Bhagwati haya sido la ampliación del concepto de capacidad para comparecer en juicio, a efectos de que las ONG pudieran representar ante el Tribunal a personas desaventajadas que normalmente no tendrían oportunidad de presentarse en cuanto demandantes. Las decisiones indias son importantes puesto que, al igual que la decisión sobre el caso *Minors Oposa* en Filipinas, demuestran que los tribunales juzgan cuestiones económicas y sociales.

Conclusiones que permiten sacar los casos citados

La conclusión más evidente que se saca de esta selección limitada de casos es que el derecho a la salud es

20 A 22 Véase: Upendra Baxi - «Taking Suffering Seriously: Social Action Litigation in the Supreme Court of India» publicado en *The Review, International Commission of Jurists*; P. N. Bhagwati - «Human Rights as Evolved by the jurisprudence of the Supreme Court of India» publicado en *Commonwealth Law Bulletin* 238 (1987); Bertus de Villiers - «Directive Principles of State Policy and Fundamental Rights: The Indian Experience», 8 *South Africa Journal of Human Rights* 29, 1992.

23 Craig Scott - «The Interdependence and Permeability of Human Rights Norms: Towards a Partial Fusion of the International Covenants on Human Rights» 27 *Osgoode Hall L.J.* 769 (1980).

justiciable porque ha sido aplicado tanto por tribunales nacionales como internacionales. La especulación en torno a la justiciabilidad o no del mismo ha cedido el paso a la realidad. El número de casos es bastante reducido pero no es exhaustivo y sin lugar a dudas pueden encontrarse otros más. De ahí que constituyan una prueba válida de que no hay ningún motivo lógico o intrínseco para impugnar la justiciabilidad de ese derecho.

Los casos demuestran que el derecho a la salud de determinado grupo de personas se viola a menudo y que la protección del mismo implica examinar los efectos para la salud de ese sector de la población. En el caso presentado a

la Comisión Interamericana, se juzgó que Brasil era responsable de las violaciones del derecho a la salud de los yanomanis en cuanto grupo. En el caso filipino, las personas afectadas por la violación eran las de las generaciones actual y futuras. En ambos casos, se permitió que organizaciones no gubernamentales representaran a otros grupos.

Por ende, si se quiere dar efecto al derecho a la salud es importante encontrar medios de ofrecer a los grupos la oportunidad de ser representados.

Los conceptos tradicionales de capacidad para comparecer en juicio deben flexibilizarse para fomentar la justiciabilidad de los derechos económicos y sociales. Si se adoptara un protocolo adicional al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, éste debería permitir que

no sólo los individuos, sino también que las organizaciones puedan representar a grupos, presentando casos de violaciones de uno u otro de esos derechos.

Los casos también ponen de relieve que las demandas particulares por violaciones contribuyen a aclarar el concepto de derecho a la salud. La adopción de procedimientos de demanda intensifica el esfuerzo por encontrar el «núcleo común» de dicho derecho. La clase de violaciones denunciadas, probablemente no se hubieran planteado en un procedimiento de presentación de informes. Es dudoso que el daño que provoca a la salud ambiental la tala excesiva se hubiera destacado en un procedimiento de presentación de informes pero, gracias al ingenio de ONG que se ocupan de la salud y el medio ambiente, la cuestión fue planteada en un tribunal y se fundó en la violación del derecho a la salud. Asimismo, la cuestión del efecto que tiene el uso de armas nucleares en la salud se ha planteado ante la Corte Internacional de Justicia y también caben dudas en cuanto a si se hubiera planteado en un procedimiento de presentación de informes.

5. Otras reflexiones sobre justiciabilidad: La no discriminación

Uno de los aspectos del derecho a la salud que con mayor probabilidad habrá que tratar en un procedimiento justiciable concierne la no discriminación. Tal como indicado anteriormente, la discriminación es a menudo la causa de la violación del derecho a la salud

de un grupo determinado de personas. Si se adoptara un protocolo adicional al PIDEŚ, éste permitiría exponer de una manera concreta la discriminación generalizada contra la mujer en cuestiones de salud que es prácticamente universal, aunque las modalidades difieran y en algunos países sea más grave que en otros. Esta discriminación social generalizada tiene serias consecuencias para la salud de mujeres y niños y, por consiguiente, para la sociedad en su conjunto. La función de la mujer en la sociedad demuestra que uno de los medios más idóneos de mejorar la salud de la nación es educar a la mujer y contribuir a su salud.

La reciente publicación de la OMS, *Human Rights in Relation to Women's Health: The Promotion and Protection of Women's Health Through International Human Rights Law*, es una guía invaluable sobre el derecho a la salud de la mujer. Escrita por la profesora Rebecca J. Cook, la obra examina la discriminación generalizada contra la mujer y destaca los consiguientes efectos nocivos de la misma, no sólo para la mujer sino también para toda la comunidad. En materia de salud, las mujeres corren riesgos que no corren los hombres, citemos como ejemplo la violencia doméstica, la mutilación genital, la falta de investigaciones sobre cuestiones de salud propias a la mujer, los problemas de higiene de la reproducción, la falta de instrucción en materia de planificación familiar y los riesgos particulares a los que se exponen en el trabajo.

La profesora Cook cita el Pacto económico y el Convenio sobre la mujer en cuanto directrices generales

para proteger el derecho a la salud de la mujer y pasa revista a los indicadores de la OMS sobre la salud de las mujeres y a los criterios para interpretar las obligaciones estipuladas en ambos tratados. Los indicadores de salud, tales como la longevidad y la prestación de servicios, pueden utilizarse para determinar si un Estado cumple con la obligación de promover el derecho a la salud. Pero como la autora señala acertadamente, la mayoría de las estadísticas no se desglosan por sexo y regiones lo que plantea algunas dificultades de uso. Tanto la OMS como el UNICEF han subrayado la necesidad de desglosar las estadísticas de salud.

La profesora Cook también señala que la obligación del Estado de respetar la salud puede requerir que tome medidas positivas o negativas. Por ejemplo, el Estado no debería obstaculizar el acceso a la información relativa a la propagación de la infección por el VIH sino emprender programas de educación pública para dar esa información. En la publicación de la OMS se hace una serie de sugerencias acerca de la obligación de respetar la salud de la mujer que se consideran idóneas para protegerla, a saber: información sobre planificación familiar; eliminar el permiso del cónyuge para recibir determinados servicios de salud, prohibir la esterilización involuntaria y poner el énfasis en la importancia del consentimiento con conocimiento de causa para las intervenciones terapéuticas.

Asbjorn Eide ha apuntado que la obligación de los Estados de proteger y promover los derechos económicos y sociales consta de tres elementos: 1) La

obligación de *respetar* - el Estado no debería violar la integridad del individuo ni infringir su libertad de utilizar recursos materiales para satisfacer sus necesidades básicas; 2) la obligación de *proteger* - impedir que otros violen ese derecho; 3) la obligación de *cumplir* - es preciso que el Estado tome medidas para garantizar el derecho. Huelga decir que, entonces, el uso de armas nucleares constituiría una infracción directa del derecho a la salud de la población en cuestión y un incumplimiento de la obligación de respetar. La obligación de proteger de otros que violen el derecho puede requerir que el Estado controle la promoción del consumo de tabaco. Una prueba de la violación particularmente atroz que se cierne sobre la obligación de cumplir fue lo ocurrido en el Estado de California de los Estados Unidos. Hace poco, el pueblo del Estado de California votó a favor la Propuesta 187 para denegar los servicios públicos, entre ellos los de salud, a los inmigrantes ilegales; al parecer, la gente consideró que los servicios públicos eran uno de los incentivos que les hacían venir a California. Una vez aceptada la propuesta, el gobernador del Estado emitió un decreto dirigido a los funcionarios estatales para que recortaran los servicios gubernamentales a las embarazadas y a los pacientes de los hogares de convalecencia que fueran inmigrantes ilegales. Para impedir que se aplicara este decreto se entablaron una serie de pleitos, fundados en la inconstitucionalidad del mismo. En varios tribunales se introdujeron órdenes imponiendo la aplicación. Salvo el derecho de propiedad, la Constitución de los EE.UU. no garantiza los derechos económicos y

sociales; la alegación de inconstitucionalidad se funda primordialmente en la violación de la cláusula de «igual protección» de la Constitución estadounidense. Negar deliberadamente los servicios de salud a algunos residente de un Estado constituye una violación manifiesta del derecho a la salud, derecho que, desgraciadamente, no se reconoce en los Estados Unidos.

6. Más allá de la justiciabilidad

En el presente artículo se asevera que el derecho a la salud puede ser justiciable; de hecho, lo ha sido en una serie de casos. Se ha argumentado que disponer de procedimientos de demanda que permitan a individuos y grupos entablar juicios por violación del mismo será un aporte valioso para darle efecto. Ahora bien, sería erróneo abordar la justiciabilidad desde una perspectiva que haga caso omiso de una serie de medios por los cuales ese derecho podría intensificarse considerablemente y que no guardan relación alguna con la justiciabilidad.

Durante los últimos 75 años, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se ha ocupado de la protección de los derechos sociales: el derecho de los trabajadores y los empleadores de organizarse, la erradicación del trabajo forzoso y del trabajo infantil, la prohibición de la discriminación en el empleo. La OIT ha establecido una gran panoplia de medios para promover esos derechos. El sistema de presentación de informes al respecto se ha ido mejorando constantemente y se ha vuelto más eficiente con el correr

de los años. En el esfuerzo por adoptar un protocolo del pacto económico no deberían dejarse de lado las mejoras que requiere el sistema de presentación de informes estipulado en el mismo. La OIT ha utilizado asistencia técnica, contactos directos con los gobiernos, incrementado la «movilización de la vergüenza» y muchas otras medidas afines para promover los derechos de los trabajadores.

Este ensayo concluye con una advertencia: Debemos promover la justicia de los derechos económicos y sociales, pero aquéllos que nos interesamos en ello también tendríamos que concentrar nuestras energías en una variedad de otros medios de gran importancia para darles efecto. Asimismo, se debería tener en cuenta la experiencia acumulada por la OIT al respecto.

Los derechos económicos, sociales y culturales y la función de los juristas: La situación en Canadá, EE.UU. y México

David Matas*

Canadá ha firmado y ratificado el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales pero no ha plasmado ninguna de sus disposiciones en la Constitución canadiense. Los Estados Unidos lo han firmado pero no lo han ratificado. México lo ha firmado, ratificado y plasmado muchos de los derechos en la Constitución pero aún no dispone de legislación en la materia.

En el caso de Canadá, el debate jurídico acerca de los derechos económicos, sociales y culturales gira en torno a saber si han de plasmarse en la Carta de derechos y libertades de la Constitución; en los Estados Unidos, acerca de si ha de ratificarse el pacto y en México, acerca de si se deberían dar efecto a los derechos económicos, sociales y culturales plasmados en la Constitución, sancionando la consiguiente legislación.

Respecto a la forma, los debates en esos tres países son diferentes pero se asemejan en cuanto al contenido. La

incorporación de los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución canadiense, al igual que la ratificación del pacto en los EE.UU. y la legislación en México son cuestiones relacionadas con la justiciabilidad de los derechos económicos. La función de los abogados en este debate es acabar con las suposiciones que han surgido en torno a estos derechos y que entienden demostrar que no son justiciables. A continuación, me propongo hacer precisamente eso, es decir, demostrar que las suposiciones preponderantes en América del Norte que han cerrado el paso a la legislación de los derechos económicos, sociales y culturales no tienen asidero.¹

Suposición número uno - Los derechos económicos, sociales y culturales no son verdaderos derechos. Según este punto de vista, el empleo del término derecho en los contextos económico, social y cultural es de carácter moral o exhortatorio. Se trata más bien de una declaración política que de una afirmación jurídica.²

* David Matas es abogado, ejerce a título privado en Winnipeg, Manitoba, Canadá y es vicepresidente de la Sección canadiense de la Comisión Internacional de Juristas.

1 Véase David Matas - *No More: The Battle against Human Rights Violations* (Dundurn Press: Toronto) 1994, Capítulo 14.

2 Vierdag «The Legal Nature of the Rights Granted by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights». *Netherlands Yearbook of International Law* - 1978, páginas 69-105.

Realidad - Si nos lo proponemos, somos capaces de convertir los derechos económicos, sociales y culturales en derechos jurídicos. Nada en la índole de los mismos impide que así sea. A escala internacional, dichos derechos son exactamente iguales a los derechos civiles y políticos. Tanto los primeros como los segundos están sujetos a pactos internacionales. Respecto a la forma nada nos permite concluir que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra derechos jurídicos y que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no; ambos pactos son tratados y los tratados se consideran fuente del derecho internacional, sea cual sea su contenido.³

Suposición número dos - Los derechos civiles y políticos son derechos jurídicos porque conllevan una referencia concreta en cuanto a la manera de realizarlos. Los derechos económicos, sociales y culturales no lo son porque carecen de esa referencia y solo se dan pautas generales.

Realidad - La noción de que las normas relativas a la realización de los derechos civiles y políticos son más concretas que las relativas a la de los derechos económicos, sociales y culturales ignora la índole y el contenido de los derechos civiles y políticos. El Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos estipula que cada Estado Parte se compromete a tomar las medidas oportunas para hacer efectivos los derechos reconocidos en el mismo.⁴ En dicho pacto se declaran los derechos sin indicar cómo deberían alcanzarse, lo que se deja en manos de cada Estado Parte.

Suposición número tres - No hace falta plasmar los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución porque a escala internacional no hay deber alguno de instrumentarlos. Los derechos económicos, sociales y culturales son más bien metas u objetivos que deberían irse alcanzando paulatinamente que deberes que han de cumplirse inmediatamente.

En otras palabras, los derechos económicos, sociales y culturales son deberes de resultado, no de conducta. Mientras que el Estado tome las medidas necesarias para llegar al resultado, no importa que éste se logre. Por otra parte, los derechos civiles y políticos son deberes de conducta que indican una determinada medida que el Estado debe tomar.⁵

Realidad - En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales cada Estado Parte se compromete

3 Véase G.J.H. Van Hoof - «The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional View» en P. Alston y K. Tomasevski *The Right to Food*, Martinus Nijhoff, 1984, páginas 97-99.

4 Artículo 2, inciso 1.

5 Véase Manfred Nowak - «The Rights to Education» en Asbjorn Eide, Catarina Krause and Allan Rosas *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook* (Martinus Nijhoff: Dordrecht/Boston/London 1995) páginas 189-201.

«a adoptar medidas... hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr... la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.»⁶ Esta disposición puede dispensar a un país pobre del deber de hacerlo inmediatamente pero no así a países como Canadá o los EE.UU. que son dos de los países más ricos del mundo. Si un Estado que asigne el máximo de recursos disponibles puede realizar esos derechos, entonces Canadá y los EE.UU. pueden hacerlo.

Cuando se hace la distinción entre deberes de conducta y deberes de resultado, la noción de que los derechos económicos, sociales y culturales son siempre y exclusivamente deberes de resultado y de que los derechos civiles y políticos son siempre y exclusivamente deberes de conducta resulta falsa. Para países como Canadá y los EE.UU. todos los derechos económicos y sociales son deberes de conducta y no solo de resultado. Para países como Canadá y EE.UU. si un derecho económico, social o cultural no se realiza, ello obedece a una falta de voluntad y no de capacidad.

Asimismo, hay muchas disposiciones del pacto que, más allá de la cuantía de los recursos disponibles, deben ser realizadas inmediatamente por todos. La escasez de recursos nunca puede justificar la violación de los derechos de igualdad en el goce de los derechos económicos, sociales y culturales;⁷ el derecho a fundar sindicatos;⁸ la libertad de los padres de escoger para sus hijos, escuelas privadas;⁹ la libertad para la investigación científica y para la actividad creadora;¹⁰ la prohibición de emplear niños en trabajos nocivos¹¹ y la regla¹² de que el matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.¹³

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no dice cuales son los niveles de vida, atención de salud o instrucción pública que se consideran satisfactorios, habla simplemente de un nivel adecuado.¹⁴ La noción de nivel adecuado, en un contexto de derechos, es tan vaga como las nociones de equidad o igualdad de los derechos civiles y políticos, y ambas entrañan un claro contenido jurídico.

6 Artículo 2, inciso 1.

7 Artículo 2, inciso 2 y artículo 3.

8 Artículo 8.

9 Artículo 13, inciso 3.

10 Artículo 15, inciso 3.

11 Artículo 10, inciso 3.

12 Artículo 10, inciso 1.

13 Véase P. Alston and B. Simma - «First Session of the U.N. Committee on Economic, Social and Cultural Rights» 1987 (81) A.J.I.L. 747. Theodore Van Boven - «Distinguishing Criteria of Human Rights in Vasak», *The International Dimension of Human Rights*, página 52.

14 Artículo 11, inciso 1.

Los derechos económicos, sociales y culturales están plagados de confusiones entre derechos y metas. El respeto de los derechos es siempre una meta pero no toda meta es un derecho, incluso si guarda relación con el mismo asunto que el derecho en sí. Hay una diferencia entre respetar el derecho a la alimentación y el hecho de que nadie sufra de inanición, entre respetar el derecho a la vivienda y el hecho de no haya nadie sin techo, etc. etc.

Respetar un derecho significa que nadie está bloqueando la realización del mismo y que cada quien está haciendo lo que puede para que se realice. Si nadie está obstaculizando la realización del derecho y todos hacen cuanto está a su alcance para que se realice, el derecho es respetado incluso si no se alcanza la meta. Si nadie está desbaratando el derecho a la alimentación, y cada quien está haciendo lo que puede para que se realice, entonces, ese derecho es respetado incluso si sigue habiendo gente que sufre de inanición.

Si en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales, las metas fueran idénticas a ellos, entonces también deberían serlo para los derechos civiles y políticos. Si respetar el derecho a la alimentación significa lograr la meta fundamental de que nadie sufra de inanición, entonces, respetar el derecho al voto significaría lograr la meta final de que todo el mundo vote. Respetar el derecho a la vida significaría lograr la meta suprema de que nadie muera. Pero, evidentemente, respetar el derecho a votar no significa que todo el mundo vote, así como respetar el derecho a la vida tampoco significa que nadie muera.

La identificación de los derechos económicos, sociales y culturales con las metas relacionadas a los mismos es algo más que una simple confusión inocente ya que a raíz de ella, se tiene la impresión de que son derechos irrealistas, más bien una esperanza piadosa que algo que verdaderamente se puede cumplir. Esta asimilación de derechos y metas acaba por socavar los esfuerzos por el respeto de los derechos.

Las diferencias entre metas y derechos son reales pero las distinciones que se hacen entre derechos civiles y políticos por un lado, y derechos económicos, sociales y culturales, por el otro, son artificiales y deberían evitarse porque distorsionan la visión de la unidad de los derechos.

Suposición número cuatro - El contenido de los derechos económicos, sociales y culturales varía, ya que su significado difiere de una época a otra y de un lugar a otro. Dependen del nivel de desarrollo económico y de los recursos disponibles para realizarlos. El contenido de los derechos civiles y políticos, en cambio, es constante y significa siempre lo mismo en todas partes. Por lo tanto, tiene más sentido legalizar derechos cuyo contenido es constante que derechos cuyo contenido varía. La legalización de estos últimos no cesará de plantear problemas en los tribunales.

Realidad - Esta objeción se funda en la noción errónea de que los derechos civiles y políticos son constantes. Los tribunales de los EE.UU. han interpretado de maneras distintas la *Bill of Rights* (declaración de derechos) a lo largo de los años. Tal vez el ejem-

plo más conocido sea el caso *Brown v. The Board of Education*.¹⁵ La Constitución establece que ningún Estado dentro de su jurisdicción negará a nadie la protección de las leyes que es igual para todos.¹⁶ Hasta 1954 y el caso citado, los tribunales habían mantenido que la segregación era compatible con la declaración de derechos, en la medida en que las instalaciones puestas a disposición aun cuando separaban fueran de la misma naturaleza. En 1954, el Tribunal Supremo contradujo esa jurisprudencia y mantuvo que la segregación en sí constituía una negación del derecho a una igual protección de la ley.

En Canadá, la noción de variabilidad de los derechos civiles y políticos figura en la sección uno de la Carta en la cláusula de límites razonables. El Tribunal Supremo ha dividido las violaciones de derechos en dos categorías. Por un lado, aquellos derechos en los que el Estado es el antagonista singular de la persona cuyos derechos han sido violados y, por el otro, aquellos derechos cuya violación engloba la reconciliación de las demandas de individuos o grupos rivales. Cuando se trate de una violación de estos últimos, el Tribunal Supremo estima que todos los tribunales deben dar prueba de gran flexibilidad. Mientras el gobierno tenga una base razonable para la segunda clase de violaciones, la legislación impugnada seguirá vigente.¹⁷

Suposición número cinco - Los derechos plasmados en los instrumentos de derechos civiles y políticos se aplican a todos. Los plasmados en los instrumentos de derechos económicos, sociales y culturales, por su parte, contemplan tan solo determinados derechos aplicables únicamente a determinados aspectos de la vida de la población. Derechos que se pueden aplicar de una manera tan elástica no son de índole verdaderamente jurídica.

Realidad - El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene una disposición que permite a los países en desarrollo «determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos.»¹⁸ En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no hay ninguna disposición similar.

Ahora bien, este último contempla suspensiones mientras que el primero no. Algunos derechos, tales como el derecho a la vida, no se pueden suspender pero otros derechos, como por ejemplo el derecho a la libertad y la seguridad, pueden suspenderse en caso de una emergencia nacional que pone en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente.¹⁹ Ningún derecho económico, social o cultural se puede

15 347 U.S. 483 (1954).

16 14ª enmienda.

17 Véase *McKinney v. University of Guelph* (1991)76 D.L. R. (4th) 545 a 651-2.

18 Artículo 2, inciso 3.

19 Artículo 4.

suspender, incluso cuando pelagra la vida de la nación.

En segundo lugar, a pesar del carácter aparentemente ilimitado de los derechos plasmados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los Estados Partes pueden firmarlo con reservas, tal como se puede hacer con cualquier tratado. Canadá no puso reserva alguna a la firma del mismo pero muchos otros países, entre ellos los Estados Unidos, lo han hecho.

En tercer lugar, en Canadá, la Carta de derechos y libertades prevé limitaciones determinadas por ley de los derechos civiles y políticos existentes. En una sociedad libre y democrática, toda limitación debe ser razonable y demostrablemente justificada lo que de todos modos no impide que sea una limitación. Los derechos civiles y políticos no pueden considerarse derechos absolutos.

Por último, volviendo a Canadá, la Carta se ha interpretado de manera que no se aplica a clases de personas. En el caso *Ruparel*,²⁰ el Justice Muldoon de la División juicios del Tribunal Federal, basándose en el veredicto del Tribunal Federal de Apelación sobre el caso *Consejo Canadiense de Iglesias*,²¹ sostuvo que fuera de Canadá, la Carta no se aplica a quienes no son ciudadanos. Así por ejemplo, quien solicita una visa en una

oficina canadiense para emigrar a Canadá puede ser víctima de discriminación por su edad y la Carta no podrá ayudarle.

Resumiendo, considerar que los derechos civiles y políticos son derechos absolutos y que los derechos económicos, sociales y culturales son derechos condicionados es simplemente erróneo. Los derechos civiles y políticos también están sujetos a demasiasadas condicionantes como para que esa distinción sea válida.

Suposición número seis - En el ámbito internacional, los derechos económicos, sociales y culturales reciben un trato diferente al que se reserva a los derechos civiles y políticos. Dado que unos y otros reciben un trato diferente a escala internacional, es sensato que se haga lo propio a escala nacional.

Realidad - Desde siempre hubo una diferencia en los mecanismos establecidos para dar efecto a los derechos civiles y políticos por un lado, y los derechos económicos, sociales y culturales, por el otro. Pero a lo largo del tiempo esa diferencia ha ido menguando y los recursos para ambos grupos de derechos han convergido.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece un Comité de Derechos Humanos integrado por expertos independientes y al que los Estados Partes se comprometen a pre-

20 (1991) 10 Imm. L.R. (2d) 81.

21 (1991) 11 Imm. L.R. (2d) 190.

sentar informes periódicamente sobre el progreso que hayan realizado respecto a la aplicación del pacto. El Comité estudia esos informes y hace los comentarios consiguientes. Asimismo, existe un Protocolo Facultativo por el cual los Estados Partes y los particulares pueden remitir comunicaciones al Comité.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no prevé un comité similar. Los informes sobre las medidas adoptadas y los progresos realizados con miras a asegurar el cumplimiento del mismo se presentan directamente al Secretario General de la ONU quien transmite copia al Consejo Económico y Social, órgano integrado por representantes gubernamentales y no por expertos independientes. Tampoco prevé un mecanismo por el cual los Estados Partes y los particulares puedan remitir comunicaciones.

Desde un principio, la diferencia en la estructura de las medidas para dar efectos a unos y otros derechos fue más aparente que real. El motivo principal es que no hubo ningún comité de expertos en derechos económicos, sociales y culturales pues existían una serie de instituciones especializadas que informaban al Consejo Económico y Social, tales como la Organización Mundial de la Salud o la Organización para la Alimentación y la Agricultura,

que ya se ocupaban de los mismos. Prevalció la idea de que un comité de derechos económicos, sociales y culturales supusiera una duplicación.²²

Sin embargo, a lo largo del tiempo, a medida que los informes comenzaron a llegar fue resultando evidente la necesidad de crear un comité de expertos. El grupo de trabajo del Consejo Económico y Social establecido para estudiar los informes de los Estados Partes cumplió su labor de una manera que la Comisión Internacional de Juristas calificó de «sumaria, superficial y politizada».²³ Dicho grupo no estableció criterios para examinar los informes ni llegó a conclusión alguna acerca de los mismos.

A las instituciones especializadas del Consejo Económico y Social se les impidió participar en el grupo de trabajo. Las sesiones de este último fueron muy cortas, los miembros cambiaban constantemente y no asistían a todas las sesiones. Además, por falta de experiencia, entendían muy poco los asuntos tratados o los informes en sí.

Por consiguiente, los informes dejaron de presentarse directamente al Consejo Económico y Social para presentarse a un comité de expertos. Dicho comité, creado en 1985 por una resolución del Consejo Económico y Social, mantuvo su primera reunión en marzo de 1987. Actualmente, funciona de

22 P. Alston y B. Simma «First Session of the UN Committee On Economic, Social and Cultural Rights» 1987 (81) A.J.I.L. 747

23 Véase «Implementation of International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. ECOSOC Working Group» publicado en *La Revista* de la CIJ, diciembre de 1981, páginas 26-28.

una manera bastante similar a la del Comité de Derechos Humanos creado de conformidad con lo dispuesto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.²⁴

Utilizar distintos mecanismos a escala nacional para dar efecto a los derechos civiles y políticos por un lado, y a los derechos económicos, sociales y culturales, por el otro, supondría cometer los mismos errores que se cometieron a escala internacional. Canadá, EE.UU. y México deberían tener en cuenta la experiencia internacional para no repetir esos errores. La experiencia internacional enseña que los derechos económicos, sociales y culturales, si se tiene la intención de abordarlos como corresponde, en gran medida han de considerarse de la misma manera que los derechos civiles y políticos.

Suposición número siete - Los derechos económicos, sociales y culturales no son tan importantes como los derechos civiles y políticos a los que debería darse prioridad absoluta. Si los derechos económicos, sociales y culturales se legalizaran, habría que ponerlos al mismo nivel que los derechos civiles y políticos. Acabamos por confundir nuestras prioridades y derrocharemos nuestras energías en lo menos importante, es decir, los derechos económicos, sociales y culturales, lo que afectará a los derechos civiles y políticos.

Realidad - En el Derecho internacional no se califican por orden de prioridades unos y otros derechos; cada uno de ellos se considera igualmente importante. La consecución de los derechos civiles y políticos no justifica la violación de los derechos económicos, sociales y culturales. De hecho, ambos grupos de derechos se consideran interdependientes e indivisibles, y es imposible realizar unos, ignorando los otros. Ambos grupos de derechos forman parte de la Declaración Universal de Derechos Humanos y no se hace diferencia alguna entre ellos.

La legislación de los derechos económicos, sociales y culturales al mismo nivel que los derechos civiles y políticos obra en favor de la indivisibilidad de los derechos humanos. Si estos derechos son verdaderamente indivisibles, entonces ¿cómo se puede hacer una división entre unos y otros? Si son verdaderamente indivisibles, cualquier clase de división es imposible. Principalmente, la división entre la legislación de los derechos económicos, sociales y culturales, por un lado, y de los derechos civiles y políticos por el otro, no admite justificación alguna.

Realizar el ideal de indivisibilidad de los derechos humanos implica lograr que todo el mundo acepte que todos esos derechos son indivisibles. La legislación de los derechos económicos, sociales y culturales debe tener un fundamento idéntico al de la legislación de los derechos civiles y políticos.

24 P. Alston y B. Simma «Second Session of the UN Committee On Economic, Social and Cultural Rights» 1988 (82) A.J.I.L. 603.

Prácticamente lo mismo puede decirse acerca de la interdependencia. Si aceptamos verdaderamente la interdependencia de todos los derechos humanos, debemos legalizar los derechos económicos, sociales y culturales. Interdependencia significa que no podemos tener uno sin el otro. Es imposible mantener el respeto por los derechos civiles y políticos y, simultáneamente, tolerar violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales. El respeto de uno de estos dos grupos de derechos depende del respeto del otro. Si queremos respetar los derechos civiles y políticos no podemos centrarnos únicamente en ellos, también hemos de centrarnos en los derechos económicos, sociales y culturales.

Suposición número ocho - En muchos países, la consecución de los derechos económicos, sociales y culturales sirve de justificación para violar derechos civiles y políticos. Al elevar de categoría los derechos económicos, sociales y culturales, ya sea plasmándolos en la Constitución, ratificando el pacto internacional o sancionando la legislación correspondiente, damos crédito a esa justificación.

Realidad - Es cierto que a menudo se argumenta que los derechos económicos, sociales y culturales deben primar sobre los demás. Con frecuencia se ha dicho que no puede haber democracia donde no hay comida. Ahora bien, afirmar que la violación de los derechos civiles y políticos conlleva el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales es un argumento falaz. La tiranía no propicia el respeto de dichos derechos y los gobiernos tiránicos son menos aptos que los gobiernos demo-

cráticos para procurarlos. La respuesta a esta objeción es idéntica a la anterior, es decir, que todos los derechos humanos son interdependientes e indivisibles y del mismo rango.

Suposición número nueve - Los derechos económicos, sociales y culturales son de inspiración marxista; conllevan un compromiso con la interferencia gubernamental en la economía y un rechazo de la ideología del *laissez-faire*.

Realidad - Esta objeción traduce un cabal desconocimiento tanto de la filosofía como de la historia y la economía. Tácitamente cada país occidental ha ratificado el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales cuya articulación se arraiga en la tradición occidental y judeo-cristiana. Los derechos económicos, sociales y culturales se parecen más a los programas de Mackenzie King en Canadá y Delano Roosevelt en los EE.UU. que a los programas de Marx o Lenin. Los principales defensores de estos derechos en la escena internacional han sido Europa occidental, Australia y Nueva Zelanda.

Asimismo, si damos una mirada a las economías marxistas o a lo que queda de ellas en el mundo, la verdad es que han sido mucho menos eficientes que las economías de libre mercado en lo que respecta a la realización de los derechos económicos, sociales y culturales. El marxismo no es una ideología ni una receta para realizar dichos derechos.

Suposición número diez - Sea cual sea el fundamento ideológico, desde el

punto de vista jurídico, la aceptación de los derechos económicos, sociales y culturales supone una interferencia del gobierno en la economía. Una cosa es el respeto de un derecho y otra, la prestación de un servicio. El deber de respetar los derechos humanos es un deber que recae únicamente en los gobiernos. Los particulares y las organizaciones no gubernamentales pueden prestar un servicio pero no pueden respetar los derechos ya que solo pueden hacerlo los gobiernos. La legalización de los derechos económicos, sociales y culturales significa que los gobiernos deben respetar esos derechos.

Realidad - Los tratados, entre ellos los de derechos humanos, establecidos en nombre del Estado vinculan al Estado en su conjunto y no solo al gobierno. El Estado en su conjunto engloba a toda la ciudadanía, los funcionarios gubernamentales y los civiles «no gubernamentales».²⁵

Nigel Rodley ha argumentado que los instrumentos internacionales de derechos humanos vinculan solo a los gobiernos y no a los individuos porque se dirigen a los primeros.²⁶ Esta posición desvirtúa los instrumentos internacionales o confunde gobierno y Estado.

Los instrumentos internacionales de derechos humanos no estipulan que los

gobiernos deban hacer esto o no hacer aquello, ya que contienen aserciones generales sobre derechos y libertades. Por ejemplo, en la prohibición de la tortura que figura en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no se dice que los funcionarios públicos no han de torturar sino que nadie será sometido a tortura. Restringir estos deberes a los funcionarios gubernamentales supone reducir el alcance de los mismos al significado literal y el propósito de las coacciones que, en definitiva, no es reglamentar a los gobiernos sino afirmar los derechos de todo ser humano.

En algunos casos, los instrumentos son bastante precisos en cuanto a un alcance que va más allá de los gobiernos y engloba a todos los ciudadanos. Por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cada Estado Parte se compromete a garantizar que «toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales».²⁷ De ello se infiere que quienes no actúan en ejercicio de sus funciones oficiales pueden violar los derechos y libertades reconocidos en el pacto. El deber comprende procurar un recurso

25 McNair, *The Law of Treaties*, 1961, 676; Laysaght «Protocol II and Common Article 3» 1983 *Amer. U.L.R.* 9; ICRC *Commentary on the Additional Protocols*, página 1345.

26 «Can Armed Opposition Groups Violate Human Rights?» en *Human Rights in the Twenty-First Century: A Global Challenge*, obra coordinada por Kathleen E. Mahoney y Paul Mahoney, publicada por Martinus Nijhoff en 1993, página 297.

27 Artículo 2, inciso 3.a).

efectivo cuando alguien que no ejerce funciones oficiales viola derechos y libertades.

En el pacto también se dice que ninguna disposición del mismo «podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades...»²⁸ Una vez más, de ello se infiere que el pacto se aplica directamente a grupos y personas porque de no ser así, esta advertencia no tendría razón de ser.

Tanto en el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como en el del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales figura esta frase: «Comprendiendo que el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, tiene la obligación de esforzarse por la consecución y la observancia de los derechos reconocidos en este Pacto.» Los individuos tienen el deber de esforzarse por observar los derechos y tendría poco sentido que en el pacto se dijera eso si la observancia de los derechos sobrepasara la capacidad legal de los individuos.

Los gobiernos representan a los Estados pero no son Estados. Cuando un gobierno asume una obligación en nombre de un Estado, esa obligación es

del Estado en su conjunto, dentro y fuera de las filas del gobierno por igual, y no solo en nombre de este último.

Determinar si una obligación se restringe a quienes ejercen funciones oficiales es una cuestión de interpretación que procederá en cada caso. Para que no quepan dudas al respecto, existen algunas obligaciones e instrumentos internacionales, entre ellos algunas obligaciones en materia de derechos humanos, que se dirigen concreta y exclusivamente a quienes ejercen funciones públicas.

Por ejemplo, en la convención contra la tortura se entiende por tal todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves y cuando éstos «sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.»²⁹ El Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, tal como lo indica su nombre se aplica únicamente a dichos funcionarios. Ahora bien, los instrumentos más concretos no deben utilizarse en detrimento de los generales; lo concreto no debe limitar lo general. De hecho, en la convención contra la tortura se declara que la definición de tortura se entenderá «sin perjuicio» de cualquier instrumento internacional que contenga disposiciones de mayor alcance.³⁰

28 Artículo 5.

29 Artículo 1, inciso 1.

30 Artículo 1, inciso 2.

Cuando en la Declaración Universal de Derechos Humanos se dice, por ejemplo, que todo individuo tiene derecho a la vida, no se dice ni se quiere decir que tiene derecho a que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respeten su derecho a la vida; lo que quiere decir es que todo individuo tiene el derecho de que su Estado, es decir el gobierno y todos los ciudadanos, respete el derecho a la vida.³¹

En el caso de los derechos económicos, sociales y culturales, el supuesto de que el deber de respetarlos recae únicamente en los gobiernos es una prescripción para el socialismo de Estado. Si el deber recae tan solo en los gobiernos, entonces, éstos tendrían el deber de emplear a los desempleados. Pero la historia y la aceptación mundial de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales demuestran que estos instrumentos se proponían ser neutros desde el punto de vista ideológico para ser compatibles tanto con la libre empresa como con el socialismo.

Un deber que recae concretamente en el individuo es el de prestar asistencia.

Una de las fuentes de Derecho internacional son los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas.³² Los «principios generales de derecho» son aquellos del derecho de las distintas naciones.³³ Uno de los principios generales del derecho nacional reconocido por la comunidad de naciones es el deber de prestar asistencia.

En Canadá, la Carta de derechos y libertades de Quebec estipula: «Todo ser humano cuya vida esté en peligro tiene derecho a recibir asistencia. Toda persona debe socorrer a todo aquel cuya vida peligre, ya sea por sus propios medios o pidiendo ayuda, prestándole inmediatamente la asistencia física que necesite salvo que ello implique un peligro para sí mismo o un tercero, o que tenga algún otro motivo válido.»

En los Estados Unidos, el código penal de los Estados de Vermont³⁴ y Minesotta³⁵ considera delito negarse a prestar ayuda a quien se expone a un grave daño físico. El Tribunal de Apelación de California sostuvo que el deber de prestar asistencia forma parte del *common law* y que se puede demandar por daños y perjuicios a quien no preste asistencia.³⁶

31 Artículo 3.

32 Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Artículo 38, inciso 1 c).

33 *In re Section 55 of the Supreme Court Act* (1984) 1 S.C.R. páginas 86 a 114.

34 VT.STAT.ANN. tit 12, para. 519 (Equity 1973 & 1983 Supp.).

35 MINN.STAT.ANN. para. 604.5 (West 1983 Supp.).

36 *Soladano v. Daniels* (1983) 190 Cal.Reptr. 310; 141 Cal. App. (3d) 443.

El deber de prestar asistencia no puede aplicarse a todas las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales pero sí a muchas de ellas. El deber de prestar asistencia se aplica, por ejemplo, al derecho a la alimentación cuando la inobservancia del mismo pone en peligro la vida de la víctima. Cuando peligran la vida de una persona, porque se le niega el derecho a la alimentación, el deber de socorrer es el de proporcionarle inmediatamente la asistencia física que necesita, es decir, alimentos, y no simplemente el deber de exhortar a reconocer el derecho a la alimentación.

Suposición número once - No corresponde incluir los derechos económicos, sociales y culturales en el derecho porque la realización de los mismos conlleva gastos que es mejor dejar en manos de los gobiernos que de los tribunales. Por otra parte, la realización de los derechos civiles y políticos no entraña gasto alguno.³⁷

Realidad - Dar efecto a una serie de derechos civiles y políticos cuesta dinero al Estado y, a la vez, una serie de derechos económicos, sociales y culturales no representan gasto alguno. Es imposible hacer una distinción entre derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos económicos, sociales y

culturales, por el otro, fundándose en los gastos.

Por ejemplo, el derecho a un juicio equitativo y el derecho a elecciones libres, ambos derechos civiles y políticos, entrañan gastos sustanciales para el Estado. En la rama del derecho en la que ejerzo, derecho de los refugiados, el derecho a la vida, la libertad y la seguridad de la persona plasmados en la Carta canadiense de derechos y libertades, ha exigido que el gobierno de Canadá gastara considerables sumas de dinero para establecer los procedimientos relativos a los refugiados.³⁸

En lo que se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales, el derecho a fundar sindicatos,³⁹ o el de igual oportunidad para todos de ser promovidos sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad⁴⁰ no conllevan gastos sustanciales para el Estado. De hecho, si se fomentara la promoción en función de la capacidad, ello supondría un ahorro antes bien que una inversión de fondos.

Suposición número doce - Lo importante en la realización de los derechos económicos, sociales y culturales es la prestación de servicios. Incluirlos en el derecho es formalismo hueco que sirve de poco o nada.

37 Véase Bossuyt, *La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels*. 8 H.R.J. (1975) páginas 783-813.

38 Véase Van Hoof, página 103.

39 Artículo 8, inciso 1.

40 Artículo 7, inciso 1.

Realidad - Existe una conexión entre la legislación de un derecho y el respeto del mismo. Legislamos los derechos humanos para que sean respetados por todos. Si bien se puede respetar un derecho en la práctica sin aceptarlo en principio, no cabe duda de que la aceptación ayuda.

La legislación del derecho da medios a la víctima de la violación del mismo. Si se quiere ayudar a quien se está muriendo de hambre, lo mejor no es alimentarlo sino darle los medios para procurarse alimentos. Aliméntalo y comerá una vez, dale medios para procurarse alimentos y nunca más sufrirá de hambre. El derecho a la alimentación no equivale a disponer de comida pero una vez aceptado, la aserción del mismo es un medio que puede utilizar quien está muriendo de hambre para obtener alimentos.

A veces se piensa en los derechos humanos como en una lista de derechos concretos. La evolución de las normas y los mecanismos de derechos humanos ha sido una evolución de lo general a lo particular que trasunta en la precisión cada vez mayor de las declaraciones, las convenciones y los informes de relatores y grupos de trabajo. Se corre el riesgo de que el significado fundamental y el propósito de los derechos humanos de promover la dignidad y la autoestima del ser humano se pierda en un laberinto de detalles. La única manera en que se puede ver todo el bosque

es mantener nuestro campo de visión de todos los árboles. La legislación de los derechos económicos, sociales y culturales, sumada a la de los derechos civiles y políticos, significa abordar los derechos humanos como un concepto global.

No todos los derechos económicos, sociales y culturales responden a una necesidad que se puede satisfacer mediante la prestación de servicios. Citemos a título de ejemplo, el derecho de huelga.⁴¹ El único medio de que haya libertad de huelga es que el derecho de huelga sea aceptado y respetado en el ámbito jurídico.

Este comentario no es solo válido para algunos derechos económicos, sociales y culturales, sino también para algunas violaciones de los mismos ya que para todos esos derechos, la prestación directa de servicios para evitar la violación es imposible. El único recurso es legislar y hacer respetar ese derecho.

También es cierto que en el caso de muchos derechos, no hace falta legislar para que sean respetados. Por ejemplo, antes de que dispusiera de la Carta de derechos y libertades, Canadá ya era un país democrático y tolerante. Ello no impide que dicha Carta representara para los canadienses una herramienta poderosa para perfeccionar la realización de los derechos de los que ya gozaban. La legislación no puede ser el

41 Artículo 8, inciso 1 d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

alfa y omega de la realización de esos derechos, pero representa una ayuda importante.

La legislación tiene un valor simbólico y articula aspiraciones; es una declaración de los valores de la sociedad así como un instrumento diario que puede emplearse para propiciar la realización de los derechos.

Suposición número trece - Los derechos económicos, sociales y culturales crean obligaciones de carácter positivo por parte del Estado; crean el deber de actuar. Los derechos civiles y políticos, en cambio, solo crean obligaciones de carácter negativo para el Estado; crean el deber de abstenerse de actuar. Es más sensato incorporar al derecho las obligaciones de carácter negativo que las de carácter positivo.

Realidad - Varios derechos civiles y políticos imponen obligaciones de carácter positivo. El derecho a un juicio equitativo no se realizará sin la participación activa del Estado. La administración de la justicia es una actividad del Estado que puede llevarla a cabo de manera equitativa o no pero en ningún caso, el Estado puede administrar justicia absteniéndose de actuar.

Inversamente, hay derechos económicos, sociales y culturales que imponen tan solo obligaciones de carácter negativo. Respetar el derecho de fundar sindicatos no requiere intervención alguna del Estado, al que solo se le exige reconocer ese derecho. Lo mismo puede decirse de la libertad para la investigación científica y para la actividad creadora y del derecho de los padres de

escoger para sus hijos, escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas.

Suposición número catorce - Incluso si los legisladores están dispuestos a incorporar los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución, no deberían incluirlos todos; deberían limitarse a aquellas obligaciones que imponen una prohibición. Aunque en la Carta de derechos y libertades de Canadá figuran unos pocos derechos civiles y políticos de carácter positivo, en general se han omitido. La misma restricción debería aplicarse a los derechos económicos, sociales y culturales.

Realidad - Es cierto que obligaciones civiles y políticas, tales como la de prohibir la incitación al odio o la de fomentar la igualdad racial, se omitieron en la Carta canadiense de derechos y libertades, lo que genera una situación enfermiza que es preciso sanar, incluso en la esfera civil y política. Esta situación no debería repetirse en la esfera económica, social y cultural.

El problema radica en que habida cuenta de las prohibiciones insertas en la Carta y las obligaciones de carácter positivo omitidas en ella, las primeras censuran a las segundas pues quedan sometidas al escrutinio de aquellas. Las prohibiciones de carácter negativo y las obligaciones de carácter positivo están llamadas a coexistir, a ser consideradas en conjunto. Unas y otras forman parte de la globalidad de los derechos humanos. Plasmando uno de los grupos de derechos en la Carta y omitiendo el

otro, se confiere artificialmente a los primeros una superioridad que no deberían tener respecto a los segundos.⁴²

De ahí que, por ejemplo, se hayan impugnado las leyes relativas a la incitación al odio, fundándose en la libertad de expresión que garantiza la Carta. Durante un tiempo en Alberta, en el caso *Keegstra*⁴³ este argumento tuvo éxito, aunque la decisión fuera paulatinamente revocada por el Tribunal Supremo de Canadá. El veredicto de Alberta fue viable tan solo porque el deber de carácter positivo de prohibir la incitación al odio se considera menos importante que el deber de carácter negativo de permitir la libertad de expresión. A efectos de evitar distorsiones como éstas, una vez que los legisladores comienzan a plasmar los derechos humanos en una carta, todos ellos deben figurar en la misma.

Suposición número quince - En Canadá, la Carta de derechos y libertades controla a los gobiernos pero no al sector privado. La realización de los derechos económicos, sociales y culturales depende de algo más que los gobiernos; depende de lo que el sector privado hace o deja de hacer. Incorporar los derechos económicos, sociales y culturales en la Carta no contribuirá tanto como se piensa a la realización de dichos derechos porque no incidirá para nada en el sector privado.

Realidad - De hecho, el Tribunal Supremo ha sostenido que la Carta no controla la actividad privada.⁴⁴ Pero existen varias limitaciones importantes del principio general. Toda legislación está sujeta a la Carta, incluso la que se invoca únicamente en el sector privado en un litigio entre dos particulares. Dado que la Carta vincula la legislación, cualquier infracción de los principios de la misma en la legislación constituye una violación de la Carta en sí, incluso si la persona o la entidad que se funda en la legislación no es gubernamental.

Por lo tanto, la única rama del derecho donde la Carta no se aplica es el *common law* (derecho que emana de las sentencias de los jueces). Pero incluso en esa rama, la Carta se aplica cuando el gobierno se basa en ella para justificar sus propias acciones; la Carta no tiene ningún efecto tan solo cuando alguien del sector privado se basa en el *common law*.

El Justice McIntyre, en nombre del Tribunal Supremo de Canadá, refiriéndose a esta rama de inmunidad de la Carta, dijo: «Quiero dejar claro que ésta (la inmunidad de la Carta) es una cuestión diferente de la de saber si la judicatura debe aplicar y desarrollar los principios del *common law* de conformidad con los valores fundamentales consagrados en la Constitución. La respuesta a esta cuestión debe estar en la afirmativa. En este sentido, entonces, la Carta dista de ser pertinente para los

42 Véase D. Matas - «The Charter and Racism» 1991 *Constitutional Forum*, Volume 2, Number 3.

43 (1991) 51 C.C.C. (3d) 1.

44 *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.* (1987) 33 D.L.R. (4th) 174.

litigantes privados cuyas querellas han de ser dirimidas por el *common law*.»⁴⁵

Tal como mencionado anteriormente, los derechos económicos, sociales y culturales engloban muchos derechos de carácter positivo cuya realización requiere acción gubernamental incluso si ello supone inmiscuirse en el sector privado. No hay justificación alguna para negar, por ejemplo, el derecho a la alimentación, aduciendo que la inanición es producto de las modalidades de funcionamiento del sector privado. Si el sector privado fracasa en suministrar alimentos suficientes para todos, el gobierno debe intervenir para satisfacer aquellas necesidades que dicho sector no satisface.

Por último, la distinción entre sector público y sector privado, si bien forma parte de la Carta actual, no está escrito que deba mantenerse en la versión revisada de la Carta ni existe razón alguna para que sea una limitación de los derechos económicos, sociales y culturales. Incluso si sigue siendo una limitación para los derechos civiles y políticos, nada justifica que en los propios pactos se haga esa distinción entre sector público y sector privado.

Suposición número dieciséis - Es preferible confiar la promoción del respeto de los derechos económicos, sociales y culturales a los expertos que a los sistemas y tribunales de derechos humanos. Los tribunales tienen poca o

ninguna experiencia en la materia y no se encuentran en buena posición para erigirse en defensores de dichos derechos.

Realidad - Esta objeción también puede plantearse en cuanto a los derechos civiles y políticos. Si los derechos económicos han de dejarse en manos de los economistas, entonces podría alegarse que los derechos políticos deberían confiarse a profesionales de las ciencias políticas y los derechos relativos a los procesos por crimen a los criminólogos. Conocer el significado de los derechos económicos, sociales y culturales no es lo mismo que saber de economía, servicios sociales o cultura. Se trata esencialmente de una tarea jurídica, propia a la esfera de las instituciones y tribunales de derechos humanos.

Suposición número diecisiete - Ideológicamente, los jueces se oponen a los derechos económicos, sociales y culturales. Incluirlos en la Constitución no sirve de nada porque los jueces se limitarán a restringirlos o ignorarlos.

Realidad - En el ámbito de la jurisprudencia hay un debate de larga data acerca de lo que hacen los jueces y por qué lo hacen. Sería demasiado largo y fuera de propósito referirse a dicho debate en el presente artículo. En pocas palabras, personalmente, considero que los jueces abordan los derechos con la debida seriedad. Sus decisiones se fundan en la ley vigente y en el

45 En página 198.

deseo de impartir justicia, antes bien que en lo que comieron en el desayuno o en una especie de reflejo rotuliano de defensa de los intereses de su clase.⁴⁶

Tal vez la mejor respuesta a este argumento sea la legalización de los derechos civiles y políticos. La legalización de dichos derechos ha tenido una repercusión sustancial en el derecho norteamericano; repercusión que en muchos sentidos no se había previsto cuando se sancionaron las leyes. Los jueces no han ignorado ni restringido los derechos civiles y políticos, a pesar de la inquietud que había de que así lo hicieran. No hay motivo alguno para creer que, una vez legalizados, los derechos económicos, sociales y culturales sean menos respetados.

Suposición número dieciocho -

Esta suposición mantiene exactamente lo contrario que la anterior, es decir, que los jueces harán todo lo que esté a su alcance para promover los derechos económicos, sociales y culturales. Utilizarán el poder que se les atribuye para usurpar la función del gobierno en lo que atañe a los derechos económicos, sociales y culturales legalizados.

Realidad - Los tribunales y el gobierno incluso si se ocupan de un mismo asunto, hacen cosas muy diferentes. El gobierno aplica políticas que reflejan la voluntad de la mayoría o de los poderosos. Los tribunales, al interpretar los instrumentos de derechos humanos, elaboran el significado de los derechos, protegiendo la

posición de la minoría y de quienes carecen de poder.

Los derechos económicos, sociales y culturales no pueden dejarse en manos de los gobiernos, como tampoco pueden dejarse en sus manos los derechos civiles y políticos, porque de ser así, la mayoría o los poderosos determinarían los derechos de la minoría y de quienes carecen de poder. La realización de los derechos económicos, sociales y culturales se convierte entonces en un asunto de conveniencia para la mayoría o para los poderosos y se invalida la noción de que son derechos intrínsecos del ser humano.

Dar a los tribunales la facultad de interpretar los derechos económicos, sociales y culturales no significa que puedan hacer lo que les parezca ya que deben limitarse a velar por la observancia de los derechos legalizados. Ello no significa que los gobiernos ya no puedan hacer o dejar de hacer lo que les plazca pero precisamente ese es el motivo de legalizar los derechos.

Suposición número diecinueve -

Legalizar los derechos económicos, sociales y culturales solo creará una ilusión de protección de esos derechos. En realidad, aquellos a quienes se le niegan los derechos económicos, sociales y culturales no dispondrán de medios financieros que les permitan recurrir a los tribunales para que se les reconozcan. Legalizarlos será como legalizar un espejismo.

46 Véase D. Matas - «The Working of the Charter» (1986-7) *Man L.J.* página 116 y ss.

Realidad - El problema de esta objeción radica en que plantea un obstáculo como si fuera insuperable cuando en realidad se lo puede vencer de muchas maneras. No cabe duda de que aquellos cuyas condiciones socioeconómicas son muy bajas dispondrán de menos dinero que los ricos para procurarse los servicios de un abogado y, por ende, de menos medios para entablar juicios para que se les reconozca cualquier derecho.

Ahora bien, para paliar esa situación existen fondos de ayuda jurídica que permiten sufragar los gastos para entablar demandas en nombre de los indigentes y que, presumiblemente, seguirían existiendo para hacer lo propio respecto a una legislación ampliada que contemplara los derechos económicos, sociales y culturales. De hecho, la legalización de dichos derechos respaldaría muchas de las demandas entabladas actualmente por quienes benefician de la ayuda jurídica.

Hasta ahora, los querellantes van a los tribunales para que se le reconozcan derechos económicos, sociales y culturales sin gozar del beneficio que representa la legalización de esos derechos. Esta clase de litigio no desaparecerá por el simple hecho de que los Estados legalicen los derechos económicos, sociales y culturales.

Existe un sinnúmero de organizaciones no gubernamentales dispuestas a entablar juicios en materia de derechos humanos, ya sea en cuanto liti-

gantes principales o costeados los casos de quienes quieren que se les reconozca alguno de los derechos humanos legalizados. Según el *common law* de Canadá, proporcionar ayuda financiera u otra a un tercero para que entable o defienda una causa, constituye un agravio, un daño. Esta ayuda al litigante menos privilegiado por uno u otro motivo, se considera ilegal.⁴⁷

Ahora resulta claro que un motivo de privilegio se funda en el litigio en torno a la Carta de derechos y libertades. Un juez del Tribunal Supremo de Canadá ha dicho:

«A mi juicio, es conveniente que el litigio en torno a la Carta se extienda más allá del ciudadano con medios comunes y corrientes. Huelga decir que este calificativo engloba a la mayoría de los canadienses. Hay muy pocos particulares que, independientemente de su nivel de vida, puedan ofrecerse un litigio en torno a la Carta, litigio como el que se plantea en esta demanda. Acepto la validez de la propuesta de los demandantes según la cual, en caso de necesidad, el individuo debe procurarse a veces la asistencia de terceros, más concretamente de organizaciones que les ayuden para que se les reconozcan sus derechos constitucionales. De no ser así, quien no dispone de la ayuda de una de esas

47 G.H.L. Fridman - «The Law of Torts» en *Canada*, Volúmen 2, página 258.

organizaciones, como en el caso de NCC, será un David oponiéndose a Goliat.»⁴⁸

Suposición número veinte - Plasmar los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución generará falsas expectativas y desviará energías por canales improductivos. La realización de estos derechos se logrará mediante la lucha política y no mediante la interpretación jurídica. La legalización de los derechos económicos, sociales y culturales llevará a los defensores de los mismos a librar batalla en el lugar equivocado, es decir, los tribunales, en lugar de hacerlo en el ruedo político donde deberían estar para que dichos derechos se realizaran.

Realidad - En lo que atañe al reconocimiento de los derechos, nunca es buena estrategia fundarse únicamente en el litigio, ya que es un mecanismo para resolver querellas, una vez agotados los otros recursos. Pero la existencia de un recurso jurídico no cierra el paso a otras vías. Los defensores de los derechos económicos, sociales y culturales no podrán estar en peor posición por disponer de un recurso más para hacerlos valer.

El litigio es algo más que otra posibilidad u opción, lo que refuerza la

idea de que la batalla por el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales ha de librarse en el terreno político. Lograr el reconocimiento político de un derecho de sólido fundamento jurídico será mucho más fácil que lograr el de un derecho similar pero que carece de dicho fundamento.⁴⁹ Mientras los defensores de los derechos económicos, sociales y culturales no abandonen los recursos políticos para concentrarse únicamente en los recursos jurídicos, estarán en mejor posición con dichos derechos legalizados que sin ellos.

Conclusión

En ninguno de estos tres países existe motivo alguno para no legalizar los derechos económicos, sociales y culturales pero sí todas las razones para hacerlo. En el caso de Canadá deberían plasmarse en la Carta de derechos y libertades de la Constitución; en el de los Estados Unidos, ratificarse el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el de México, sancionar la legislación que permita dar efecto a los derechos económicos, sociales y culturales plasmados en la Constitución.

48 Re Lavigne and OPSEU (No. 2) (1988) 41 D.L.R. (4th) páginas 86 a 126 per White J. (Ont. H. Ct.).

49 Véase Stephen Wexler - «Practicing Law for Poor People» (1969- 70) 79 Yales Law Journal, páginas 1049 a 1059.

Declaración de Bangalore y Plan de Acción

I. Declaración de Bangalore

Conferencia de Bangalore

1. En Bangalore, India, del 23 al 25 de octubre de 1995, la Comisión Internacional de Juristas (CIJ), simultáneamente con su reunión trienal, llevó a cabo una Conferencia sobre derechos económicos, sociales y culturales y el papel de los abogados.
2. Los discursos de apertura estuvieron a cargo de su señoría A. M. Ahmadi, Presidente de la Corte Suprema de la India, y de su excelencia S. Kurseed, Ministro de Asuntos Exteriores.
3. En la Conferencia se recordó el compromiso de larga data de la CIJ en lo que atañe a la indivisibilidad de los derechos humanos - económicos, sociales, culturales, civiles y políticos. Compromiso patente a lo largo de los años en documentos tales como la *Declaración de Delhi* (1959), la *Ley de Lagos* (1961), los *Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (1986) y el preparado para la *Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social* (1995), entre muchas otras actividades destinadas a promover y proteger los derechos humanos

y observancia del Imperio del Derecho.

Reafirmación de los Principios de Limburgo

4. La Conferencia reafirmó los *Principios de Limburgo*, estudiando perspectivas regionales para hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales. Examinó medios de verificar la realización de dichos derechos, incluido el cumplimiento de los deberes de los Estados en virtud del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC). También se trataron cuestiones relativas a la puesta en práctica y el carácter justificable de los mismos. Se revisaron las medidas que podrían tomarse para lograr la adhesión global al PIDESC de manera que promueva, sin demora, la ratificación universal y la aplicación real del mismo, influyendo en la conducta de los Estados y demás.

Asimismo, la Conferencia reflexionó sobre la necesidad de redactar un *Protocolo facultativo* al PIDESC, para que individuos y grupos dispongan de un derecho de petición, similar al estipulado en el *Protocolo Facultativo No. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP). De esta manera, habrá un mecanismo que permita la verificación internacional

de las comunicaciones de individuos que aleguen ser víctimas de una violación de los derechos enunciados en el PIDESC. Al respecto, se examinaron las diversas versiones propuestas - entre ellas, la redactada en 1994 por el Presidente del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la de 1994 para la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, redactada en Maastricht y la de 1995, preparada por un grupo de expertos en Utrecht. Se estudiaron las ventajas de cada una de ellas.

Se reconocieron el papel y la responsabilidad de las instituciones financieras internacionales en la promoción y protección de los derechos económicos, sociales y culturales. La Conferencia expresó su beneplácito por el interés demostrado recientemente por el Banco Mundial, respecto a derechos económicos, sociales y culturales.

5. Teniendo presente los *Principios de Limburgo*, los participantes de la Conferencia recordaron que:

- los derechos económicos, sociales y culturales forman parte del derecho internacional de los derechos humanos;
- el PIDESC forma parte de la *Carta Internacional de Derechos Humanos*;
- habida cuenta de la indivisibilidad e interdependencia de los

derechos humanos y las libertades fundamentales, debería prestarse igual atención y urgente consideración a la aplicación, promoción y protección de los derechos económicos, sociales y culturales, como a la de los derechos civiles y políticos;

- la consecución de los derechos económicos, sociales y culturales puede lograrse en una variedad de contextos políticos; no existe un solo camino para llegar a la plena realización de los mismos;
 - las organizaciones no gubernamentales (ONG), todos los sectores de la sociedad, las agencias especializadas y los funcionarios de las Naciones Unidas, así como los individuos tienen un papel importante a desempeñar, además del que corresponde a los gobiernos, en la consecución de la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales.
 - al evaluar los esfuerzos de la comunidad internacional por alcanzar los objetivos enunciados en el PIDESC, deberían tenerse en cuenta las tendencias de las relaciones económicas e internacionales.
6. Los participantes señalaron, en particular, que desde la aprobación de los *Principios de Limburgo*, en una serie de países de Europa central, oriental y de Asia se han desplomado las economías centralizadas, y

la configuración económica de muchos países ha cambiado de una manera entonces imprevisible.

7. Se recordó que la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993, reafirmó la universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos, y subrayó la necesidad de redactar un *Protocolo facultativo* del PIDESC con el propósito de establecer un sistema internacional para recibir y considerar comunicaciones de individuos que aleguen ser víctimas de cualquiera de los derechos enunciados en dicho pacto y verificar que los Estados cumplan con las obligaciones contraídas. Al destacar el derecho humano al desarrollo y la importancia de todos los derechos humanos para alcanzar la meta de un desarrollo sostenible, la *Declaración y el Programa de Acción de Viena* supuso un aporte importante para vincular el discurso sobre derechos humanos con el desarrollo.
8. También se recordó que la Cumbre Mundial sobre Desarrollo de las Naciones Unidas, que tuvo lugar en Copenhague en 1995, reafirmó una vez más la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos, incluido el derecho al desarrollo, puesto que los derechos humanos, ya sean económicos, sociales y culturales, o civiles y políticos constituyen una preocupación legítima de la comunidad internacional. Por otra parte, los participantes puntualizaron que
9. La Conferencia llamó la atención sobre las enormes desventajas de la mujer en la esfera de los derechos económicos, sociales y culturales y la necesidad de tomar medidas para vencer los obstáculos que les impiden la plena realización de los mismos. Los juristas deberían cooperar con organizaciones de mujeres y organizaciones de base, a efectos de formular medidas concretas para proteger y promover los derechos económicos, sociales y culturales de la mujer, teniendo presente la *Plataforma de Acción* aprobada en la Cuarta Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer, celebrada en Pekín en 1995.
10. Se trató el alcance, variedad y, a veces, la manifiesta incompatibilidad de las reservas enunciadas por los Estados en el momento de ratificar el PIDESC y otros tratados internacionales afines. Se estudió y secundó la idea de establecer un procedimiento para revisar dichas reservas o limitar la duración de las mismas. Se recordó a los participantes que los principios generales del derecho de los tratados, limitan la validez de las reservas incompatibles con el tratado y que un reciente Comentario General del Comité de Derechos Humanos, dice que debería hacerse caso omiso de dichas reservas por no ser compatibles con el acto de ratificación.

Dudas y reticencias de los juristas

11. Se dedicó mucho tiempo, como conviene a una conferencia de juristas, a examinar hasta que punto y a través de qué medios, los derechos humanos reconocidos en el PIDESC y demás instrumentos internacionales en la materia, son o pueden llegar a ser justiciables en la jurisdicción nacional. Se procuró analizar los motivos, a menudo mitos, que han llevado a los juristas a participar menos en la consecución de los derechos económicos, sociales y culturales. Entre otros, los participantes detectaron y trataron el sentimiento de algunos juristas de que:

- los derechos económicos, sociales y culturales no son verdaderamente derechos que se puedan exigir compulsivamente;
- los contenidos de dichos derechos son variables, cambian a lo largo del tiempo y no admiten una aplicación legal precisa;
- a pesar de su importancia, dichos derechos no pertenecen al ámbito específico de acción de los abogados;
- el logro de dichos derechos suele entrañar gran cantidad de dinero y otros recursos cuya asignación sería mejor dejar en manos del gobierno que es, o debería ser, responsable ante la gente antes bien que ante los tribunales cuyos integrantes pueden

carecer de la pericia y la información requeridas para tomar decisiones de amplio significado económico o social;

- la realización de los derechos civiles y políticos conlleva costos económicos precisos; en cambio, es muy probable que el logro de derechos tales como el «derecho al trabajo», el «derecho a la vivienda» y demás derechos económicos, sociales y culturales englobe amplias cuestiones de índole social y política, respecto a las cuales los abogados poseen una tarea a desempeñar más como políticos y ciudadanos que como profesionales del derecho. Varios participantes alertaron respecto a la tendencia del derecho, sus instituciones y profesionales, a extender en demasía su propia función y pericia, y a «legalizar» cuestiones que se deciden con más propiedad en un contexto más amplio que el de los tribunales, y en las que también entran en juego consideraciones de otro orden.

12. La Conferencia reconoció las inquietudes y opiniones precedentes que, entre otras, ayudan a explicar la reticencia de los juristas a participar directamente en la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, recurriendo a las técnicas del derecho y utilizando los tribunales y demás instrumentos de la profesión jurídica. El profundo desconocimiento del PIDESC, no solo tratándose de jueces y abogados sino también de gobiernos

y comunidades, fue motivo de preocupación. Sin embargo, la Conferencia:

- Reafirmó que los derechos económicos, sociales y culturales son un componente esencial del mosaico global de los derechos humanos.
- Señaló el papel importante que desempeñan abogados y jueces en países como la India, exigiendo por vía judicial la aplicación de derechos económicos, sociales y culturales en el contexto del derecho a la vida, a un juicio justo e imparcial, a la igualdad ante la ley, a igual protección de la ley y demás derechos civiles y políticos.
- Resolvió que en el futuro, los juristas deberían desempeñar un papel más importante que en el pasado, respecto a la realización de dichos derechos sin limitar en modo alguno la labor que cumplen los abogados para el logro de los derechos civiles y políticos.
- Afirmó que la realización de los derechos económicos, sociales y culturales es a menudo de aplicación más amplia y de mayor urgencia, por afectar todos los días, como lo hacen dichos derechos, a todos los miembros de la sociedad. En el caso de los abogados, excluirse a sí mismos de un papel legítimo y constructivo en la realización de dichos derechos equivaldría a privarse de

una función en un campo vital de los derechos humanos.

Por consiguiente, la labor de la Conferencia consistió en definir aquellas actividades que apoyen la realización de estos derechos, actividades en las que los abogados en cuanto tales podrían cumplir una función legítima y constructiva, y en promover en el ámbito de la judicatura y la profesión legal, en todas partes, la realización de las oportunidades y obligaciones que incumben a los abogados al respecto.

13. La Conferencia afirmó que la impunidad de los autores de violaciones graves y sistemáticas de los derechos económicos, sociales y culturales, incluida la corrupción de funcionarios estatales, representan un obstáculo al goce de dichos derechos y debe combatirse.
14. La independencia del Poder Judicial es indispensable para la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales. Si bien la judicatura no es el único medio de garantizar la realización de los mismos, la existencia de un Poder Judicial independiente es requisito esencial para la participación eficaz de los juristas en la exigencia legal de dichos derechos, dado que a menudo son sensibles y controvertidos, y como tales exigen el equilibrio de intereses y valores competitivos y conflictivos. Por consiguiente, la Conferencia recordó principios tales como los *Principios de Bangalore sobre la aplicación en derecho interno de*

normas internacionales de derechos humanos (1988) y exhortó a que se promuevan a escala mundial, poniendo énfasis en los derechos económicos, sociales y culturales.

Labor ulterior a la Conferencia

15. Los participantes resolvieron pedir a la CIJ que publique y difunda las actas de la Conferencia y se encargue de dar a conocer y distribuir ampliamente los documentos presentados y las consiguientes reflexiones, a efectos de concientizar más a los juristas del mundo entero en cuanto a las funciones que les son propias en lo que atañe a promover y garantizar la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, patrimonio de la humanidad. Las actas de la conferencia traducirán el sentido de urgencia y, a veces, de frustración e indiferencia profesionales que a menudo han caracterizado en el pasado la participación de los abogados en este campo de los derechos humanos.
16. La Conferencia recomendó igualmente que la CIJ publique y difunda con miras a un amplio debate y consiguiente acción, algunas de las sugerencias hechas en el curso de la Conferencia. El resto figuran en los documentos y las actas de la Conferencia. Globalmente, dichas propuestas configuran el *Plan de Acción de Bangalore* destinado a facilitar el logro de los derechos económicos, sociales y culturales en todas partes. A tales efectos, todos concuerdan en

que dicho plan debería comunicarse a los juristas del mundo entero como aporte al proseguimiento de la reflexión sobre el papel que pueden desempeñar para la realización de dichos derechos. Tal como se declara en los *Principios básicos de las Naciones Unidas sobre el papel de los Abogados* a los juristas les cumple un papel vital al respecto. La falta de compromiso de los juristas con la realización de más de la mitad del campo de los derechos humanos, vitales para la humanidad, ya no se puede admitir.

II. PLAN DE ACCIÓN

En el plano internacional

17. En la consecución de la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales, tendrían que emprenderse las acciones enumeradas a continuación:
 - 17.1 La CIJ y demás ONG nacionales e internacionales de derechos humanos deberían renovar la labor para lograr que todos los Estados ratifiquen el PIDESC.
 - 17.2 Debería ejercerse una presión concreta para obtener más ratificaciones en los países de Asia y el Pacífico y en las demás regiones donde las ratificaciones de tratados son escasas. Esta presión debería ir acompañada del replanteamiento de la creación de mecanismos regionales y subregionales eficientes que traten las comunicaciones relativas

- a la suspensión de derechos humanos fundamentales (incluidos los derechos económicos, sociales y culturales).
- 17.3 Deberían renovarse los esfuerzos con miras a la aprobación de un *Protocolo Facultativo* del PIDESC. Al respecto, la CIJ debería desempeñar un papel preponderante y garantizar que dicho *protocolo* se apruebe sin demora;
- 17.4 La CIJ y demás organizaciones internacionales de derechos humanos deberían redoblar esfuerzos por verificar incumplimientos en la realización de los derechos económicos, sociales y culturales e informar al respecto. Cuando corresponda, las ONG deberían estudiar la posibilidad de emitir informes alternativos para completar los informes de los Estados Partes presentados en conformidad con el PIDESC. Asimismo, deberían dar a conocer a las comunidades afectadas, los informes gubernamentales al Comité, a efectos de propiciar los procesos de orden político, legal y demás, necesarios para reparar las violaciones.
- 17.5 Los órganos convencionales de tratados de las Naciones Unidas, tienen que establecer mecanismos que permitan a las ONG aportar a su labor y asistirlos en la misma. Mientras se procede a las consiguientes reformas institucionales, las ONG deberían dar pruebas de imaginación e innovación para asistir a dichos órganos convencionales, incluso si no se les ha reconocido un estatuto consultivo o de observador.
- 17.6 Las ONG deberían establecer una estrategia para llamar la atención acerca del incumplimiento de la obligación de informar establecida en los tratados pertinentes, recurriendo incluso a los medios de comunicación nacionales e internacionales.
- 17.7 Debería secundarse al Grupo de Inspección creado por el Banco Mundial para que lleve a cabo su mandato eficazmente. Las ONG y los juristas deberían presentar a dicho grupo, críticas y sugerencias para el mejor cumplimiento de los principios del PIDESC.
- 17.8 La consecución de los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto internacional en relación con otras iniciativas internacionales requiere una serie de medidas. Por consiguiente, la CIJ y la comunidad de ONG debería tomar medidas urgentes para:
- (i) Verificar el cumplimiento progresivo de las obligaciones de los Estados establecidas en el PIDESC y examinar con espíritu crítico los recursos destinados a la compra de armas y el pago de la deuda;

- (ii) Garantizar el control del comercio internacional de armas y el enorme fardo de los gastos militares.
- (iii) Controlar y poner término a la corrupción y a la inversión en el extranjero de los fondos obtenidos de esa manera.
- (iv) Lograr e incrementar la participación de la mujer en la sociedad, mediante la educación en general, y en particular, la promoción de sus derechos de procreación.
- (v) Propiciar la reforma de las políticas agrícolas de determinados países desarrollados resultantes de la subvención antieconómica de la producción agrícola nacional para excluir de los mercados a los productores agrícolas de los países en desarrollo; y
- (vi) Mejorar el funcionamiento y la eficiencia de los sistemas y organismos regionales en lo que atañe al logro de los derechos económicos, sociales y culturales.

En el plano nacional

18. Entre otras, deberían emprenderse en el plano nacional las siguientes acciones:

18.1 Sensibilizar más a jueces, abogados, funcionarios gubernamentales y todos

aquellos que tienen que ver con las instituciones legales, en cuanto a los términos y objetivos del PIDESC, el Comité, otros tratados afines y la importancia vital que tienen para el individuo estos aspectos de los derechos humanos, así como el papel legítimo de los juristas en la consecución de los mismos. Universidades, facultades de Derecho y cursos de capacitación judicial, así como los medios de comunicación, también tienen el deber de propiciar un mayor conocimiento de dichos derechos y el contenido jurídico de los mismos; por consiguiente, se les debería alentar a asumir esta responsabilidad.

18.2 Puntualizar aquellos aspectos de los derechos económicos, sociales y culturales más factibles de ser impuestos por ley exige competencias legales e imaginación. Es preciso definir con precisión las obligaciones legales para definir claramente lo que constituye una violación de las mismas; especificar las condiciones para presentar comunicaciones; establecer estrategias para examinar los abusos u omisiones y, cuando corresponda, procurar los cauces jurídicos pertinentes para garantizar el logro de los objetivos que se juzguen convenientes.

- 18.3 Entre las acciones concretas a emprender cuando correspondía se adhirió a las que figuran a continuación:
- 18.3.1 Reformar las disposiciones constitucionales, cuando fuere necesario, para incluir referencias a los derechos económicos, sociales y culturales;
- 18.3.2 Revisar otras leyes nacionales para establecer en términos precisos y justiciables, los derechos económicos, sociales y culturales de manera que se pueda exigir su aplicación legal.
- 18.3.3 Reformar los requisitos para acreditar legitimación activa para comparecer en juicio y alentar las causas de interés público y social (tal como ocurrió en la India) mediante casos modelos, para fomentar y estimular al aparato político a interesarse por los derechos económicos, sociales y culturales y dar prioridad al estudio de dichos casos.
- 18.3.4 Crear el cargo de Ombudsman o de ombudsman especializados, y perfeccionar sus funciones y facultades, para disponer de órganos accesibles e independientes que reciban las quejas contra el gobierno y demás instituciones por incumplimiento de sus obligaciones, a efectos de garantizar la realización de los derechos económicos sociales y culturales.
- 18.4 Debería alentarse el desarrollo y sustento de un cuerpo judicial independiente. Deben tomarse medidas para garantizar la sensibilización permanente de los jueces acerca del papel que les corresponde en la promoción y protección de dichos derechos.
- 18.5 Otras medidas necesarias para garantizar un verdadero avance en la consecución de este propósito son:
- 18.5.1 Creación de medios efectivos de asistencia jurídica pública e independiente y asistencia similar en los casos que corresponda;
- 18.5.2 Prestación de servicios pro bono por parte de los Colegios y Asociaciones de Abogados y ampliación de sus respectivos programas en la esfera de derechos humanos para comprometer lo

servicios de sus miembros al respecto.

18.5.3 Capacitación de los grupos desfavorecidos, incluyendo a las mujeres, las minorías, los pueblos autóctonos y todos aquellos que no tienen experiencia legal ni confianza en el sistema jurídico, para alentarlos a reivindicar y garantizar sus derechos, requiriendo el ajuste del derecho procesal para facilitar dichos fines.

18.5.4 Los jueces deberían aplicar en el plano nacional, las normas internacionales de derechos humanos en el campo de los derechos económicos, sociales y culturales. En caso de imprecisión en las constituciones o leyes nacionales, aparente vacío en la ley o incompatibilidad con las normas internacionales, los jueces deberían resolver dicha ambigüedad o incompatibilidad, o colmar el vacío, refiriéndose a la jurisprudencia de los órganos intergubernamentales de derechos humanos. Deberían hacerse renovados esfuerzos, también en el caso de la CIJ,

por promover a escala mundial principios tales como los *Principios de Bangalore*, que colocan énfasis particular sobre los derechos económicos, sociales y culturales.

A nivel individual

19. A nivel individual los juristas deberían:

19.1 Obrar en los Colegios y Asociaciones de Abogados, acentuando el interés por los derechos económicos, sociales y culturales en sus programas para lograr la plena realización de los derechos humanos;

19.2 En calidad de legisladores, representantes de grupos comunitarios y ciudadanos, ampliar los conocimientos y las nociones en materia de derechos económicos, sociales y culturales, de los miembros del gobierno y la comunidad para que las obligaciones establecidas en el PIDESC y otros tratados afines, se conozcan mejor;

19.3 Los abogados deberían utilizar además de los tribunales, otras instancias independientes tales como el Ombudsman y las comisiones de derechos humanos de carácter independiente,

así como los órganos nacionales, regionales y universales, para promover el cumplimiento de las normas de los tratados en la materia. En aquellos Estados donde no existen instancias semejantes, los abogados deberían fomentar su creación. Deberían trabajar en estrecha cooperación con las

instituciones de la sociedad civil para ayudar a fomentar y realizar plenamente los objetivos del PIDESC y demás tratados en la materia.

*Aprobado en Bangalore,
India, el 25 de octubre de 1995*

Miembros de la Comisión Internacional de Juristas

Presidente

LENNART GROLL

Juez, Corte de Apelaciones de Estocolmo, Suecia

Vicepresidentes

ENOCH DUMBUTSHENA

Ex Presidente de la Corte Suprema, Zimbabue

TAI-YOUNG LEE

Directora del Korean Legal Aid Centre for Family Relations, Corea

CLAIRE L'HEUREUX-DUBE

Juez de la Corte Suprema, Canadá

Miembros del Comité Ejecutivo

MICHAEL D. KIRBY, (Presidente)

Presidente de la Corte de Apelaciones, Australia

DALMO DE ABREU DALLARI

Profesor de Derecho, San Pablo, Brasil

DESMOND FERNANDO

Abogado; ex Presidente del Colegio de Abogados, Sri Lanka

ASMA KHADER

Abogada, Jordania

KOFI KUMADO

Catedrático en Derecho, Universidad de Ghana

FALI S. NARIMAN

Abogado; ex Procurador General de la India

CHRISTIAN TOMUSCHAT

Profesor de Derecho Internacional, Universidad de Bonn, Alemania; Miembro de la Comisión de Derecho Internacional de N.U.

Miembros de la Comisión

MOHAMMED BEDJAOUI

Juez, Presidente de la Corte Internacional de Justicia; ex Embajador de Argelia ante las Naciones Unidas en Nueva York

ANTONIO CASSESE

Profesor de Derecho Internacional, Instituto Universitario Europeo; Presidente del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura, Italia

ARTHUR CHASKALSON

Presidente de la Corte Constitucional, República de África del Sur.

SIR ROBIN COOKE, KBE

Presidente de la Corte de Apelaciones, Nueva Zelanda

MARIE-JOSE CRESPIN

Miembro del Consejo Constitucional, Senegal

DATO'PARAM CUMARASWAMY

Abogado; ex Presidente del Comité Permanente de Derechos Humanos del Colegio de Abogados, Malasia

DIEGO GARCIA-SAYAN

Director Ejecutivo, Comisión Andina de Juristas, Perú

SIR WILLIAM GOODHART, Q.C.

Abogado, Reino Unido

RAJSOOMER LALLAH

Juez de la Corte Suprema, Mauricio; Miembro del Comité de Derechos Humanos de N.U.

EWA LETOWSKA

Profesor, Instituto de Ciencias Legales, Academia de Ciencias de Polonia; ex Ombudsman, Polonia.

GLADYS VERONICA, LI. QC

Juez de la Corte de Apelaciones, Hong Kong

NIALL MAC DERMOT, CBE, QC

Ex Secretario General de la CIJ; ex Ministro de Estado del Reino Unido

DANIEL HENRI MARCHAND

Profesor de Legislación Social, Francia

J.R.W.S. MAWALLA

Abogado de la Corte Suprema, Tanzania

FLORENCE N. MUMBA

Ombudsman, Zambia

DORAB PATEL

Ex Juez de la Corte Suprema, Pakistán

BERTRAND G..RAMCHARAN

Guyana; Coordinador para la Cooperación regional política y de seguridad de N.U.; Profesor adjunto de la Universidad de Columbia, Nueva York

HIPOLITO SOLARI YRIGOYEN

Senador, Argentina; ex Presidente del Comité de Derechos Humanos de la Unión Interparlamentaria

LASZLO SOLYOM

Presidente de la Corte Constitucional, República de Hungría.

THEO C. VAN BOVEN

Decano de la Facultad de Derecho, Universidad de Limburg, Países Bajos; Miembro del Comité de NU para la Eliminación

JOSE ZALAQUETT

de la Discriminación Racial

Abogado; Profesor de Derecho, Chile; ex Presidente del Comité Ejecutivo Internacional de Amnistía Internacional

Miembros Honorarios

ANDRES AGUILAR MAWDSLEY, Venezuela

JEAN FLAVIEN LALIVE, Suiza

ARTURO A.ALAFRIZ, Filipinas

RUDOLF MACHACEK, Austria

DUDLEY B.BONSAL, Estados Unidos

NORMAN S.MARSH, Reino Unido

WILLIAM J. BUTLER, Estados Unidos

KEBA MBAYE, Senegal

HAIM H. COHN, Israel

SHRIDATH S. RAMPHAL, Guyana

ALFREDO ETCHEBERRY, Chile

JOAQUIN RUIZ-GIMENEZ, España

P.TELFORD GEORGES, Bahamas

Lord SHAWCROSS, Reino Unido

JOHN PHUMPHREY, Canadá

TUN MOHAMED SUFIAN, Malasia

HANS HEINRICH JESCHECK, Alemania

MICHAEL A. TRIANTAFYLIDES, Chipre

P.J.G.KAPTEYN, Países Bajos

Secretario General

ADAMA DIENG

Publicaciones Recientes

Derechos del Niño

Un programa de formación en Asia

Publicado por la CIJ en inglés, 373 pp, Ginebra, 1994.

15 francos suizos, más gastos de correo

Informe de un programa de formación desarrollado en setiembre de 1993 en Lahore, Pakistán, y dirigido a personas que se ocupan de mejorar la situación de la niñez en Asia. Entre los participantes venidos de 16 países asiáticos, se encontraban juristas y representantes de organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales relacionadas con los derechos del niño. Uno, entre otros, de los objetivos del programa era realizar un seguimiento de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en junio de 1993, la que había exhortado a los Estados, a ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño antes de 1995. Esta actividad formaba parte de los programas emprendidos por la CIJ en Asia, tendientes a la formación de paralegales y a establecer servicios de asistencia jurídica en beneficio de los pobres y de otros grupos desfavorecidos.

Derechos Humanos en Kashmir

Informe de una Misión

Publicado por la CIJ. Disponible en inglés, 210 págs.,

17 francos suizos, más gastos de correo.

Este informe es el resultado de una misión de la CIJ a Kashmir llevada a cabo en agosto de 1993. El informe condena a la India, Pakistán y a los grupos armados que operan en la zona por las violaciones de derechos humanos efectuadas en los estados de Jammu y Kashmir. El informe rinde un panorama de la situación de los derechos humanos en la región, examinando los hechos acontecidos y analizando la situación de derecho en esta zona. La misión estuvo compuesta por Sir William Goodhart (Reino Unido), el Sr. Dalmo de Abreu Dallari (Brasil), la Sra. Florence Butegwa (Uganda), y el Sr. Vitit Muntarbhorn (Tailandia). El informe hace hincapié sobre el debatido tema del derecho a la libre determinación de los pueblos, en la medida en que los miembros de la misión rinden su opinión sobre la aplicación del mismo al pueblo de Kashmir. Los anexos también contienen las observaciones al informe de los Gobiernos de Pakistán y de la India.