

Christian Curtis

Derechos sociales, ambientales y relaciones entre particulares

Nuevos horizontes

Universidad de
Deusto

• • • • •

**Instituto de
Derechos Humanos**

Derechos Humanos

Cuadernos Deusto de Derechos Humanos

Cuadernos Deusto de Derechos Humanos

Núm. 42

Derechos sociales, ambientales y
relaciones entre particulares

Nuevos horizontes

Christian Curtis

Bilbao
Universidad de Deusto
2007

Consejo de Dirección:

Jaime Oraá

Xabier Etxebarria

Felipe Gómez

Eduardo Ruiz Vieytes

Trinidad L. Vicente

Joana Abrisketa

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación, o de fotocopia, sin el permiso previo del editor.

© Publicaciones de la Universidad de Deusto

Apartado 1 - 48080 Bilbao

e-mail: publicaciones@deusto.es

ISBN: 978-84-9830-592-0

Índice

Introducción	9
1. Los derechos sociales en perspectiva: posibilidades de empleo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para su protección	13
I. Introducción	13
II. El paradigma de los derechos sociales: algunas premisas teóricas	13
III. El empleo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para la tutela de derechos sociales	21
IV. Derechos sociales y garantías	31
2. La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares	49
I. Introducción	49
II. Tratados de derechos humanos y sujetos privados	50
III. El derecho internacional de los derechos humanos como parte del derecho doméstico	65
IV. Reflexiones suplementarias sobre la relación entre las normas internacionales sobre derechos humanos y el derecho doméstico	67
V. La integración de fuentes internacionales y fuentes domésticas en materia de derechos humanos	72
VI. Conclusión	77

3. Ocho ideas para litigar casos ambientales ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos	79
I. Introducción	79
II. Los principios y derechos adjetivos o instrumentales y la tutela de derechos medioambientales	84
III. La interconexión de derechos civiles y políticos justiciables y los derechos medioambientales	101
IV. El posible empleo del artículo 11 del Protocolo de San Salvador .	111
V. Apuntes finales	112

Introducción

Este volumen está integrado por tres ensayos independientes, que –sin embargo– están ligados por dos hilos comunes.

El primero es la exploración de nuevos horizontes en la protección de derechos humanos. Las tres cuestiones abordadas (la exigibilidad de los derechos sociales, la eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares, la tutela de derechos medioambientales en el ámbito de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos) constituyen algunos de los principales desafíos actuales en el terreno de la protección de los derechos humanos. Se trata de temas cuya visibilidad e importancia ha crecido en la última década, y cuyo tratamiento jurídico en distintos escenarios ha experimentado notables avances. Pese a este relativo progreso, y por distintas razones, la construcción de garantías de tutela de los derechos humanos en estas áreas es aún incompleta. Los trabajos aquí reunidos exploran algunas de las vías –aún incipientes, tentativas, laterales, oblicuas– a través de las cuales se ha materializado hasta ahora el tratamiento y la protección de estos derechos en diversos foros internacionales y nacionales.

El segundo hilo común está relacionado con la creciente percepción de la necesidad de integración de los estándares y mecanismos de protección nacionales e internacionales: de una suerte de “diálogo” entre derechos humanos consagrados en normas internacionales y derechos fundamentales consagrados en constituciones domésticas, y entre mecanismos nacionales de tutela –entre los que sobresalen las vías jurisdiccionales– y mecanismos establecidos por instrumentos internacionales. La excesiva “compartimentalización” de las ramas del derecho –que obedece en gran medida a razones de orden burocrático, más que a exigencias de carácter académico– ha creado divisiones injustificables entre disciplinas que tratan problemas comunes, y que deberían prestarse

atención mutua y no crecer una a espaldas de la otra, si lo que se pretende es asegurar el goce efectivo de aquel núcleo de derechos que permite delinear las condiciones para que todo ser humano viva una vida digna. Los distintos trabajos de este libro toman en consideración esta dimensión de integración de estándares y mecanismos nacionales e internacionales, que se manifiesta en varios sentidos: en el empleo por parte de jueces nacionales de estándares generados internacionalmente; en la necesidad de articular planteos fundados en normas internacionales desde la primera fase de reclamo en sede nacional, si se quiere mejorar la calidad de los casos que finalmente son decididos en sede internacional; en el estudio de remisiones mutuas –del derecho nacional al internacional, y viceversa– que requieren de conocimiento de instrumentos e instituciones de ambas esferas normativas, y de imaginación del jurista que pretenda hacer jugar conjuntamente normas y estándares provenientes de distintas fuentes.

El origen del primer capítulo es la desgrabación de una conferencia que ofrecí en el IV Curso Interamericano realizado en noviembre de 2004 por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos en San José, Costa Rica. He revisado, ajustado y actualizado la versión, en un formato más compatible con la de un artículo escrito, sin eliminar completamente el tono coloquial. En él abordo algunas dificultades teóricas y prácticas, que han llevado a menospreciar las posibilidades de exigibilidad de los derechos sociales, tanto en el plano local como en el internacional. A continuación, repaso los aportes y las posibilidades de integración del material jurídico proveniente tanto del Sistema Interamericano como del Sistema Universal de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, como fuente para el robustecimiento de la protección local –y eventualmente internacional– de estos derechos. Por último, ofrezco un panorama de las garantías que podrían asegurar la vigencia de los derechos sociales, a partir de obligaciones fijadas tanto en los textos internacionales como en las constituciones de aquellos países regidos por el modelo del Estado social y democrático de derecho.

El segundo capítulo fue escrito originalmente en inglés, para un libro de estudios de derechos humanos encomendados por la UNESCO. Algunas versiones parciales de ese trabajo han visto la luz en publicaciones de escasa difusión en España. La cuestión central que planteo en el artículo –contra una cierta inercia teórica en el plano del derecho internacional– es la demostración de que los instrumentos internacionales de derechos humanos regulan también la conducta de sujetos privados, y que, una vez tomada en cuenta la necesaria integración entre derecho internacional y derecho doméstico, es perfectamente sensato afirmar

que los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales obligan también a particulares. La discusión refleja, en el plano de las normas internacionales sobre derechos humanos, algunos de los cuestionamientos planteados en el plano del derecho constitucional doméstico a raíz del problema de la denominada eficacia horizontal de los derechos fundamentales –o teoría de la *Drittwirkung der Grundrechte*, como suelen denominarla algunos constitucionalistas germanófilos.

El tercer capítulo es un trabajo escrito a instancias de un grupo de organizaciones ambientalistas de América Latina, interesadas en emplear los mecanismos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para la defensa de causas de carácter medioambiental. Aunque las conexiones entre protección del medioambiente y protección de los derechos humanos parecen teóricamente evidentes, de hecho el mundo del derecho internacional de los derechos humanos y el del derecho internacional ambiental han corrido por canales sorprendentemente paralelos. El trabajo explora algunas conexiones entre ambos temas, sugiriendo estrategias concretas para el litigio en materia ambiental en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos –aunque muchas de las sugerencias tienen como fuente la experiencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y de otros tribunales internacionales y nacionales, y podrían emplearse también en esos escenarios.

Creo que estos ensayos ofrecen, en conjunto, un buen indicio de las cuestiones que me preocupan. Espero sinceramente que puedan ofrecer también algunas ideas destinadas a superar dudas y perplejidades que han atravesado los temas que abordo, y que sean capaces de inspirar acciones concretas en esos ámbitos.

Ginebra, noviembre de 2006

Capítulo 1

Los derechos sociales en perspectiva: posibilidades de empleo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para su protección

I. Introducción

Este trabajo está dedicado a ofrecer un panorama genérico del posible empleo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para la protección de derechos sociales –o “económicos, sociales y culturales”, como se los denomina en el campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Para ello abordo, en primer término, algunos problemas conceptuales relacionados con la configuración de los derechos sociales en tanto derechos. A continuación hago un repaso de las fuentes y desarrollos vinculados con la interpretación de derechos sociales en el Sistema Interamericano, y de su posible fortalecimiento a partir de criterios provenientes de órganos del Sistema Universal. Por último, me refiero a la cuestión de las garantías de los derechos sociales, con especial hincapié en las garantías de carácter local o doméstico.

II. El paradigma de los derechos sociales: algunas premisas teóricas

La cuestión de las garantías de los derechos sociales es un tema complejo, en la medida en que aún hay pocas certezas vinculadas a cómo abordarlo conceptualmente. En general, en nuestra región, los derechos sociales, reconocidos tanto en instrumentos constitucionales

como internacionales, han tenido un valor más bien declarativo: existen grandes carencias en el modo en que se han traducido en mecanismos concretos de garantía¹.

Para explicar esa situación, partiré de señalar algunos problemas que me parecen importantes.

El primero es la idea de que el paradigma de los derechos sociales es todavía un modelo incompleto. ¿Qué significa esto? La noción de “derecho social” no es nueva: tiene ya más de un siglo. Surge a fines del siglo XIX y, gradualmente, se va incorporando a constituciones, a leyes locales, a pactos internacionales, especialmente durante la segunda mitad del siglo XX.

Para afirmar que se trata de un paradigma incompleto la cuestión es, claro, con qué paradigma se lo compara². Sucede que el paradigma que informa el núcleo de la formación de los juristas, de los jueces, de los abogados, corresponde a una tradición mucho más antigua que la del derecho social: se trata de la tradición del derecho patrimonial, el derecho privado. Lo que aprenden los abogados en la Universidad es básicamente el derecho relacionado con los negocios, con los contratos, con el patrimonio, con la propiedad. Esto sucede en la mayor parte de nuestra región. Se trata de un paradigma que ha tardado cuatro o cinco siglos en madurar, y que ha girado centralmente sobre las ideas de propiedad, de contrato y de responsabilidad civil.

Gran parte de los elementos alrededor de los cuales se piensa el derecho, ha tenido que ver con este modelo patrimonialista, moldeado a partir de un sujeto que es propietario, y que tiene ciertas relaciones con otros propietarios. De modo que, aunque en las constituciones o en los pactos de derechos humanos se establezcan derechos sociales, todavía no se ha generado un paradigma completo sobre cómo dar contenido a estas categorías –por lo menos no en una medida comparable a la que sí ha desarrollado el modelo del derecho privado. Las preguntas que debemos contestarnos son: ¿cómo diseñar las relaciones entre los sujetos que son titulares de los derechos? ¿Cuáles son los alcances de estos derechos? ¿Cuáles son las obligaciones que surgen de estos derechos? ¿Quiénes son los sujetos deudores de estos derechos? ¿Cuáles y cómo deberían ser sus instrumentos de garantía o de protección?

¹ Para una discusión más extensa de este problema, ver Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, Cap. 1.

² Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 47-64; Luigi Ferrajoli, “Estado social y Estado de derecho”, en Víctor Abramovich, María José Añón y Christian Courtis (comps.), *Derechos sociales: instrucciones de uso*, Fontamara, México, 2002, pp. 11-21.

Estas herramientas conceptuales han sido generadas en otros campos por la dogmática o doctrina, es decir, por las teorizaciones y categorías que producen los juristas, y que funcionan, esencialmente, como instrumentos pedagógicos de socialización en el mundo del derecho. Pues bien, buena parte de nuestra dogmática, de nuestra academia, se ha dedicado a aquellas áreas del derecho que son las tradicionales: el derecho privado, el derecho de los negocios. Para verificarlo, es bueno preguntarse qué producción local hay con respecto al contenido de algunos derechos sociales, como los derechos a la salud, vivienda, educación o alimentación. La respuesta, en general, es que muy poco, si se la compara con los libros que se publican sobre responsabilidad civil, sobre contratos mercantiles o sobre juicios ejecutivos. La disparidad, la asimetría de la producción, es enorme, porque gran parte de los recursos simbólicos del derecho se han dedicado a proteger a los intereses de los propietarios, a proteger el derecho de propiedad, y no a los derechos sociales que, pese a estar establecidos en una constitución, casi no han tenido desarrollo. Así, por ejemplo, no es nada extraño que en América Latina, cuando se nombra a un abogado, la gente se asuste por su fama de "ave negra". ¿De dónde viene esta idea? De que a los abogados se los relaciona habitualmente con sucesos trágicos: sucesiones, muertes, accidentes de tránsito, reclamos por daños y perjuicios, incumplimientos contractuales, desalojos, divorcios, situaciones por el estilo. Ver a un abogado, a un jurista, como alguien que encarna la defensa o el acceso a derechos sociales aún resulta lejano. Este parece ser todavía un papel secundario del abogado. En las categorías que se enseñan en las facultades de derecho, la noción de que los derechos sociales son derechos, y de que los abogados pueden colaborar en la defensa de derechos sociales, son aún nociones débiles, fragmentarias, incompletas. Esto no significa que estén completamente ausentes de la enseñanza del derecho, pero hasta el momento han sido insuficientemente articuladas.

Una segunda premisa importante tiene que ver con otra dificultad. Como dije, el paradigma del derecho social es un paradigma joven en comparación con el del derecho privado. Pero a eso se suma otro problema. La primera manifestación del derecho social, como tal, está relacionada con los derechos vinculados con la situación del trabajo asalariado³. Desde el punto de vista histórico, la primera etapa de consolida-

³ Ver François Ewald, "Le droit du travail: une légalité sans droit?", en *Droit Social* N°11, 1985, pp. 723-8, y "A Concept of Social Law", en Günther Teubner (ed.), *Dilemmas of law in the welfare state*, Walter de Gruyter, Berlín, 1986, pp. 40-75; Bob Hepple (comp.), *La formación del Derecho del Trabajo en Europa*, Min. de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994.

ción de estos derechos ha tenido que ver con la idea de la centralidad del trabajo, que es una idea muy poderosa, y que atraviesa gran parte de las teorías emancipatorias del siglo XIX y siglo XX, entre ellas el marxismo. El trabajo se utiliza como categoría central para entender la sociedad, las divisiones de clases, las luchas de emancipación, la explotación. Y, por ende, el nacimiento y desarrollo del derecho social están marcados a fuego por el intento de codificar en términos jurídicos los conflictos relacionados con el trabajo asalariado.

Esta idea está estrechamente relacionada con un cierto modelo de sociedad, que correspondió especialmente al período de oro del Estado de bienestar en los países desarrollados –desde la segunda posguerra hasta mediados de los años setenta. De acuerdo con ese modelo originario del derecho social, si el trabajo es el lugar central de integración social, las formas de redistribución de la riqueza deben ir vinculadas a la situación del trabajador asalariado.

Ciertamente, este modelo jamás se correspondió demasiado con las condiciones del mercado de trabajo de América Latina, en la medida en que el mercado asalariado formal en nuestros países siempre fue minoritario. Gran parte del mercado de trabajo de nuestros países ha sido y sigue siendo informal, de modo que este modelo de redistribución deja fuera paradójicamente a las mayorías –a quienes, en teoría, deberían estar destinados los derechos sociales, ya que son quienes están en peor situación socioeconómica.

Sucede que hoy, desde hace casi dos décadas, la idea de un mercado de trabajo asalariado que integre a la gran mayoría de la población, a partir del esquema de un contrato de trabajo por tiempo indeterminado, también está en crisis en los países desarrollados. Dada la historia anterior, casi todo el esfuerzo que se había hecho hasta entonces para conceptualizar los derechos sociales, partió de la idea de su vínculo con el trabajo asalariado. Esto nos coloca a tanto a los latinoamericanos como a los europeos frente a un problema común, ya que durante gran parte del siglo XX, muchas políticas sociales también estuvieron destinadas a asignar derechos ajenos a la relación laboral –como los vinculados con la educación, la salud, la alimentación, la vivienda, la protección familiar– por la vía de asignar derechos al trabajador y, por cascada, a sus familiares y dependientes⁴.

⁴ Ver Alain Lipietz, *Elegir la audacia. Una alternativa para el siglo XXI*, Trotta, Madrid, 1997; Rubén Lo Vuolo, “A modo de presentación: los contenidos de la propuesta del ingreso ciudadano”, en Rubén Lo Vuolo (comp.), *Contra la exclusión. La propuesta del ingreso ciudadano*, CIEPP-Miño y Dávila, Buenos Aires, 1995, pp. 1-46; Pablo Miravet, “El ingreso ciudadano”, en Víctor Abramovich, María José Añón y Christian Courtis (comps.), *Derechos sociales: instrucciones de uso*, Fontamara, México, 2002, pp. 385-411.

Veamos, por ejemplo, cómo están estructurados los sistemas de seguridad social de los países de Iberoamérica. En gran medida, los sistemas se financian sobre la base de impuestos al trabajo asalariado: con los aportes del empleador y de un trabajador que cotiza porque está integrado en el mercado formal del trabajo. Si no se está en el mercado asalariado, no se forma parte de ese sistema. Por esto, parte del desafío de pensar sobre derechos sociales hoy en día tiene que ver con el desarrollo de una manera de conceptualizar esos derechos independientemente de la posición de trabajador asalariado de su titular. Esto, claro, no significa abandonar las luchas en el espacio del trabajo, que por supuesto, son importantísimas, sino entender que un gran porcentaje de los habitantes de nuestros países no tienen ni tendrán un trabajo estable, y a veces ni siquiera un trabajo formal.

En gran parte de las sociedades de América Latina, la mitad de la población vive en condiciones de pobreza y en una situación de precariedad frente al trabajo. De modo que seguir asignando derechos sociales por vía de la situación de trabajador asalariado, cubre apenas las necesidades de la "aristocracia" de los trabajadores, es decir, de aquellos que ya están integrados socialmente, pero no las de aquellas personas que están excluidas, que son las que en realidad merecerían un mayor porcentaje de la redistribución de riqueza. Este es un problema sobre el que todavía no existen categorías conceptuales demasiado sólidas: el pensamiento y la capacidad de reacción de los juristas y de los reformadores sociales han sido en general lentos, y han quedado muy rezagados con respecto a una realidad que parece alejarse irreversiblemente del ideal del empleo pleno y estable. Es bueno recordar que esta lentitud no es una dificultad que sólo sea achacable al derecho social: la maduración del paradigma del derecho privado, del derecho patrimonial, ha sido un proceso de cuatro o cinco siglos. El hecho de que la idea de derecho social tenga apenas un siglo, y que aún dentro de esa historia se haya producido una ruptura, un quiebre, relativo a la pérdida de la centralidad del mundo del trabajo, genera la urgente necesidad de crear categorías para pensar los derechos sociales que se adecúen a la realidad en la que nos toca vivir.

Quisiera ofrecer algunos ejemplos que conlleva ese desafío de pensar a los derechos sociales por fuera de la relación de trabajo. Existen algunas particularidades de los derechos sociales que los diferencian de la noción tradicional de los derechos patrimoniales, que estaban pensados únicamente en función individual. ¿Por qué? Primero, porque gran parte de las formas en las que el Estado satisface derechos sociales requiere una proyección de carácter colectivo: el diseño de servicios concebidos a partir de una noción de escala. Es difícil pensar en la asigna-

ción de derechos sociales desde un punto de vista exclusivamente individual —a diferencia de los derechos patrimoniales tradicionales, que estaban pensados desde la perspectiva del individuo propietario. La satisfacción de derechos sociales, como el acceso a servicios de salud, vivienda, educación, exige necesariamente una planificación de carácter colectivo, una planificación de escala: es imposible pensar en la asignación de un maestro por niño, o de un médico por persona. Se necesita pensar en servicios destinados a cubrir necesidades a partir de dimensiones grupales o colectivas. Esta es una cuestión que no ha sido tematizada por los cultores del derecho privado tradicional, del derecho patrimonial tradicional, y requiere un esfuerzo de conceptualización importante en materia de derecho social.

Otra cuestión vinculada es la de la distribución de recursos, que siempre son escasos. Mientras que en el caso de los derechos patrimoniales tradicionales, se pensaba sobre la base del interés individual y egoísta del propietario, lo que enfrentamos en el caso de los derechos sociales es la situación de un Estado con recursos escasos, y la necesidad de decidir criterios de priorización para la asignación de esos recursos. Las necesidades son infinitas, los recursos pocos. ¿Cómo generar, entonces, categorías que permitan establecer prioridades en la asignación de esos recursos? Ese es un tema completamente ausente en la tradición del derecho privado y del derecho patrimonial tradicional.

Otro indicio del carácter incompleto del paradigma de los derechos sociales se relaciona con la forma en que está organizado el Estado en estas materias. En América Latina, hemos dejado librada a la discrecionalidad administrativa del Estado la gestión de aquellos servicios que satisfacen la mayoría de los derechos sociales, tales como el acceso a educación, atención médica, vivienda, alimentación, asistencia social. En muchos de estos casos, en lugar de normas que establezcan propiamente derechos, tenemos normas que organizan y otorgan competencia a la administración⁵. Mientras los derechos relacionados con el mundo del trabajo han generado mecanismos de participación y de control de otros actores —piénsese, por ejemplo, en la estructura de la OIT: patronal, sindicatos y Estado—, en áreas relativas a derechos sociales no relacionados con el trabajo, el margen de discrecionalidad del Estado ha sido prácticamente total. Esa discrecionalidad del Estado ha generado prácticas de carácter selectivo y clientelista, que caracterizan la forma en que se ha

⁵ Ver Juan Antonio Cruz Parceró, "Los derechos sociales como técnica de protección jurídica", en Miguel Carbonell, Juan Antonio Cruz Parceró y Rodolfo Vázquez (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Porrúa-UNAM, México, 2001, 2da. ed., pp. 89-112.

asignado el acceso a esos derechos sociales en la mayoría de nuestros países.

Todas estas son cuestiones que revelan la necesidad de pensar categorías que nos sirvan para articular seriamente la relación entre derechos sociales y políticas públicas destinadas a satisfacerlos, de generar estándares que permitan evaluar en términos jurídicos esas políticas y, por ende, de plantear casos en los que se puedan exigir a los poderes públicos aquellos derechos incluidos en constituciones y pactos de derechos humanos. Como veremos, un problema a resolver, a la luz de las cuestiones que ya he señalado, es el de colaborar en la tarea de completar el paradigma del derecho social, a través del desarrollo de los elementos mínimos que deben estipularse para hablar propiamente de un derecho: definir cuál es el titular, cuál es el deudor, cuál es su alcance y cuáles son los mecanismos adecuados de garantía de ese derecho.

Pero quisiera introducir una premisa más, relacionada con el potencial alcance de las normas internacionales en la materia: se trata de la cuestión de la complejidad de los ordenamientos jurídicos nacionales, que incluyen ahora fuertes conexiones con el ordenamiento internacional. Todos ellos están compuestos por capas o escalones distintos: en general, en nuestros ordenamientos, el reconocimiento de derechos sociales se encuentra en las constituciones o pactos de derechos humanos, que tienen una jerarquía privilegiada en la pirámide del ordenamiento jurídico. Pero es evidente que entre ese reconocimiento declarativo en instrumentos privilegiados y la realidad, hay una brecha enorme. Desde el punto de vista técnico, porque la sola inclusión de un derecho en una constitución o en un pacto de derechos humanos no asegura su completa operatividad: esto en la medida en que casi todo derecho requiere de alguna reglamentación, y de la puesta en marcha de actividades destinadas a satisfacerlo y garantizarlo. La reglamentación incluye la especificación del contenido del derecho, el establecimiento de las formas en las que uno puede ejercer el derecho, y las garantías del derecho.

Este es un desafío que plantea esa noción de complejidad. La cuestión no se limita al tema de los derechos sociales, pero también lo incluye. El incorporar pactos de derechos humanos al derecho local agrega más complejidad al asunto. Un sistema jurídico con fuentes diferentes, con una apertura al ordenamiento internacional, obliga a preguntarse cómo trasladar las nociones, conceptos, estándares que vienen del derecho internacional y aplicarlas en el derecho interno. Se trata de problemas técnicos que se les plantean a los juristas de formación tradicional, porque en los sistemas jurídicos de la región la tendencia había sido la cerrazón, la clausura, la escasa relación con la incorporación de nocio-

nes provenientes del derecho internacional. El derecho internacional era tradicionalmente un derecho limitado al cuerpo diplomático de un Estado, al manejo de las relaciones exteriores –basta ver el lugar secundario que tiene la enseñanza del derecho internacional en las carreras de derecho. Los abogados que litigaban en el foro local apenas tenían contacto con el derecho internacional, y la invocación de normas internacionales en su labor cotidiana era extrañísima.

La incorporación del derecho internacional de los derechos humanos a los ordenamientos internos –en muchos casos, con jerarquía similar a la de la constitución, o al menos superior a la de la ley común– ha modificado sustancialmente ese panorama. Esto también implica un aprendizaje por parte de los operadores del derecho –jueces, fiscales, abogados– que no fueron formados en esta escuela, y que no acostumbraban a lidiar con la invocación de normas internacionales.

Dentro del sistema internacional también hay factores que agregan complejidad, como el hecho de contar con varios sistemas que se superponen –casi todos los países de América Latina región son al mismo tiempo parte del Sistema Universal y del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos; España y Portugal son simultáneamente parte del Sistema Universal y del Sistema Europeo. Esto plantea algunas preguntas: ¿cuándo invocar las normas de uno, y cuándo las de otro? ¿Cómo se compatibilizan? ¿Cómo se articulan? En el momento que nos toca vivir, este problema no se aborda en las facultades, ni los jueces o los abogados están entrenados para resolverlo.

Otro tema importante vinculado con la cuestión de la complejidad es la relación entre sede interna y sede internacional, derecho interno y derecho internacional, acción a nivel interno y acción a nivel internacional. Pese a la globalización, a la regionalización, a la adopción de instrumentos internacionales de derechos humanos, a los intentos de establecer acuerdos de libre comercio, la regulación de los derechos sociales sigue siendo, primordialmente, de carácter nacional y, en alguna medida, hasta de carácter local. Es preciso pensar, entonces, en cómo se trasladan esos criterios internacionales a sede interna, cómo exigir del gobierno nacional, o de los gobiernos locales, la realización de los derechos y la aplicación de los estándares que provienen de esos instrumentos del derecho internacional.

Creo, en todo caso, que el sistema internacional debe pensarse básicamente como sistema subsidiario. Será útil sólo en la medida en que pueda lograr efectos a nivel local, porque no es de esperar que todos los problemas planteados a nivel local sean llevados y resueltos en el sistema internacional. Esto supone pensar de manera estratégica las relaciones entre los recursos de carácter local y los de carácter internacio-

nal. Para el tema que nos interesa, una estrategia posible consiste en acudir a estándares internacionales, en aquellos casos en que la generación de categorías dogmáticas, de conceptos de interpretación, de categorías para trabajar sobre derechos sociales en el nivel interno ha sido muy pobre: esto será útil en la medida en que se pueda mostrar que la legislación o la práctica interna no se ajusta a los parámetros establecidos internacionalmente. El ámbito internacional funciona muy bien como una fuente de ideas, conceptos, estándares, para considerar la práctica nacional desde el punto de vista jurídico. Debido a que estamos vinculados por los tratados internacionales, podemos decir que estos estándares son obligatorios y sostener, así, opiniones que la dogmática local no había generado, sobre una base de autoridad reconocida normativamente –la de los órganos internacionales de interpretación de los tratados sobre derechos humanos.

III. El empleo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para la tutela de derechos sociales

Entraré ahora en la cuestión de cómo puede emplearse el Sistema Interamericano de Derechos Humanos para defender derechos sociales⁶. Desde ya, es necesario decir que el Sistema Interamericano se ha preocupado tradicionalmente por los derechos civiles y políticos, y sólo recientemente comienza a tener en consideración la protección de los derechos sociales. La falta de tradición no impide, sin embargo, evaluar las potencialidades que para esta tarea ofrece el Sistema Interamericano.

Para empezar, hay que preguntarse qué instrumentos del Sistema contienen o son útiles para *identificar* derechos sociales. Muy sucintamente, los instrumentos más importantes al respecto son la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo de San Salvador y la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Casi todos estos instrumentos reconocen derechos sociales, pero plantean algunos inconvenientes, que explican

⁶ Para ampliar, ver Tara Melish, *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la Presentación de Casos*, Orville H. Schell Jr. Center for International Human Rights, Yale Law School-Centro de Derechos Económicos y Sociales, Quito, 2004; Julieta Rossi, "Mecanismos internacionales de protección de los derechos económicos, sociales y culturales", en Víctor Abramovich, María José Añón y Christian Courtis (comps.), *Derechos sociales: instrucciones de uso*, Fontamara, México, 2003, pp. 341-383.

en gran medida la falta de desarrollo de la protección de derechos sociales en el Sistema Interamericano. Pasaré una breve revista a los respectivos reconocimientos e inconvenientes.

La Declaración Americana reconoce explícitamente derechos sociales⁷ –aún más: es la fuente de la Declaración Universal en esta materia⁸– pero, como se sabe, para los países que son parte de la Convención Americana, el valor de la Declaración aparece desplazado por la Convención en cuanto instrumento de identificación de derechos justiciables ante el Sistema. En estos casos, la Declaración cobra apenas el valor de un instrumento interpretativo, pero para que ese valor tenga pleno efecto, es necesario antes haber identificado en un instrumento justiciable el derecho en cuestión –de modo que la identificación del derecho se desplaza a otro instrumento. Paradójicamente, para los países de la región que no son miembros de la Convención, la Declaración funge como instrumento principal para identificar los derechos humanos que esos países deben proteger y garantizar –de modo que, para esos países, los derechos sociales reconocidos por la Declaración serían fuente directa de justiciabilidad. Lamentablemente, los países que no son miembros de la Convención Americana no aceptan la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, y por ende los mecanismos de justiciabilidad de esos derechos sociales se limitan a la Comisión. Desde el punto de vista práctico, esto ha significado un escasísimo empleo de la Declaración Americana como instrumento de identificación de derechos sociales.

La Convención Americana, que sigue constituyendo el instrumento central del Sistema Interamericano, tiene alguna potencialidad en la materia, y también algunos inconvenientes⁹. Entre las potencialidades se encuentran:

⁷ Para un tratamiento más detallado de la cuestión, ver Denise Hauser, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a partir de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre”, en Christian Courtis, Denise Hauser y Gabriela Rodríguez Huerta (comps.), *Protección internacional de los derechos humanos. Nuevos desafíos*, Porrúa-ITAM, México, 2005, pp. 123-146.

⁸ Ver, por ejemplo, Mary Ann Glendon, *A World Made New. Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, Random House, Nueva York, 2001.

⁹ Para un tratamiento detallado, ver Tara Melish, *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la Presentación de Casos*, Orville H. Schell Jr. Center for International Human Rights, Yale Law School-Centro de Derechos Económicos y Sociales, Quito, 2004. Sobre el trabajo de la Comisión Interamericana en materia de derechos sociales, puede verse Héctor Faúndez Ledesma, “Los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano”, en AA.VV., *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso, DESC, libertad personal y libertad de expresión*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, T. II, 2005, pp. 91-180.

- a) el reconocimiento de algunos derechos sociales, o con modulaciones de carácter social, en su plexo normativo. Es el caso de los derechos del niño, del derecho a la protección de la familia, y de las obligaciones positivas que emanan del derecho a la vida y a la integridad personal –y que abarcan obligaciones vinculadas con los derechos a la salud, a la alimentación, al agua y a la educación. La Corte Interamericana ha dado algunos pasos en este sentido, en especial en el denominado “caso de los Niños de la Calle”¹⁰, en los casos “Instituto de Reeducación del Menor”¹¹, “Yakye Axa”¹², “niñas Yean y Bosico”¹³, “Sawhoyamaxa”¹⁴, “Ximenes Lopes”¹⁵ y también en su Opinión Consultiva OC-17¹⁶.
- b) La aplicabilidad de cláusulas generales de la Convención, y de algunos derechos instrumentales de su plexo, también a derechos sociales. Es el caso, por ejemplo, de las garantías judiciales y del derecho a la protección judicial, del derecho de propiedad, del principio de igualdad ante la ley, y de la prohibición de discriminación. Esta ha sido una fuente de desarrollos interesante en materia de derechos sociales en el Sistema Interamericano: así, la Corte Interamericana ha protegido por conexidad con derechos civiles establecidos en la Convención Americana derechos sindicales y laborales (en el caso “Baena”¹⁷, por conexidad con el derecho de asociación, y en el caso “Acevedo Jaramillo”¹⁸), el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad colectiva de la tierra

¹⁰ Ver Corte IDH, “caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) c. Guatemala”, sentencia de 19 de noviembre de 1999, párs. 191-198.

¹¹ Ver Corte IDH, caso “Instituto de Reeducación del Menor c. Paraguay”, sentencia de 2 de septiembre de 2004, párs. 147-148, 156, 159-161, 166, 172-174 y 176.

¹² Ver Corte IDH, caso “Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay”, sentencia de 17 de junio de 2005, párs. 161-169, 172 y 175.

¹³ Ver Corte IDH, “caso de las niñas Yean y Bosico c. República Dominicana”, sentencia de 8 de septiembre de 2005, párs. 133-134 y 185.

¹⁴ Ver Corte IDH, caso “Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguay”, sentencia de 29 de marzo de 2006, párs. 152-178.

¹⁵ Ver Corte IDH, caso “Ximenes Lopes c. Brasil”, sentencia de 4 de julio de 2006, párs. 128-146.

¹⁶ Ver Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, de 28 de agosto de 2002, párs. 80-91.

¹⁷ Ver Corte IDH, caso “Baena Ricardo y Otros c. Panamá”, sentencia de 2 de febrero de 2001, párs. 153-173.

¹⁸ Ver Corte IDH, caso “Acevedo Jaramillo y otros c. Perú”, sentencia de 7 de febrero de 2006, párs. 213-281.

(en los casos “Awat Tingni”¹⁹, “Yakye Axa”²⁰ y “Sawhoyamamaxa”²¹, por interpretación extensiva del derecho de propiedad) y el derecho a la seguridad social (en el caso de los “Cinco Pensionistas”²², por conexidad con el derecho a la propiedad y a la protección judicial). De modo similar, la Corte ha aplicado amplísimamente la prohibición de discriminación a los derechos laborales de los migrantes indocumentados, en su Opinión Consultiva OC-18²³.

- c) La cláusula del artículo 26, que establece obligaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales, de un modo muy similar al del artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁴.

Entre los respectivos inconvenientes se encuentran: respecto de a), el escaso desarrollo interpretativo que han tenido aún estas cláusulas, más allá de la Opinión Consultiva apuntada. Respecto de b), en sentido similar, y más allá de los precedente mencionados, la escasa cantidad de casos en los que se han planteado problemas de interconexión entre derechos civiles y derechos sociales, de aplicación de cláusulas generales de la Convención a situaciones que involucran derechos sociales, y de interpretación en clave social de derechos civiles establecidos en la Convención. Respecto de c), el inconveniente mayor es la remisión que

¹⁹ Ver Corte IDH, caso de la “Comunidad Mayagna (Sumo) Awat Tingni c. Nicaragua”, sentencia de 31 de agosto de 2001, párs. 148-154.

²⁰ Ver Corte IDH, caso “Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay”, sentencia de 17 de junio de 2005, párs. 123-156, especialmente párs. 131, 135, 137, 146, 147 y 154.

²¹ Ver Corte IDH, caso “Comunidad Indígena Sawhoyamamaxa c. Paraguay”, sentencia de 29 de marzo de 2006, párs. 117-143.

²² Ver Corte IDH, caso “Cinco Pensionistas c. Perú”, sentencia de 28 de febrero de 2003, párs. 107-121 y 127-140. Puede verse un comentario crítico en Christian Courtis, “Luces y sombras. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sentencia de los “Cinco Pensionistas” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en *Revista de Derecho Público Mexicano* N°6, ITAM, México, 2004.

²³ Ver Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, de 17 de Septiembre de 2003.

²⁴ Sobre las posibilidades de interpretación del art. 26 de la Convención, puede verse Christian Courtis, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Christian Courtis, Denise Hauser y Gabriela Rodríguez Huerta (comps.), *Protección internacional de los derechos humanos. Nuevos desafíos*, Porrúa-ITAM, México, 2005, pp. 1-66. La Corte cita (tímidamente) el artículo 26 en el “caso de las niñas Yean y Bosico”, en relación con el derecho a la educación. Ver Corte IDH, “caso de las niñas Yean y Bosico c. República Dominicana”, sentencia de 8 de septiembre de 2005, pág. 185.

efectúa el artículo 26 a la Carta de la OEA según modificación efectuada por el Protocolo de Buenos Aires, de modo que los derechos a los que se refiere ni siquiera quedan identificados en ese artículo, y es necesaria una puntillosa tarea de interpretación para identificar esos derechos y determinar su contenido. Aunque esa tarea no es imposible²⁵, los órganos del Sistema Interamericano han mostrado cierta renuencia en llevarla a cabo, de modo que, desde el punto de vista práctico, ha habido muy poco avance al respecto. De paso, señalo aquí que ésta es la conexión con la Carta de la OEA como instrumento de identificación de derechos sociales: el artículo 26 de la Convención Americana se refiere a los “derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura” de la Carta de la OEA, y uno puede encontrar en ese instrumento derechos sociales propiamente dichos –por ejemplo, el derecho a la educación– y normas de fin u objetivos de política social, de las que se pueden derivar derechos.

El Protocolo de San Salvador es el instrumento más extenso del Sistema Interamericano referido a derechos sociales. Esa es su mayor ventaja –en gran medida, el Protocolo es la versión regional del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, con algunos agregados, en especial referidos a grupos sociales en situación de vulnerabilidad. En términos de mecanismos de supervisión de su cumplimiento, el Protocolo ha presentado algunos inconvenientes. Primero, el mecanismo general de supervisión, el sistema de informes, similar al de los tratados del sistema universal, nunca se ha puesto en funcionamiento. Y segundo, la justiciabilidad de los derechos del Protocolo está limitada, en el propio instrumento, a los derechos sindicales y al derecho a la educación, y no se extiende al plexo entero de derechos consagrados por ese instrumento –de modo que, para hacer justiciables otros derechos, es necesaria una tarea de interpretación o de integración hermenéutica con otros derechos justiciables. A esos inconvenientes se ha sumado el menor número de ratificaciones que ha tenido el Protocolo con respecto, por ejemplo, al número de ratificaciones de la Convención Americana –aunque la situación fue mejorando, y a la fecha el número de ratificaciones es ya considerable. En todo caso, hay que destacar que la Corte Interamericana ha empleado el Protocolo de San Salvador como estándar interpretativo de las obligaciones estatales emanadas de la Convención Americana de Derechos Humanos²⁶.

²⁵ Ver las sugerencias interpretativas del trabajo citado en la nota al pie anterior.

²⁶ Ver, por ejemplo, Corte IDH, casos “Baena”, pág. 159; “Cinco Pensionistas”, pág. 116; “Instituto de Reeducción del Menor”, págs. 148, 172 y 174; “Yakye Axa”, pág. 163; “Yean y Bosico”, pág. 185.

Por último, el Sistema Interamericano cuenta con el primer tratado internacional referido a las personas con discapacidad, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad²⁷. Desde ya, es necesario subrayar la importancia de este instrumento pionero, que ha colaborado en gran medida para generar un debate –que actualmente tiene lugar en el seno de Naciones Unidas– sobre la conveniencia de la adopción de una convención universal sobre el tema. La Convención Interamericana tiene algunos importantes logros, como la definición de discriminación empleada, que ha servido de fuente para algunas legislaciones nacionales. En términos de derechos, sin embargo, la Convención es débil: el lenguaje adoptado habla más bien de medidas a ser adoptadas por el Estado, y de áreas en las que debe adoptar medidas, que de derechos en sentido propio. El mecanismo de supervisión establecido –el mecanismo de informes ante un Comité creado por la Convención– debería haber comenzado a funcionar desde marzo de 2003, y todavía no lo ha hecho.

En todo caso, y a partir del empleo de todas estas fuentes, hay que destacar la importante tarea de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en materia de protección del derecho a la salud de las personas que padecen de VIH/SIDA, en especial a través de la emisión de medidas cautelares²⁸.

Pero pongamos esta información en el contexto de la ya apuntada complejidad de los ordenamientos jurídicos. La situación típica en los países de América Latina –y también de España y Portugal– es que existen derechos sociales reconocidos en la constitución, a veces presentados como fines o metas de políticas públicas, o como deberes del Estado. A esto se agrega la cantidad de tratados internacionales que han ratificado nuestros países, que ofrece una muy buena base para saber a qué nos estamos refiriendo cuando hablamos de derechos sociales.

²⁷ Puede verse, al respecto, Christian Courtis, “Los derechos de las personas con discapacidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en Claudia Martín, José Antonio Guevara Bermúdez y Diego Rodríguez-Pinzón, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Fontamara, México, 2004, pp. 641-688. La Corte Interamericana ha empleado la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad en la sentencia “Ximenes Lopes c. Brasil”. Ver Corte IDH, caso “Ximenes Lopes c. Brasil”, párs. 104 (nota a pie), 105 (nota a pie) y 110.

²⁸ Ver, al respecto, Ignacio Álvarez, “Suministro de medicamentos para personas con VIH/SIDA mediante medidas cautelares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en Christian Courtis, Denise Hauser y Gabriela Rodríguez Huerta (comps.), *Protección internacional de los derechos humanos. Nuevos desafíos*, Porrúa-ITAM, México, 2005, pp. 347-369.

Para ilustrar la cuestión de la complejidad, tal vez sea un buen ejercicio el de elegir un país cualquiera de América Latina, y dedicarse a identificar los derechos sociales establecidos en todas las fuentes de derechos fundamentales: la constitución, los instrumentos del Sistema Interamericano y los instrumentos del Sistema Universal de los que el país sea parte. Así, por ejemplo, en el Sistema Interamericano, pueden identificarse derechos sociales al menos en la Carta de la OEA, en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el Protocolo de San Salvador y en la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. En el Sistema Universal, los instrumentos clave son la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención de los Derechos del Niño, la Convención para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer, la Convención para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Racial y la Convención para la Protección de los Trabajadores Migrantes y sus Familias. Existen además otros tratados a tener en consideración: obviamente, en materia laboral y de seguridad social –y además en otras materias, como los derechos de los pueblos indígenas– los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo; la Convención Sobre el Estatuto de los Refugiados, que se refiere al trato equivalente que debe brindar el Estado que acepta un refugiado, con respecto a los ciudadanos o habitantes del país, en materia de derechos sociales, etcétera.

Este conjunto de instrumentos internacionales cumple claramente con la función de identificar los derechos sociales. La lista incluye derechos relacionados con el trabajo, en su aspecto individual y colectivo, y además el derecho al trabajo; es decir, el derecho al establecimiento por parte del Estado de políticas que favorezcan el acceso al trabajo; los derechos vinculados con la seguridad social, con la educación, el derecho a la salud, a la vivienda, a la alimentación. En la última Observación General del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se avanzó en la identificación del derecho al agua, como un derecho independiente, vinculado con el derecho a un nivel de vida adecuado²⁹. Se podría decir que la idea del derecho a un nivel de vida adecuado es un resumen de estos componentes, que serían aquellos que señalan cuáles son los parámetros necesarios para hablar de un nivel de vida adecua-

²⁹ Ver Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N°15, “El derecho al agua” (2002).

do. Los ejes a partir de los cuales se mide un nivel de vida adecuado son alimentación, vestido, agua, vivienda, salud, educación. Esto parece identificar algo parecido a lo que los autores de la teoría del desarrollo y algunos economistas llaman bienes o necesidades básicas.

Dentro de los instrumentos que enumeran derechos sociales se encuentran también algunos derechos culturales, y también aquellos vinculados con la protección de ciertos grupos sociales. Algunos son derechos especiales grupales, como los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, que se han configurado como derechos colectivos. Otros son derechos específicos de protección a personas vulnerables o en situación de vulnerabilidad, sobre la base de la pertenencia a una categoría. Los mayores desarrollos en este sentido se han producido en el campo de la protección de los derechos de mujeres, niños, personas con discapacidad y adultos mayores; y, en menor medida, de personas pertenecientes a pueblos indígenas.

Retomemos el tema de la complejidad. Los propios criterios de interpretación que las normas internacionales han fijado para dar cuenta de esta complejidad apuntan a que, cuando existen varios tratados, o varias normas que versan sobre el mismo derecho, debe preferirse la más extensa a favor del titular del derecho. Este principio hermenéutico se denomina principio *pro homine*³⁰, y se encuentra reflejado, por ejemplo, en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –pero, más allá de ese reflejo específico, se trata de un principio de interpretación general de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Cuando coexisten varias normas que se refieren al mismo derecho, el principio *pro homine* marca la necesidad de articular normas distintas sobre la base del principio de preferencia de los contenidos de mayor extensión, de modo que le da al intérprete la posibilidad de seleccionar y articular diferentes componentes o partes del mismo derecho que surjan de distintas fuentes.

Supongamos que hayamos identificado los derechos sociales a los que refieren la constitución y los instrumentos internacionales aplicables en un país determinado. Para poder operar jurídicamente con esos derechos es necesario, sin embargo, avanzar en un segundo nivel, que es el de la definición del *contenido* de esos derechos, es decir, el de determi-

³⁰ Ver Susana Albanese, “La primacía de la cláusula más favorable a la persona”, en Revista La Ley, Buenos Aires, tomo 1996-C-518; Mónica Pinto, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Martín Abregú y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS-Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 163-171.

nar en qué consiste el derecho, quiénes son sus titulares, a quién obliga, cuál es su alcance. Por ejemplo, cuando se habla del derecho a la salud, uno debe poder definir cuál es la expectativa que está respaldada legalmente, cuál es el titular de esa expectativa, cuál es el deudor que debe cumplir con esa expectativa. También es necesario aclarar qué se puede pedir y qué no, qué queda fuera del alcance del derecho, y qué herramientas de garantía existen, en el caso de que no se cumpla con él.

La reunión de estos elementos hace posible hablar de “derechos” en sentido propio, en un sentido jurídico. Un gran desafío, referido a lo que ya denominé el carácter incompleto del paradigma de los derechos sociales, tiene que ver con que los derechos sociales están declarados como tales, pero hay una escasa labor de construcción sobre cuál es su contenido, su titular, su alcance, sus herramientas de protección.

Pues bien, sobre el contenido de estos derechos, aunque el Sistema Interamericano aún no ha producido gran cosa, el Sistema Universal resulta muy útil, especialmente a partir de los desarrollos que ha realizado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, porque es un tema sobre el cual no sabíamos demasiado. Este Comité, y algunos otros que lo han seguido, como el Comité sobre los Derechos del Niño y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer³¹, han avanzado en una tarea de especificación del contenido, de las obligaciones y de situaciones típicas de violación de aquellos derechos sociales que no están vinculados con el trabajo –dado que sobre los derechos laborales, tanto en su faz individual como en la colectiva, sí había una larga experiencia de regulación y estandarización, sobre todo

³¹ Ver, por ejemplo, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones Generales N°4, “El derecho a una vivienda adecuada” (1991); 7, “El derecho a una vivienda adecuada: los desalojos forzosos” (1997); 11, “Planes de acción para la enseñanza primaria” (1999); 12, “El derecho a una alimentación adecuada” (1999); 13, “El derecho a la educación” (1999); 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud” (2000), y 15, “El derecho al agua” (2002). Del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, ver Recomendaciones Generales N°13, “Igual remuneración por trabajo de igual valor” (1989); 15, “Necesidad de evitar la discriminación contra la mujer en las estrategias nacionales de acción preventiva y lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA)” (1990); 16, “Las mujeres que trabajan sin remuneración en empresas familiares rurales y urbanas” (1991); 17 “Medición y cuantificación del trabajo doméstico no remunerado de la mujer y su reconocimiento en el producto nacional bruto” (1991); y 24, “La mujer y la salud” (1999). Del Comité de los Derechos del Niño, ver N° 1, “Propósitos de la educación” (2001); 3, “El VIH/SIDA y los derechos del niño” (2003); y 4, “La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño” (2003); 7, “La implementación de los derechos del niño en la temprana infancia”, (2005), (especialmente párs. 18-30).

a partir de convenios de la OIT, de modo que su contenido no planteaba tantas dudas. De modo similar, en la mayoría de los países sí existía regulación, jurisprudencia y desarrollos dogmáticos sobre derechos vinculados con el trabajo, y en menor medida sobre seguridad social. Sin embargo, cuando se entra a temas vinculados con derecho a la salud, derecho a la vivienda, o a la educación, el vacío con respecto al contenido era enorme. Casi no hay dogmática producida sobre estos temas; el contenido de estos derechos no se enseña en las facultades ni aparece regulado claramente.

De modo que el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos puede fungir como herramienta para suplir en parte esta falta, porque al menos el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha desarrollado material sustantivo, a partir de sus Observaciones Generales, y de los comentarios o recomendaciones finales a los informes estatales. En este sentido, se han producido avances importantes sobre la definición del contenido de los derechos a la educación, vivienda, salud, alimentación y derecho al agua. Si no se cuenta, en el nivel local, con un desarrollo del contenido de estos derechos, y el país es parte del Pacto Internacional –como es el caso de la gran mayoría de los países de América Latina– se cuenta con una gran fuente de ideas sobre cómo llenar ese contenido, tanto para los derechos reconocidos en la constitución local, como para la aplicación local del Pacto Internacional.

Pese a que, como dije, el Sistema Interamericano aún ha producido poco material en esta materia, es importante reconocer que existen formas de conexión conceptual entre los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. Así, cuando la Comisión o la Corte Interamericana quieren interpretar un término de la Convención Americana, por lo general acuden a lo dicho por otros órganos internacionales del Sistema europeo o del Sistema Universal. Esto significa que, cuando sea necesario interpretar el alcance de los derechos sociales que uno pueda identificar en la Convención Americana, en la Carta de la OEA, en la Declaración Americana o en el Protocolo de San Salvador, los órganos del Sistema Interamericano acudirán casi seguramente a los desarrollos ya efectuados por órganos de otros sistemas –y, dado que los desarrollos más consistentes en esta materia se encuentran en las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es posible que éstas cobren un peso importante en la tarea de definición de los derechos.

Es importante, claro, señalar que en materia de derechos sociales, este proceso aún no está suficientemente definido. El Sistema Interamericano se encuentra en los albores del reconocimiento de que, además

de los derechos civiles y políticos clásicos, existen en el plexo normativo que lo rige derechos sociales. En alguna medida, los primeros casos que están entrando en el sistema deberían implicar por lo menos efectuar esa conexión: ver qué dijo al respecto el que, hasta ahora, es el órgano más autorizado para interpretar derechos económicos, sociales y culturales, que es el Comité.

Sobre el empleo de documentos tales como las Observaciones Generales y las Consideraciones Finales de los Comités, uno podría, apoyado en el derecho internacional, señalar que se trata de opiniones vinculantes, o al menos de opiniones que el Estado no puede dejar de tomar en consideración cuando se trata de interpretar los derechos en cuestión. La pregunta es ¿cuán efectivas pueden ser esas opiniones a nivel local? ¿Qué va a hacer un juez local, un juez de distrito, un juez de paz, con esta normativa internacional, que no conoce? Antes de deprimarnos por esta constatación, la pregunta pertinente a formular es cuáles son los mecanismos para traducir estos estándares al nivel local. Porque la idea de convertir todo lo que a primera vista aparece como una violación de un derecho social de acuerdo con estándares internacionales en un caso judicial, si los operadores del sistema judicial doméstico no están preparados para ello, es una invitación al fracaso. De modo que, en principio, la utilización local de estos criterios que provienen de órganos internacionales de derechos humanos debe estar vinculada con una estrategia de varios frentes dirigida, entre otras cosas, a incidir en la formación de políticas públicas en esta materia. Si sirve, además, para sostener un caso, pues mucho mejor.

Para pensar esa estrategia de varios frentes, es útil tener en vista el panorama de garantías posibles para saber en qué espacios se podría incidir a través de la invocación de estándares internacionales. A ello dedicaré el próximo apartado.

IV. Derechos sociales y garantías

Tener identificados los derechos sociales y sus contenidos nos sitúa en un terreno algo más sólido. Pero para determinar los potenciales alcances de su protección, es preciso establecer cuáles son las herramientas que permiten asegurar la efectividad de esos derechos. Esto nos conduce a la cuestión de la garantía de los derechos. La noción de garantía se refiere, justamente, a aquellos métodos, mecanismos o dispositivos, que sirven para asegurar la efectividad de un derecho. Se trata de instrumentos para que ese derecho declarado en el papel se convierta en un derecho operable, ejecutable, exigible. La experiencia histó-

rica demuestra claramente que la efectividad de un derecho no puede estar librada sólo a la voluntad de un único órgano estatal –de modo que es necesario pensar las garantías en un sentido múltiple.

Emplearé aquí una clasificación básica de las garantías, de acuerdo a quién sea el encargado de hacerlas efectivas³². En este sentido, pueden pensarse en garantías de dos tipos. Por un lado, las *garantías de carácter social*, que son aquéllas en las cuales el instrumento o mecanismo de aseguramiento del derecho se confía al titular del derecho, sea éste individual o colectivo. Las garantías de carácter social están vinculadas centralmente con la propia tutela que hacen los titulares de su derecho. Por otro lado, pueden distinguirse *garantías de carácter institucional*, que confían a una institución, especialmente de carácter público, la protección de un derecho. En este marco pueden diferenciarse *garantías de carácter político*, es decir, aquéllas confiadas a los poderes políticos del Estado, y las *garantías jurisdiccionales*, es decir, aquéllas en las que la protección del derecho se pone en cabeza del Poder Judicial, o de cuerpos cuasi-judiciales autorizados a dirimir demandas o denuncias. Estas distinciones pueden ser adecuadas a las garantías que ofrece el sistema internacional –la diferencia central en materia de derechos humanos es la de los mecanismos políticos y la de los mecanismos jurisdiccionales de protección de derechos.

Comencemos con las *garantías sociales*. En este campo se hace visible la cuestión de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos. Las garantías sociales consisten en gran medida en el ejercicio de derechos que hacen posible expresarse en la esfera pública y participar en la esfera política. Es decir, que un grupo importante de los llamados derechos civiles y políticos tiene una conexión especial con los derechos sociales, en tanto tales derechos, como la libertad de expresión, la libre manifestación, la libertad de prensa, la libertad de asocia-

³² Ver Luigi Ferrajoli, "Derechos fundamentales", en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 37-72 y "Garantías", en *Revista Jueces para la Democracia* Nro. 38, Madrid, julio 2000, pp. 39-46; Gerardo Pisarello, "El Estado social como Estado constitucional: mejores garantías, más democracia", en Víctor Abramovich, María José Anón y Christian Courtis, *Derechos sociales: instrucciones de uso*, Fontamara, México, 2003, pp. 23-53, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Icaria/Observatorio DESC, Barcelona, 2003, pp. 137-262, y "Los derechos sociales como derechos exigibles: virtualidades y límites de una consigna", en *Estudios sobre Derechos Humanos*, FESPAD ediciones, San Salvador, 2004, pp. 363-386. En sentido similar, Manuel Aragón, *Constitución y control del poder: introducción a la teoría constitucional del control*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, pp. 67-89; Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales en el debate democrático*, Fundación Sindical de Estudios-Bommarzo, Madrid, 2006, cap. 3.

ción –y su manifestación particular en el campo sindical, es decir, la libertad de agremiación–, el derecho a formar partidos políticos y sindicatos, el derecho al voto, el derecho de petición, son derechos que funcionan como instrumentos de incidencia en el ámbito de la determinación y control ciudadano de las políticas sociales, es decir, de las políticas públicas destinadas a satisfacer derechos sociales. Esto hace especialmente relevante su protección para los militantes sociales y sindicales, para las personas que llevan a cabo crítica de las políticas públicas en materia social, porque funcionan como instrumento de crítica al poder, al gobierno. No es raro que América Latina sea una de las regiones del mundo con mayor cantidad de muertos entre sus dirigentes sindicales o dirigentes indígenas. Esto marca una conexión clara entre el carácter instrumental de ciertos derechos civiles y políticos tradicionales, y la posibilidad de garantizar el ejercicio de derechos sociales, que –como dije– ha sido subrayada en algunos casos llevados ante el Sistema Interamericano.

Hay una dimensión un poco más contemporánea, que está vinculada con lo que a veces se denomina “derecho a la participación”. Se trata de una serie de mecanismos que acrecientan las posibilidades de los miembros de una comunidad de incidir más directamente en el diseño y ejecución de políticas públicas, por vías distintas. Entre ellos se encuentran los llamados mecanismos semidirectos de participación, como la iniciativa popular, el referéndum o el plebiscito. En un plano similar se encuentran el derecho a ser consultado antes de la toma de ciertas decisiones (como las que afectan, por ejemplo, a pueblos indígenas), el derecho a participar en audiencias públicas también previas a la toma de decisiones políticas, y el derecho a participar en la formulación del presupuesto (es el caso de las experiencias del denominado “presupuesto participativo”). También hay que destacar el ejercicio de un derecho desarrollado en los últimos años, relacionado con la publicidad de los actos de gobierno, que es el derecho de acceso de información pública: el derecho de todo ciudadano a saber qué hace el gobierno en materias determinadas, en especial cuando emplea el dinero que sale del bolsillo de los contribuyentes³³. Se trata de una herramienta de gran utilidad como instrumento o garantía de monitoreo de las políticas públicas del Estado en materia social.

³³ Ver, al respecto, Víctor Abramovich y Christian Courtis, “Acceso a la información y derechos sociales”, en Víctor Abramovich, María José Añón y Christian Courtis (comps.), *Derechos sociales: instrucciones de uso*, Fontamara, México, 2003, pp. 321-340 y “El acceso a la información como derecho”, en *Anuario de Derecho de la Comunicación*, N°1, Siglo XXI, Buenos Aires, 2000, pp. 223-255.

Frente a todas estas garantías, el papel de los estándares internacionales en materia de derechos humanos, incluidos aquellos generados por el Sistema Interamericano, es fundamental. El fortalecimiento de la interpretación de estos derechos tiene el efecto de robustecer los mecanismos de participación y control ciudadano de las políticas sociales del Gobierno, que son uno de los instrumentos privilegiados de satisfacción de derechos sociales. Entre los avances que es importante mencionar se encuentra la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de derecho a la asociación y libertad de expresión, y el trabajo de la Relatoría Especial de Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre acceso a la información pública.

Estos derechos son los que ejerce uno como ciudadano, como miembro de una comunidad política: se trata de formas de protección de su interés como ciudadano frente a la gestión pública. Pero además existe la noción de la auto-tutela de derechos, la garantía del derecho llevada a cabo por su propio titular. El ejemplo paradigmático de estos mecanismos de auto-tutela es el derecho de huelga; es decir, aquel que está vinculado con la iniciativa de los trabajadores para bloquear decisiones de la patronal, que pueden ser contrarias a sus intereses. En este campo el Sistema Interamericano no ha producido aún estándares sustantivos, de modo que la referencia más importante sigue siendo la de los convenios de la OIT en la materia.

El molde del derecho de huelga puede reconocerse en otra serie de formas de auto-tutela que no están vinculadas a la situación de trabajo: por ejemplo, los boicots de consumidores, las tomas de espacios públicos, las tomas de tierra, la ocupación de viviendas ociosas. El ejercicio de formas de auto-tutela sólo se justifica en la medida en que constituya la respuesta a una situación grave, como por ejemplo, la falta de acceso a un bien que constituye el objeto de un derecho social, como vivienda, alimentación o trabajo.

Esta cuestión nos lleva a otra dimensión, que está cobrando cierta importancia en el Sistema Interamericano, que es la de la criminalización de la protesta social. En un panorama continental caracterizado por la exclusión y la marginación social, y por el crecimiento de las diferencias entre ricos y pobres, gran parte de estas manifestaciones de auto-tutela son la única respuesta que tienen los colectivos excluidos, ante el incumplimiento, por parte de las autoridades, de las obligaciones contraídas en materia de derechos sociales, o ante la gran corrupción o ineficiencia que caracteriza a las políticas sociales que deberían estarles destinadas. En muchos casos, en nuestros países, la respuesta del Estado es criminalizadora, penalizadora: se hace uso del aparato represivo

del derecho penal para reprimir la protesta social³⁴. La Comisión Interamericana ha tenido ya varias audiencias especiales sobre esta cuestión, que parece ser un tema que atraviesa a casi todos los países de América Latina. Ante los incumplimientos, ante falta de efectividad de las políticas sociales, la reacción de parte de la población es la de organizarse y ejercitar formas de auto-tutela, que en la medida en que los incumplimientos son más graves, afectan más derechos o intereses de terceros. Pero estas acciones constituyen una de las pocas herramientas de los colectivos excluidos para participar en política. En este sentido, algunos de los estándares internacionales de protección de derechos humanos también son útiles, por lo menos en un sentido defensivo, para vedar o limitar el uso de la fuerza penal del Estado.

Además de las garantías sociales, existen *garantías de tipo institucional*. Básicamente, quienes llevan a cabo la articulación de esta garantía son instituciones públicas –aunque exista alguna instancia de iniciativa por parte de los actores sociales. Entre ellas, comenzaré por las llamadas *garantías políticas*, que son las que están en cabeza de aquellos poderes que, en la tradición constitucional occidental, se denominan poderes políticos: el Legislativo y el Ejecutivo.

Una primera consideración importante es que buena parte de los derechos sociales está constitucionalizada, lo cual significa la aplicación de algunas técnicas de garantía desarrolladas tradicionalmente para derechos civiles y políticos, a los derechos sociales. ¿Cuáles son estas técnicas de garantía? Una es la idea de que, cuando un derecho está establecido en la constitución, tiene un contenido mínimo esencial que no puede ser violado por el legislador ni por las autoridades políticas³⁵. Que un derecho esté incorporado a una constitución implica la obligación, puesta en cabeza del cuerpo legislativo e, indirectamente, de la

³⁴ Ver Roberto Gargarella, “Expresión cívica y ‘cortes de ruta’”, Felipe González y Felipe Viveros (eds.), *Igualdad, libertad de expresión e interés público*, Universidad Diego Portales, Serie Publicaciones Especiales N°10, Santiago, 2000, pp. 285-293; “El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema”, en Roberto Gargarella (ed.), *El derecho de resistir al derecho*, Miño y Dávila, Buenos Aires, 2006.

³⁵ Ver, por ejemplo, Juan Carlos Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994; Antonio Luis Martínez-Pujalte, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997; Javier Jiménez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 66-80; Luis Prieto Sanchis, “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 217-260.

Administración, de respetar este contenido mínimo esencial, por debajo del cual cualquier política, por acción u omisión, puede ser violatoria del derecho.

Dada la ya mencionada escasez de desarrollo doctrinario local en materia de contenido mínimo esencial de los derechos sociales, la apelación a los estándares elaborados, por ejemplo, por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o por el Comité de Libertad Sindical de la OIT, constituye un elemento imprescindible para dotar de sentido a los derechos sociales establecidos en nuestras constituciones.

Una segunda garantía vinculada con la constitucionalización de los derechos sociales tiene que ver con las condiciones para su reglamentación: concretamente, con la denominada “reserva de ley”³⁶ –es decir, con la obligación de desarrollo del contenido de cualquier derecho fundamental establecido en la constitución o en un pacto de derechos humanos, por una ley en sentido formal. Este momento, que es el legislativo, requiere de la incidencia de la comunidad, de los actores civiles, por la vía del empleo activo de las garantías sociales. Si no se hace transparente y se fiscaliza el momento de conversión de ese derecho –que aparece de forma más o menos genérica en la constitución o en un pacto de derechos humanos– en una ley y, especialmente, en su reglamentación, se pierde el nivel de incidencia central. La utilización de las garantías sociales tradicionales, que están vinculadas con la participación política, debería estar dirigida a la discusión sobre cuáles y cómo son las leyes que garantizan y reglamentan el contenido de esos derechos.

En muchos de nuestros países, este momento se ha abandonado, porque hay una cierta renuencia por parte del movimiento social a participar activamente en el proceso de fijar a los poderes políticos el marco de discusión sobre cómo van a garantizar estos derechos. ¿Qué ideas están vinculadas con la noción de “reserva de ley”, o con la noción de reglamentación de los derechos por vía legal? Primero, la de generalidad y universalidad de la ley³⁷. Nuevamente, se trata de una concepción que surge de la concepción liberal burguesa del siglo XIX, con respecto a la seguridad jurídica, pero que debe ser aprovechada también

³⁶ Ver, por ejemplo, Francisco Rubio Llorente, “Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley (Sobre el problema del concepto de Ley en la Constitución)” y “Principio de legalidad”, en *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 319-332 y 333-367, respectivamente; Javier Jiménez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 46-48 y 61-66.

³⁷ Ver, por ejemplo, Carlos de Cabo Martín, *Sobre el concepto de ley*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 47-60.

para los derechos sociales –para evitar, en la mayor medida posible, que las técnicas para satisfacer derechos sociales se limiten a la generación administrativa de programas focalizados, asignados de acuerdos a criterios clientelistas, que en realidad no contienen derechos, sino más bien prestaciones discrecionales, reversibles o revocables.

De modo que, si se desprecia el valor de la garantía de la reserva de ley y, en general, el valor de la ley, lo que encontramos –en lugar de la disciplina de un derecho en sentido general y universal– es un mar de pequeños programas que no están vinculados entre sí, y que le conceden a una Administración gestionada de acuerdo a criterios partidistas la discrecionalidad de otorgar o quitar prestaciones según su arbitrio. En consecuencia, así no tenemos derechos, sino planes o programas sin mecanismo de fiscalización alguno, destinados a cubrir discrecionalmente ciertas necesidades. Subrayar la utilidad de la noción de la generalidad y universalidad de la ley es esencial para discutir también el contenido de nuestros derechos sociales. Parte de la legislación que es la base de nuestros países en el siglo XIX, la codificación civil –que, como dije, sigue constituyendo el pilar de la formación de los abogados en nuestras facultades de derecho– puede ser interpretado como el intento de establecer, por vía de una ley general y abstracta, el contenido de un derecho: el derecho de propiedad. Deberíamos tener la capacidad de hacer lo mismo para discutir el contenido de derechos sociales, tales como el derecho a la salud, a la vivienda, a la educación.

¿Qué aportes de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos pueden ser útiles para robustecer esta garantía? En mi opinión, de la insistencia de los pactos internacionales de derechos humanos –tanto los del sistema universal, como los regionales– en la importancia de las medidas de carácter legislativo para asegurar la plena efectividad de los derechos, incluidos los derechos sociales, pueden desprenderse algunas herramientas concretas de incidencia. Para ello, es útil revisar la tendencia de casi todas las observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales referidas a derechos sociales en particular, relativa a la necesidad de plasmar esos derechos en normas legislativas que aseguren su contenido. En sentido similar pueden destacarse la Opinión Consultiva OC-6 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que subraya la importancia de la ley en sentido formal como instrumento de garantía de los derechos humanos establecidos por la Convención Americana³⁸.

³⁸ Ver Corte IDH, Opinión Consultiva OC-6/86, "La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", del 9 de mayo de 1986; caso "Baena", par. 159.

Junto con estas dos garantías –la garantía del contenido mínimo esencial de los derechos sociales, y la garantía de la reserva de ley en la reglamentación de derechos sociales– es necesario desarrollar herramientas de análisis capaces de evaluar la concreción o el incumplimiento de principios fundamentales en materia de derechos sociales: la prohibición de discriminación, el principio de preferencia por los grupos que se encuentran en peor situación, y la prohibición de regresividad o de retroceso social. En todos estos casos, el empleo de los estándares desarrollados por el Sistema Universal y –al menos en materia de prohibición de discriminación³⁹– por el Interamericano de protección de los derechos humanos es imprescindible.

Un problema vinculado con el de la garantía legal de los derechos sociales tiene que ver con el hecho de que la forma de satisfacer muchos derechos sociales –especialmente los que están relacionados con la seguridad social, la salud, la vivienda y la educación– requiere necesariamente la constitución de un servicio público, o algún tipo de servicio controlado por el Estado, que garantice ese derecho para una población determinada, es decir, que distribuya socialmente ese derecho entre sus titulares. Por varias razones, especialmente por lo que ya he llamado razones de escala, el diseño de esos servicios destinados a satisfacer derechos sociales –seguridad social, salud, vivienda y educación– implica: primero, la satisfacción de estos derechos a partir de la consideración colectiva o grupal de los destinatarios del servicio; segundo, la asignación de recursos y la planificación del establecimiento y del funcionamiento del servicio no sólo a corto, sino también a mediano o a largo plazo. Es difícil pensar en el funcionamiento de sistemas tales como el educativo, el sistema de salud o el sistema de seguridad social con una planificación que se limite al corto plazo. Uno piensa el sistema educativo como un sistema integrado que tiene fases sucesivas que pueden sumar veinte o más años, desde el preescolar a la educación superior. Lo mismo pasa con el sistema de salud, y con el sistema de seguridad social. Se trata de sistemas que requieren un cronograma de planificación y un cronograma de monitoreo bastante más largo que el corto plazo o la situación inmediata.

Y esto requiere instrumentos de seguimiento y de control distintos a los que el derecho tradicional nos tiene acostumbrados. La forma tradicional de control jurídico de las obligaciones del Estado o de los par-

³⁹ En este sentido, los argumentos más relevantes del Sistema Interamericano provienen de la ya citada Opinión Consultiva OC-18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

ticulares es el litigio judicial, que abordaré a continuación. Sin embargo, el litigio judicial resulta poco adecuado para monitorear el funcionamiento a mediano y largo plazo de estos sistemas –el sistema de salud, la seguridad social, el sistema educativo– en cuya evaluación es necesario tener en consideración muchas variables y resultados. Para este tipo de monitoreo, el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos proporciona fuentes de inspiración bastante útiles, ya que el tipo de técnicas o destrezas que están vinculados con el sistema de informes, y más precisamente con la elaboración de contrainformes, informes alternativos o “informes sombra” por parte de organizaciones de la sociedad civil, implica también desarrollar capacidades de monitoreo de acciones y resultados periódicos –es decir, capacidades relacionadas con el seguimiento y la evaluación de la eficacia de las políticas estatales destinadas a satisfacer derechos sociales dentro de plazos temporales determinados.

Algunos conceptos provenientes del derecho internacional de los derechos humanos, como el principio de progresividad (y la correlativa prohibición de regresividad)⁴⁰ son una herramienta útil para los actores sociales que pretenden controlar una política pública. Para que ese concepto sea operativo, es necesario un seguimiento temporal que va bastante más allá de la denuncia de un caso concreto. Para llevar a cabo ese seguimiento hay que desarrollar algunas técnicas de monitoreo, tales como el empleo de indicadores de acciones y de resultado, el establecimiento de patrones de medida o la fijación de *benchmarks* (hitos, o parámetros), capaces de medir el sentido y la eficacia de una política pública⁴¹. Para ello se requiere cierta capacidad técnica y una tarea constante de recopilación y actualización de datos. El principio de progresividad en materia de derechos sociales requiere la evaluación de las acciones estatales y de sus resultados a lo largo del tiempo –de lo contrario, es imposible afirmar si la situación de un derecho tal como el derecho a la salud o el derecho a la vivienda ha avanzado, se ha estancado o ha retrocedido. Por ejemplo, para saber si el Estado cumple con la obligación de progresividad en materia de derecho a la salud, son

⁴⁰ Ver, al respecto, Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, pp. 92-116.

⁴¹ Ver, por ejemplo, Michael Kirby, “Indicators for the Implementation of Human Rights”, en Janusz Symonides (ed.), *Human Rights: International Protection, Monitoring, Enforcement*, Ashgate-UNESCO, Aldershot, 2003, pp. 325-346; Katarina Tomasevski, “Indicators”, en Asbjørn Eide, Catarina Krause y Allan Rosas (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights. A textbook*, Martinus Nijhoff, Dordrecht-Boston-Londres, 1995, pp. 389-401.

necesarios al menos datos relativos al nivel de cobertura del sistema sanitario –y su comparación con niveles anteriores y con niveles posteriores–, y con algunos resultados tales como los índices de mortinatalidad infantil, de incidencia de enfermedades endémico-epidémicas, etcétera.

Para ello, como he dicho, no basta con la formación tradicional de los abogados, que están mayormente entrenados para llevar a los tribunales casos individuales, sino que es necesario un trabajo interdisciplinario para evaluar el desarrollo de las políticas públicas destinadas a satisfacer derechos sociales, que permita medir cuáles son los recursos que se usan para lograrlo, cuáles son las metas derivadas de las obligaciones internacionales, cuáles son las metas que se ha fijado el Estado, y cómo ha cumplido el Estado con ellas en un lapso determinado. Para llevar a cabo esta tarea en materia de derechos sociales, resultan de suma utilidad las directrices desarrolladas por los distintos Comités establecidos por los Pactos del Sistema Universal –en especial, las del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y las del Comité de los Derechos del Niño– para la elaboración de informes estatales: estas directrices detallan la información necesaria para evaluar la situación de un derecho. Aunque el Sistema Interamericano no ha avanzado demasiado en esta dirección, una tarea concertada en este campo por parte de las organizaciones de la sociedad civil de nuestra región podría mejorar la efectividad de algunos mecanismos de seguimiento de derechos humanos del Sistema. Así, por ejemplo, queda pendiente la tarea de puesta en funcionamiento de los mecanismos de informes del Protocolo de San Salvador y de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Personas con Discapacidad –una vez puestos en marcha, su efectividad dependerá en gran medida de la capacidad de las organizaciones de la sociedad civil de producir contrainformes sólidos. En el mismo sentido, sería una estrategia importante para mejorar la calidad y la efectividad de algunas de las facultades de promoción de los derechos humanos de la Comisión Interamericana –de la elaboración de informes nacionales y temáticos, y de la realización de audiencias temáticas.

Amén de su utilidad para elaborar contrainformes destinados a los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, las técnicas dirigidas a diagnosticar o informar la situación de un derecho social permiten establecer una forma de monitoreo interno permanente: un mecanismo de seguimiento de políticas públicas y de alarma para detectar e incidir en aquellos supuestos en los que las políticas resulten regresivas, ineficientes u ofrezcan resultados mediocres.

Esto nos lleva a otra cuestión estrechamente relacionada con las posibilidades de llevar adelante ese monitoreo: se trata del principio de publicidad de la actividad gubernamental y del acceso a la información pública. Desde luego, no podremos controlar las políticas sociales si no sabemos qué hace el Estado para satisfacer derechos, cómo destina partidas presupuestarias, qué resultados obtiene, qué indicadores usa para evaluar sus políticas públicas. Sin la existencia de instrumentos legales que aseguren el derecho de la población a acceder a información pública, hay pocas posibilidades de monitorear políticas públicas. Se trata de un gran desafío para las organizaciones de la sociedad civil, ya que para controlar políticas públicas, especialmente en materias complejas como vivienda, educación, seguridad social, se requiere cierta capacitación técnica y fundamentalmente contar con los datos relevantes.

Otra garantía institucional importante de todo derecho –incluyendo los derechos sociales– es el presupuesto. Está claro que ninguno de los derechos sociales que he mencionado –salud, vivienda, educación– pasa de ser una mera promesa si no existen partidas presupuestarias destinadas a hacerlos efectivos. Esto hace del procedimiento de formulación, discusión, aprobación y ejecución del presupuesto una instancia de importancia fundamental para la satisfacción de los derechos sociales, y para la fiscalización ciudadana de esa satisfacción⁴². El presupuesto es el instrumento legislativo que marca en gran medida la política pública que lleve a cabo la Administración en materia de derechos sociales. Por ejemplo, aún cuando existan garantías jurisdiccionales, y los jueces condenen al Estado a realizar obras o cubrir prestaciones sociales, la efectividad de las sentencias dependerá en gran medida de la efectiva previsión de partidas presupuestarias al efecto.

En algunos países de la región se han desarrollado instrumentos concretos que permiten la participación ciudadana en la elaboración del presupuesto –es el caso del presupuesto participativo en muchas ciudades de Brasil⁴³. Pero, en otros casos, es necesaria la activación de las ya mencionadas garantías sociales para hacer transparente el proceso presupuestario –es decir, para impedir que ese proceso se opaque y quede

⁴² Ver, por ejemplo, *Promesas que cumplir. El presupuesto público como herramienta para promover los derechos económicos, sociales y culturales*, Fundación Ford-FUNDAR, México, 2002

⁴³ Ver, por ejemplo, sobre la experiencia de Porto Alegre, Tarso Genro y Ubiratán de Souza, *El presupuesto participativo: la experiencia de Porto Alegre*, EUDEBA- IEF CTA, Buenos Aires, 1998. En general, Tomás Villasante y Francisco Javier Garrido (orgs.), *Metodologías y Presupuestos Participativos. Construyendo ciudadanía*, Cimas-IEPALA, Madrid, 2002.

sujeto únicamente a la dinámica endógena del sistema político. La incidencia de estas garantías sociales es imprescindible para instalar una discusión clara acerca de cuáles son las decisiones que se toman en materia presupuestaria para hacer efectivos aquellos derechos establecidos en la Constitución, en los pactos de derechos humanos y en la ley. Se trata de un momento fundamental para hacer visible y discutir qué prioridades asume el Estado y qué medios económicos va a destinar para asegurar la satisfacción de estos derechos. El movimiento por una fiscalización ciudadana del proceso presupuestario puede articular, además, la agenda de las organizaciones de derechos humanos con otras agendas, centradas en la demanda por una mayor transparencia de las decisiones políticas, por el acceso a la información pública y por el control de la corrupción.

Si las organizaciones de la sociedad civil no tienen capacidad de incidencia en materia presupuestaria, se pierde la oportunidad de fiscalizar uno de los instrumentos que define en gran medida el rumbo que tomarán las políticas sociales del Estado. Para que esto no suceda, también son útiles algunas de las técnicas relacionadas con la elaboración de contrainformes para los comités del sistema universal de derechos humanos. Los lineamientos para la elaboración de informes proporcionan algunas nociones sobre cómo hacer el seguimiento presupuestario de ciertos derechos. Por ejemplo, al menos dos nociones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –también recogidas en el texto del Protocolo de San Salvador– suponen necesariamente la evaluación de dimensiones presupuestarias: la noción de “progresividad” y la adopción de medidas “hasta el máximo de los recursos disponibles”. La obligación de “progresividad” requiere del Estado una mejora constante en la situación de goce de los derechos sociales: para ello, uno de los parámetros a evaluar diacrónicamente es la previsión de partidas presupuestarias para satisfacerlos. La obligación de adoptar medidas “hasta el máximo de los recursos disponibles” supone la posibilidad de evaluar el empleo de los recursos públicos, y la priorización que el Estado haga de ellos –por ejemplo, a través de la comparación del porcentaje presupuestario destinado a satisfacer derechos sociales con el destinado a otros gastos que no corresponden a la satisfacción de derechos humanos. La obligación requiere también que el Estado agote sus esfuerzos para acudir a la cooperación internacional si no tiene capacidad de mejorar progresivamente la efectividad de los derechos sociales previstos en los pactos internacionales.

Por último, y sin ánimo de exhaustividad, algunas garantías políticas están vinculadas con formas de diseño institucional que establecen controles mutuos entre los poderes políticos, controles internos de los pro-

pios poderes, y algunas formas de control externo. En este ámbito, el del control externo, se sitúa la tendencia, verificada en gran parte de los países latinoamericanos, de creación y asignación de funciones de control político –amén de algunas facultades jurisdiccionales, que comentaré después– a *ombudspersons* o instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos, tales como Defensorías del Pueblo, Defensorías del Habitante y del Ciudadano, Procuradurías de los Derechos Humanos, Comisiones de Derechos Humanos, etc. La tarea de estas instituciones debe guiarse por los estándares producidos internacionalmente en materia de derechos humanos.

La otra cara de las garantías institucionales son las *garantías de carácter jurisdiccional*. Las garantías jurisdiccionales son instrumentos –que tradicionalmente adoptan la forma de acciones, recursos, demandas o quejas– que permiten que la persona titular de un derecho acuda a una autoridad independiente –habitualmente, el Poder Judicial u órganos cuasi-judiciales– con poder para determinar la existencia de un incumplimiento e imponer una sanción al sujeto incumplidor –la realización de la acción debida, la anulación de la indebida, reparaciones o penas⁴⁴. Gran parte de la educación de los abogados gira en torno al modo de funcionamiento de estas garantías: cuando una persona incumple con una obligación que le impone un derecho, se inicia una demanda para que un juez certifique la existencia de una violación y le imponga una obligación determinada, como la de cumplir, o una sanción determinada, como la de reparar o ir a la cárcel. Esta es la estructura básica de las garantías jurisdiccionales.

También en torno a este tema hay que enfrentarse a una serie de obstáculos históricos vinculados con la posibilidad de articular garantías jurisdiccionales en defensa de derechos sociales. Me limitaré aquí a tratar sumariamente dos de estos obstáculos⁴⁵. Primero, un obstáculo de carácter ideológico, ya que tradicionalmente se ha dicho que los derechos sociales no son justiciables: típicamente, se los ha considerado derechos “programáticos”, dirigidos a motivar la acción de los poderes políticos y no a ser aplicados por los jueces. El derecho internacional de los derechos humanos –especialmente el trabajo del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales– ofrece buenos argumentos para refutar ese prejuicio, dando la pauta de que un componente necesario de los derechos sociales es la previsión por parte del Estado de

⁴⁴ Ver, por ejemplo, Riccardo Guastini, “Derechos”, en *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 185-186.

⁴⁵ Para un análisis más completo, remito a Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 37-46 y 121-132.

recursos suficientes, dentro de los que se destacan los recursos de carácter judicial o equivalente⁴⁶ en los casos de incumplimiento de sus obligaciones por parte del deudor –que habitualmente es el Estado, aunque los deudores de derechos sociales también pueden ser sujetos de carácter privado, como en los casos de privatización de ciertos servicios públicos, tales como los de salud, educación o seguridad social.

Mientras en muchos países de Iberoamérica sigue primando la idea tradicional de que los derechos sociales no son justiciables, existen en varios países –Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Venezuela– muy buenos ejemplos de prácticas en que los jueces hicieron justiciables derechos tales como los derechos a la salud, vivienda o educación –tendencia que marca una pauta de ruptura de la tradición dominante en esta materia. Esta tendencia confirma muchos de los desarrollos en la materia efectuados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Aunque el Sistema Interamericano no ha avanzado aún claramente en esta dirección, existen algunos indicios de posible empleo del mecanismo de peticiones individuales ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –y, finalmente, ante la Corte Interamericana– como mecanismo de justiciabilidad en el plano internacional, en especial por vía de la protección indirecta de derechos sociales, o de su interconexión con derechos civiles o políticos.

De todas maneras, más que confiar únicamente en el desarrollo de las posibilidades de justiciabilidad en el plano internacional –cuyo desarrollo es generalmente más lento– las organizaciones de la sociedad civil deberían poner énfasis en las posibilidades de desarrollo de la justiciabilidad de los derechos sociales en el nivel local, a través de la articulación *pro homine* de estándares constitucionales, de aquéllos provenientes del derecho internacional de los derechos humanos y de los contenidos de las leyes que reglamentan derechos sociales. Si el Sistema Interamericano ayuda en la materia, mucho mejor –pero el espacio central de desarrollo de las posibilidades de justiciabilidad de los derechos sociales sigue siendo el de la jurisdicción doméstica.

Otro obstáculo común en materia de justiciabilidad de los derechos sociales concierne a la falta de mecanismos judiciales o mecanismos procesales adecuados para tutelar estos derechos. Ya he dicho que la satisfacción de derechos sociales requiere en algunos casos remedios o medidas de alcance colectivo. Nuestra tradición procesal sigue atada fuertemente a una tradición vinculada con el modelo de litigio individual

⁴⁶ Ver, al respecto Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N°3, "La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)" (1990), pág. 5.

y patrimonialista, a partir de la cual fueron diseñadas la mayoría de las acciones típicas de los Códigos procesales tradicionales vigentes en la región. La situación-tipo sobre la cual han sido diseñadas esas acciones es la del litigio interindividual: las acciones están pensadas sobre la base de que hay un conflicto entre dos personas, cuyos intereses agotan el sentido del pleito.

En materia de derechos sociales es evidente la necesidad de revisar este modelo y pensar en acciones procesales de carácter colectivo o de carácter supraindividual. Cuando la protección de derechos sociales exige la discusión de violaciones de alcance colectivo, la representación de un grupo o colectivo en juicio o la necesidad de tomar una medida como solución o remedio al caso que tenga impacto colectivo, las acciones individuales tradicionales presentan evidentes limitaciones. Corresponde en gran medida a la doctrina sugerir modelos de acciones colectivas capaces de enfrentar estos desafíos –la doctrina procesal de la región ha trabajado en gran medida en ese sentido: resultado de ello ha sido la propuesta de una ley latinoamericana modelo de acciones colectivas, que recoge las ricas experiencias de varios países de la región, como Argentina, Brasil y Colombia⁴⁷. Mientras el legislador de nuestros países no dé pasos en este sentido, y no renueve el arsenal de acciones a disposición de los justiciables, la tarea de “adecuación” de las acciones procesales tradicionales recaerá en la imaginación de los litigantes y en la creatividad de los jueces. Aunque sobre el punto la experiencia del Sistema Interamericano es aún reciente, varios casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han sido sensibles a la dimensión colectiva de ciertas violaciones a los derechos humanos, y a la necesidad de adoptar remedios de alcance colectivo, que trasciendan el interés de las víctimas particulares que han iniciado los procedimientos ante la Comisión⁴⁸. Me parece que parte de estos desarrollos pueden ser justificados doctrinariamente a partir de una interpretación renovada de la noción de “recurso judicial efectivo”, prevista por el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Aunque se trata de una obligación de los Estados parte –proveer y desarrollar recursos rápi-

⁴⁷ Ver Antonio Gidi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica*, Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, México, 2003; Antonio Gidi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords.), *Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*, Porrúa, México, 2003.

⁴⁸ Ver, por ejemplo, Corte IDH, caso “Masacre Plan de Sánchez c. Guatemala”, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 19 de noviembre 2004, pars. 48 y 110.

dos y sencillos, u otros recursos efectivos ante la violación de derechos fundamentales—, puede suponerse que la exigencia de “efectividad” de los recursos jurisdiccionales también debe guiar a los procedimientos contenciosos de protección de los derechos humanos en sede internacional. Los desarrollos en este sentido de la Corte Interamericana permiten imaginar algunas adaptaciones de esa tendencia a las jurisdicciones domésticas.

Algunas objeciones a la posibilidad de establecer garantías jurisdiccionales para los derechos sociales han hecho hincapié en la falta de determinación concreta del contenido de estos derechos, y en la limitación de los recursos para satisfacerlos. La vía jurisdiccional abriría la puerta para reclamos extraordinarios de quienes tienen mayor acceso a los estrados judiciales, que no son necesariamente quienes más necesidades tienen.

Estas preocupaciones, sin duda legítimas, requieren una atención específica al menos en dos frentes. El primero, que ya he abordado, es la preferencia por la especificación del contenido de los derechos sociales por medio de la ley, entendida ésta en sentido formal, como norma general emanada del órgano representativo. Desde el punto de vista procedimental, además de la legitimidad electoral, se trata del instrumento jurídico que requiere de mayor consenso político y el que supone mayor publicidad y transparencia. Desde el punto de vista del contenido, la generalidad de la ley, la definición de los titulares y del alcance de los derechos sociales en términos universales, permite identificar más claramente en qué consisten el derecho y sus correlativas obligaciones, y qué previsión presupuestaria debe hacer el Estado para satisfacerlo. De este modo, hay menos espacio para la asignación discrecional, a partir de criterios meramente partidarios u orientados a clientelas políticas del gasto en materia social. Queda más claro así quién puede reclamar un derecho ante los tribunales, qué puede reclamar, y de qué recursos se dispone para satisfacer los derechos previstos legalmente.

La segunda cuestión está vinculada con un problema grave en América Latina: el del acceso a la justicia y, en especial, el acceso a los servicios de un abogado que pueda representar legalmente casos de derechos sociales. El problema es grave porque en nuestros países la profesión de abogado sigue organizada en gran medida sobre la base exclusiva del lucro: se presupone que detrás de cada problema jurídico existe incentivo lucrativo suficiente para que un abogado defienda un caso. La realidad es muy otra: existen importantes “fallas del mercado” y pocos incentivos para que los abogados movidos primordialmente por el fin de lucro defiendan los derechos de gente de escasos recursos —justamente a quienes pretenden beneficiar los derechos sociales. Este

problema requiere una profunda discusión de las formas de acceso de la población con bajos recursos a los servicios jurídicos, frente a las cuales podrían pensarse una serie de alternativas: el subsidio estatal de la abogacía de “interés público” o sin fines de lucro, el establecimiento de obligaciones de carácter social sobre los miembros de la profesión, el desarrollo del litigio *pro bono*, la promoción del establecimiento de clínicas jurídicas o de despachos jurídicos gratuitos en las escuelas de derecho, la previsión de un servicio estatal de defensa pública en materias no penales, la simplificación procesal, etcétera. Los abogados tienen el monopolio –establecido legalmente– de la representación de intereses jurídicos de toda persona ante los tribunales: por ello, es necesario establecer formas de regulación que eviten que ese monopolio se traduzca en una privación del acceso a la justicia por parte de los sectores más necesitados de la población.

Capítulo 2

La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares

I. Introducción

Uno de los rasgos característicos de la noción de derechos humanos es la generación de obligaciones para los Estados. A partir de esa base, una postura doctrinaria generalizada afirma que los derechos humanos sólo obligan al Estado, y que por ende no son invocables en las relaciones entre particulares.⁴⁹ El propósito de este breve artículo es el de dis-

⁴⁹ No entraré aquí en un problema conexo que ha sido más tratado en la doctrina constitucional: el de la *drittwirkung* o eficacia de los derechos fundamentales de base constitucional entre particulares. Mi intención es la de discutir la eficacia de los derechos humanos previstos en tratados de derechos humanos entre particulares, aunque –como se verá– existen superposiciones entre ambas categorías.

Para una discusión de la doctrina de la *drittwirkung*, ver Juan M. Bilbao Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997; Jesús García Torres y Antonio Jiménez-Blanco, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1986; Alexei Julio Estrada, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000; Tomás de la Quadra-Salcedo, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1981 y María Venegas Grau, *Derechos fundamentales y Derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Marcial Pons, Madrid, 2004. Sintéticamente, José Joaquim Gomes Canotilho y Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 2º ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1993, pp. 144-148, y José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2º ed., Almedina, Coimbra, 1998, pp. 1150-1160; Ingo W. Sarlet, “Direito Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”, en Ingo W. Sarlet (org.), *A Constituição concretizada. Construindo pontes como o público e o privado*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2000, pp. 107-163.

cutir críticamente esa concepción, sugiriendo argumentos que permiten inclinarse por la conclusión opuesta.

Desde ya adelante que la idea de que los derechos humanos no pueden invocarse en las relaciones entre particulares me parece exagerada y errónea. La base de ese error es la confusión de varios planos normativos que deben distinguirse: deslindados esos planos, y en la medida que explicaré, no creo que exista inconveniente teórico en afirmar que la positivización de derechos humanos puede obligar también a particulares.

II. Tratados de derechos humanos y sujetos privados

Comienzo por una distinción simple pero útil⁵⁰: los términos “obligación” o “deber”, se refieren al sujeto cuya conducta regula (prohíbe o manda) una norma –es decir, a la conducta descrita en el antecedente de una norma primaria. El término “responsabilidad” se refiere al sujeto al que se dirige la sanción prevista por una norma –es decir, al destinatario del consecuente de una norma primaria. Si bien sujeto pasivo de la conducta prohibida o mandada (sujeto obligado) y sujeto pasivo de la sanción (sujeto responsable) habitualmente coinciden, esto no sucede necesariamente. Así, los ordenamientos jurídicos prevén numerosos casos de responsabilidad de un sujeto por la conducta de otro: los padres son responsables por los actos de sus hijos, los empleadores son responsables por los actos de sus empleados, los socios de una empresa son responsables por los actos de sus directores o gerentes, el Estado es responsable por los actos de sus agentes, etcétera.

El primer aspecto que es necesario analizar para entender el alcance de la afirmación de que los derechos humanos no pueden obligar a particulares está relacionado con la fuente privilegiada de la noción de derechos humanos, que es el derecho internacional. Mientras que en la tradición del derecho constitucional local los derechos que cuentan con un nivel especial de protección normativa se denominan habitualmente “derechos constitucionales” o “derechos fundamentales”, la designación “derechos humanos” ha provenido mayormente del derecho internacional, al menos a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.⁵¹ La creciente tarea de reconocimiento y positiviza-

⁵⁰ Ver Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, UNAM, México, 1979, pp. 129-138.

⁵¹ La afirmación no pretende fijar una fecha de nacimiento del término, sino señalar un hito histórico en su generalización. La designación de “derechos naturales” y “derechos del hombre” es aún previa. Ver, en general, Felipe Gómez Isa, “La protección inter-

ción, a partir de esa fecha, de una lista de derechos considerados inherentes a la condición humana, y –por ende– de vocación universal, se ha desarrollado bajo la denominación convencional de derecho internacional de los derechos humanos. Desde ya es útil señalar que, pese a la preponderancia de la fuente internacional, la denominación no es completamente ajena al derecho interno, y existen numerosos ejemplos de su uso en legislación e instituciones domésticas⁵². Lo que me parece relevante destacar aquí es que el término “derechos humanos” se emplea habitualmente –tanto en el plano del derecho internacional como en el del derecho interno– para designar derechos contenidos en normas internacionales.

Ahora bien, cabe trazar aquí la primera aclaración importante. Debido a la historia y a la configuración actual del derecho internacional, los Estados son los sujetos privilegiados de ese derecho.⁵³ Este principio, aún vigente en gran medida, tiene algunas excepciones –el caso más notorio es el del derecho penal internacional, en el que los individuos son responsables por la violación de normas de derecho internacional.⁵⁴

nacional de los derechos humanos”, en Felipe Gómez Isa (director) y José M. Pureza, *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, pp. 23-60. Para una discusión del empleo de la denominación “derechos humanos” en el contexto de la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos, ver Mary Ann Glendon, *A World Made New. Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, Random House, Nueva York, 2001, y Johannes Morsink, *The Universal Declaration of Human Rights. Origins, Drafting and Intent*, University of Pennsylvania Press, Filadelfia, 1999.

⁵² En muchos países, la institución del *ombudsperson* –destinada a supervisar la efectividad de los derechos humanos en el ámbito doméstico– se identifica expresamente con la denominación de “derechos humanos”.

Es el caso, por ejemplo, de Australia (Human Rights & Equal Opportunity Commission), El Salvador (Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos), Guatemala (Procuraduría de los Derechos Humanos), México (Comisión Nacional de los Derechos Humanos), Sudáfrica (South African Human Rights Commission), etcétera.

⁵³ Ver, en general, Julio Barberis, *Los sujetos del Derecho Internacional actual*, Tecnos, Madrid, 1984.

⁵⁴ Ver Kai Ambos y Mónica Karayan, *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, 2ª edición, Ad Hoc, Buenos Aires, 1999; Antonio Blanc Altemir, *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*, Bosch, Barcelona, 1990; José Luis Fernández Flores, “La represión de las infracciones del derecho de la guerra cometidas por los individuos”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja* Nº 105, Ginebra, mayo-junio 1991; Alicia Gil Gil, *Derecho penal internacional: especial consideración del delito de genocidio*, Tecnos, Madrid, 1999; Rogelio Gómez-Guillamón (coord.), *Derecho penal internacional. Jornadas celebradas en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia* (junio de 1999), Madrid, 1999.

Pero la regla general sigue siendo ésa: amén de otros sujetos pasivos de normas internacionales, como las organizaciones internacionales, el Estado sigue siendo el principal obligado y responsable por el cumplimiento de las normas internacionales.⁵⁵

Además de establecer listas de derechos a favor de los seres humanos, los tratados internacionales de derechos humanos diseñan mecanismos y órganos de contralor del cumplimiento de las obligaciones estatales en esta materia. Está claro que, frente a esos órganos, el responsable primario es el Estado que ha ratificado el respectivo tratado⁵⁶. En este sentido –y dejando de lado la limitada pero importante excepción del derecho penal internacional– la afirmación de que los derechos humanos se dirigen al Estado, y no a los particulares, es correcta, aunque bastante trivial. Esto, en la medida en que los particulares no están sometidos a la jurisdicción de los órganos internacionales de supervisión de los tratados de derechos humanos, ni a la aplicación de las sanciones del derecho internacional. Hasta aquí, la cuestión no parece plantear mayores inconvenientes.

Ahora bien, este argumento no agota en absoluto la cuestión. Decir que las normas internacionales obligan principalmente a los Estados no hace más que informarnos al respecto de una característica central del derecho internacional moderno. El tema, sin embargo, exige una mirada más detallada al contenido de las normas internacionales que consagran derechos humanos. Si se lleva a cabo la tarea de revisar el contenido concreto del catálogo de derechos humanos establecidos en normas internacionales, el panorama con el que se encuentra es bastante más complejo que el que puede inferirse ingenuamente de asumir que el derecho internacional sólo obliga al Estado. Para ello, es necesario revisar la configuración concreta de los derechos establecidos en instru-

⁵⁵ Dada la preeminencia en el campo del derecho internacional de los derechos humanos de la fuente convencional, me concentraré aquí sobre los tratados de derechos humanos y los mecanismos y órganos de supervisión creados por esos tratados. Nada impide extender las mismas conclusiones a las normas consuetudinarias, y al contralor ejercido por órganos convencionales no creados específicamente por tratados de derechos humanos, como los órganos derivados de la Carta de Naciones Unidas.

⁵⁶ Más allá del intento de algunos órganos de supervisión de tratados de derechos humanos de extender el carácter vinculante de los tratados sobre derechos humanos a algunos órganos internacionales, aunque no estén directamente sometidos a los mecanismos de supervisión diseñados por esos tratados. Ver, por ejemplo, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 2, “Medidas de asistencia técnica internacional” (1990), párs. 2 y 9, y Observación General N° 12, “El derecho a una alimentación adecuada” (1999), pág. 41.

mentos internacionales de derechos humanos, y analizar su estructura, contenido obligacional y sujetos activos y pasivos, es decir, las posiciones jurídicas que esas normas delimitan. Hecho este ejercicio, uno se encuentra con un abanico normativo mucho más variado que el asumido originalmente.

Para empezar, resulta relativamente frecuente encontrar en tratados de derechos humanos normas que establecen derechos cuyo sujeto pasivo es un particular. Varios ejemplos ilustrarán esta afirmación.

Parece evidente que las normas del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que establecen derechos laborales no se refieren sólo a los casos en los que el Estado es el empleador, sino fundamentalmente a los casos en los que el empleador es privado. Por ejemplo, el derecho al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (art. 7, PIDESC), que aseguren, entre otras cosas, un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, en especial entre hombres y mujeres (inc. a.i), seguridad e higiene en el trabajo (inc. b), descanso, disfrute de tiempo libre, limitación razonable de las horas de trabajo, vacaciones periódicas pagas y remuneración de los días festivos (inc. d) establecen obligaciones tanto para empleadores públicos como privados.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos vino a confirmar rotundamente esta afirmación en su Opinión Consultiva OC-18/03, solicitada por el gobierno mexicano⁵⁷. En esa opinión consultiva, consultada sobre el alcance de los derechos de los trabajadores migrantes en situación irregular, la Corte afirma enfáticamente que, mediando una relación de empleo, los derechos laborales fundamentales de los trabajadores migratorios derivados del derecho internacional deben ser respetados tanto por el Estado como por los empleadores. La Corte afirma explícitamente que:

“En una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares.

Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (erga omnes). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del Drittwirkung, según la cual los derechos funda-

⁵⁷ Ver Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, del 17 de septiembre de 2003.

*mentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares*⁵⁸.

*“De esta manera, la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, que normalmente tiene sus efectos en las relaciones entre los Estados y los individuos sometidos a su jurisdicción, también proyecta sus efectos en las relaciones interindividuales. En lo que atañe a la presente Opinión Consultiva, dichos efectos de la obligación de respeto de los derechos humanos en las relaciones entre particulares se especifican en el marco de la relación laboral privada, en la que el empleador debe respetar los derechos humanos de sus trabajadores*⁵⁹.

⁵⁸ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, cit., pág. 140. Ver, en general, el desarrollo efectuado por la Corte entre los párrafos, 133 y 152, referentes al alcance de las obligaciones del Estado, de los particulares, y del Estado en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo de los particulares. Cfr., en especial, párs. 136, 137 y 147, además de los párs. 146 y 151 transcritos a continuación. En sentido concurrente se expresan respectivamente los votos razonados de los jueces Cançado Trindade, Salgado Pesantes y García Ramírez. El juez Cançado Trindade afirma que “[e]n el plano operativo, las obligaciones erga omnes bajo un tratado de derechos humanos como la Convención Americana también asumen especial importancia, ante la actual diversificación de las fuentes de violaciones de los derechos consagrados en la Convención, que requiere el claro reconocimiento de los efectos de las obligaciones convencionales vis-à-vis terceros (el Drittwirkung), inclusive particulares (v.g., en las relaciones laborales)” –cfr. Opinión Consultiva OC-18/03, voto razonado del Juez Antonio Cançado Trindade, pág. 83. Por su parte, el juez Salgado Pesante recalca que:

“En mi criterio, un punto de particular importancia en esta Opinión Consultiva es la de establecer claramente la eficacia de los derechos humanos frente a terceros, en una concepción horizontal. Estos aspectos, como se sabe, han sido ampliamente desarrollados por la doctrina alemana (Drittwirkung) y recogidos por el constitucionalismo de nuestra época”.

“La obligación de respetar los derechos humanos no es solo del Estado, es también de los particulares en su interrelación con otros particulares. El ámbito de la autonomía de la voluntad, que predomina en el derecho privado, no puede ser un obstáculo para que se diluya la eficacia vinculante erga omnes de los derechos humanos”.

“Los destinatarios de los derechos humanos –además del Estado (ámbito público)– son también los terceros (ámbito privado), que los pueden violar en el campo de las relaciones particulares. Para los fines de esta Opinión, nos limitamos básicamente al mundo del trabajo donde se ha establecido que se violan los derechos a la igualdad y a la no discriminación”.

“Los derechos laborales, en su conjunto, adquieren una real dimensión en las relaciones entre particulares, por tanto es frente a terceros que deben tener una eficacia vinculante. Con esta finalidad, todo Estado debe adoptar medidas legislativas o administrativas para impedir estas violaciones, los instrumentos procesales deben ser efectivos y ágiles” (cfr. Opinión Consultiva OC-18/03, voto razonado del Juez Hernán Salgado Pesantes, párs. 17-20).

El voto razonado del juez García Ramírez se expide en sentido similar (cfr. Opinión Consultiva OC-18/03, voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, pág. 29).

⁵⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, cit., pág. 146.

“En las relaciones laborales los empleadores deben proteger y respetar los derechos de los trabajadores, ya sea que esas relaciones se desarrollen en los sectores público o privado de las sociedades. La obligación de respeto de los derechos humanos de los trabajadores migrantes tiene un efecto directo en cualquier tipo de relación laboral, tanto cuando el Estado es el empleador como cuando lo es un tercero, y ya se trate de una persona física o jurídica”⁶⁰.

Y aún más: la Corte afirma que la prohibición de discriminación es una norma de *jus cogens*, y por ende obliga a los Estados –sean o no parte de tratados de derechos humanos– y a los particulares. La Corte sostiene que:

“Finalmente (...) todo lo señalado en los párrafos anteriores se aplica a todos los Estados miembros de la OEA. Los efectos del principio fundamental de la igualdad y no discriminación alcanzan a todos los Estados, precisamente por pertenecer dicho principio al dominio del jus cogens, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones erga omnes de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares”⁶¹.

Esta doctrina ha sido aplicada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Ximenes Lopes”, en la cual considera la violación del derecho a la vida y a la integridad personal de una persona internada en una institución psiquiátrica privada, aunque subcontratada por el Sistema Público de Salud brasileño. La Corte considera que, por esta circunstancia, la conducta de los agentes privados es directamente imputable al Estado, aunque afirma *obiter dictum* que, aún en el

⁶⁰ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, cit., pág. 151.

⁶¹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, cit., pág. 110. En el mismo sentido, el punto resolutivo 5 de la opinión conclusiva de la Corte establece que *“el principio fundamental de igualdad y no discriminación, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones erga omnes de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares”*. El voto razonado del juez Cançado Trindade dedica extensas consideraciones a la cuestión –cfr. Opinión Consultiva OC-18/03, voto razonado del Juez Antonio Cançado Trindade, párs. 76-85. Afirma, por ejemplo, que *“[e]l jus cogens, al acarrear obligaciones erga omnes, las caracteriza como siendo dotadas de un carácter necesariamente objetivo, y por lo tanto abarcando a todos los destinatarios de las normas jurídicas (omnes), tanto a los integrantes de los órganos del poder público como a los particulares”*, pág. 76, y que *“[e]n una dimensión vertical, las obligaciones erga omnes de protección vinculan tanto los órganos y agentes del poder público (estatal), como los simples particulares (en las relaciones inter-individuales)”*, pág. 77.

Ver, en sentido similar, las consideraciones del juez García Ramírez (cfr. Opinión Consultiva OC-18/03, voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, párs. 16, 22 y 26.

caso en que la actividad de la institución prestadora de servicios de salud no tuviera ningún vínculo contractual con el Estado, de todos modos éste respondería internacionalmente por ausencia de control y vigilancia⁶². Así, la Corte afirma que

“Los supuestos de responsabilidad estatal por violación a los derechos consagrados en la Convención, pueden ser tanto las acciones u omisiones atribuibles a órganos o funcionarios del Estado, como la omisión del Estado en prevenir que terceros vulneren los bienes jurídicos que protegen los derechos humanos. No obstante, entre esos dos extremos de responsabilidad, se encuentra la conducta descrita en la Resolución de la Comisión de Derecho Internacional, de una persona o entidad, que si bien no es un órgano estatal, está autorizada por la legislación del Estado para ejercer atribuciones de autoridad gubernamental. Dicha conducta, ya sea de persona física o jurídica, debe ser considerada un acto del Estado, siempre y cuando estuviere actuando en dicha capacidad.

Es decir, la acción de toda entidad, pública o privada, que está autorizada a actuar con capacidad estatal, se encuadra en el supuesto de responsabilidad por hechos directamente imputables al Estado, tal como ocurre cuando se prestan servicios en nombre del Estado.

La Corte ha establecido, además, que de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos, derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre.

En relación con personas que se encuentran recibiendo atención médica, y dado que la salud es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados, éstos tienen la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud. La Corte considera que los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado.

La falta del deber de regular y fiscalizar genera responsabilidad internacional en razón de que los Estados son responsables tanto por los actos de las entidades públicas como privadas que prestan atención de salud, ya que bajo la Convención Americana los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos de las entidades

⁶² Corte IDH, caso “Ximenes Lopes c. Brasil”, sentencia de 4 de julio de 2006, párs. 85-100, 107-108 y 141-146.

privadas que estén actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos. La obligación de los Estados de regular no se agota, por lo tanto, en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca toda y cualquier institución de salud”⁶³.

La Corte Interamericana ha empleado también esta doctrina en casos en los que se le ha solicitado el dictado de medidas provisionales. En el caso de la “Comunidad Indígena de Sarayaku”⁶⁴, la Comisión Interamericana solicitó a la Corte el dictado de medidas cautelares ante la amenaza a los derechos a la vida, integridad física, libertad de circulación y goce de la propiedad de los territorios ancestrales a una comunidad indígena y a sus miembros, puestos en riesgos por la actividad de una empresa petrolera beneficiada por una concesión otorgada por el Estado, y por miembros de comunidades vecinas. La Corte ordena al Estado adoptar medidas para que cese esa agresión por parte de los dependientes de la empresa. Entre otras formas de agresión, la empresa sembró material explosivo en el territorio donde se asienta la comunidad Sarayaku. En su parte pertinente, la Corte señala:

“Que la Corte observa que la situación que dio origen a la adopción de medidas provisionales trasciende la mera existencia de un conflicto entre el Estado y los miembros del Pueblo Indígena de Sarayaku. En efecto, se destacan hechos que ponen en evidencia el carácter multidimensional de esta situación, en la que se mezclan intereses de diversos actores estatales y no estatales: se alega que el acceso de los miembros del Pueblo Indígena Sarayaku al territorio donde están asentados a través del Río Bobonaza se ha visto impedido o limitado por miembros de la comunidad vecina de Canelos y oficiales del destacamento militar ubicado en la comunidad Jatún Molino, y que la compañía petrolera CGC, concesionaria de un contrato de exploración y explotación petrolera en el territorio del Bloque 23, ha colocado material explosivo en el área tradicional de cacería del Pueblo Kichwa de Sarayaku. Además, se alega que entre las comunidades vecinas existen divergencias en cuanto a la posición de sus miembros respecto de las actividades de explotación petrolera”⁶⁵.(...)

⁶³ Corte IDH, caso “Ximenes Lopes c. Brasil”, cit., párs. 86-90 (se omiten las notas al pie contenidas en esos párrafos).

⁶⁴ Corte IDH, caso “Pueblo Indígena de Sarayaku”, Medidas Provisionales, resolución de 17 de junio de 2005, párs. 8, 11, 12 y 13, y puntos resolutive 1 b) y d). Ver también voto concurrente del Juez Antonio Cançado Trindade, párs. 4-5, 14-20 y 31-33.

⁶⁵ Corte IDH, caso “Pueblo Indígena de Sarayaku”, Medidas Provisionales (17/06/2005), pár. 8.

“Que para garantizar efectivamente los derechos consagrados en la Convención Americana, el Estado Parte tiene la obligación erga omnes de proteger a todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción. Como lo ha dicho la Corte, tal obligación general se impone no sólo en relación con el poder del Estado sino también en relación con actuaciones de terceros particulares”⁶⁶.

Continuaré con los ejemplos. El artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en estos términos el derecho de rectificación o respuesta:

Artículo 14. Derecho de Rectificación o Respuesta

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

Es obvio que la norma no se refiere exclusivamente a los medios de comunicación estatales como sujeto pasivo, sino –fundamentalmente– a los medios de comunicación privados. Los tres incisos del artículo imponen obligaciones a sujetos tanto públicos como privados, y establecen garantías a favor del particular afectado por informaciones inexactas o agraviantes.

El artículo 26.1 de la Convención, bajo la rúbrica de “Protección judicial” brinda otro ejemplo interesante. La norma establece que

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

⁶⁶ Corte IDH, caso “Pueblo Indígena de Sarayaku”, Medidas Provisionales (17/06/2005), pág. 11.

La disposición merece varios comentarios: por un lado, el artículo concede derecho a una acción frente a violaciones de derechos fundamentales de la Constitución, la ley o la propia Convención. Si esas tres fuentes normativas establecen derechos fundamentales entre particulares, esto significa que el “recurso sencillo y rápido” debe dirigirse contra el particular que haya afectado el derecho. Hemos visto que, al menos en un caso –el del derecho de réplica– la Convención establece un derecho cuyos sujetos pasivos pueden ser particulares, de modo que el recurso previsto por el art. 26.1 podrá destinarse a demandar a particulares.⁶⁷ Tampoco es infrecuente que una constitución –y mucho más las leyes– establezcan derechos fundamentales entre particulares, de modo que el derecho adjetivo consagrado en la norma comentada se ejercerá contra ellos.

Por otro lado, la propia redacción de la última parte (“aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”) sugiere que el énfasis se debe a la posible existencia de barreras para enjuiciar a actores públicos. Por contraste, parece dar por sentada la ausencia de obstáculos para dirigir acciones contra sujetos privados que violen derechos fundamentales.

La Convención sobre los Derechos del Niño establece numerosas obligaciones para particulares. Transcribo aquí algunas:

Artículo 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Artículo 18

1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

Artículo 27

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

⁶⁷ Ver, al respecto, los comentarios de Brewer-Carías sobre el desarrollo de esta cuestión a nivel doméstico; Allan Brewer-Carías, “Hacia el fortalecimiento de las instituciones de protección de los derechos humanos en el ámbito interno”, en Lorena González Volio (ed.), *Presente y Futuro de los Derechos Humanos. Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1998, pp. 24-25.

2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumba la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

En todos estos casos, el carácter de sujeto pasivo de un particular es evidente. En el art. 3, se hace extensiva la obligación de considerar en toda decisión el interés superior del niño a las instituciones privadas de bienestar social; el artículo 18 pone en cabeza de los padres o representantes legales la obligación consistente en la crianza y el desarrollo del niño, y les impone además la consideración de interés superior del niño. El artículo 27.2 vuelve a mencionar la obligación de los padres o personas encargadas del niño de proporcionarle las condiciones de vida necesarias para su desarrollo⁶⁸.

En segundo lugar, los tratados de derechos humanos establecen en muchos casos facultades estatales destinadas a imponer prohibiciones, mandatos o cargas sobre los particulares. Esto significa nuevamente que en muchas normas de derechos humanos el sujeto pasivo de una obligación es un particular⁶⁹. La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer constituye un catálogo completo de establecimiento de facultades estatales destinadas a prohibir la discriminación contra la mujer tanto en la esfera pública como en la privada. Entre muchísimos otros ejemplos, cito aquí tres:

Artículo 2

(Los Estados partes (...) se comprometen a):

e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;

Artículo 5

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basa-

⁶⁸ Ver, al respecto, Comité de los Derechos del Niño, Observación General N°7, "La implementación de los derechos del niño en la temprana infancia", (2005), párs. 12-17, 25 y 27.

⁶⁹ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado en varios casos que el Convenio Europeo de Derechos Humanos impone a los Estados obligaciones que pueden suponer la adopción de medidas que afecten las relaciones entre particulares. Ver, por ejemplo, Tribunal EDH, casos "X & Y c. Países Bajos", del 26 de marzo de 1985, Petición 8978/80, pár. 23 y "Plattform "Arzte für das Leben" c. Austria", del 21 de junio de 1988, Petición 5/1987/128/179, pár. 32.

dos en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres (...).

Artículo 11

2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;

b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales (...).

Resulta evidente que los tres artículos pretenden extender su alcance a las relaciones entre privados, y no sólo a las relaciones entre particulares y Estado. El artículo 2 e) menciona expresamente a sujetos privados como objeto de regulación estatal. La modificación de patrones socioculturales no se limita a los estatales, sino que incluye fundamentalmente los “hombres y mujeres” de la sociedad civil. La imposición de prohibiciones (como la de despedir a una mujer por motivo de embarazo) y de mandatos (como la implantación de licencia con maternidad paga) abarca obviamente a los empleadores privados, que son quienes sufrirán la sanción o solventarán la licencia.

Otro instrumento antidiscriminatorio, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, incluye cláusulas similares. Su artículo 2, por ejemplo, establece expresamente que

d) Cada Estado parte prohibirá y hará cesar por todos los medios apropiados, incluso, si lo exigieran las circunstancias, medidas legislativas, la discriminación racial practicada por personas, grupos u organizaciones (...).

Este tipo de disposición tampoco es ajena a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Allí se establece, por ejemplo que

Art. 14.5

Estará prohibida por la ley toda propaganda a favor de la guerra y toda apología al odio nacional, racial o religioso que constituyen incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Art. 21

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por ley.

En tercer lugar, numerosas normas de instrumentos internacionales de derechos humanos establecen expresamente obligaciones estatales destinadas a impedir o reparar la injerencia indebida de otros particulares contra el bien consagrado por un derecho humano —es decir, autorizan al Estado a actuar contra la conducta del particular que agrede un bien de otro particular, de modo que imponen al particular agresor al menos la obligación de soportar la acción protectora estatal y, si se adopta una interpretación más generosa, también la obligación directa de no afectar ese bien. La Convención sobre los Derechos del Niño contiene un largo catálogo de ejemplos al respecto:

Artículo 19

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

Artículo 32

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

Artículo 33

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales, para proteger a los niños contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas enumeradas en los tratados internacionales pertinentes, y para impedir que se utilice a niños en la producción y el tráfico ilícitos de esas sustancias.

Artículo 34

Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los

Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

- a) *La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;*
- b) *La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;*
- c) *La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.*

Artículo 35

Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.

Artículo 36

Los Estados Partes protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar.

Pero las obligaciones de respeto no solamente se limitan a los casos de previsión expresa. Influentes teóricos de los derechos humanos han elaborado un esquema de interpretación de los “niveles de obligaciones”, aplicable a todo derecho humano –que ha sido adoptado además por órganos de supervisión de los pactos internacionales.⁷⁰ El segundo nivel de obligaciones consiste en aquellos deberes estatales relativos al control de posibles afectaciones del bien protegido por un derecho por parte de otros particulares –denominadas “obligaciones de protección”. Los ejemplos y la jurisprudencia⁷¹ al respecto son extensos: al positivizar

⁷⁰ El esquema se refiere a obligaciones de respeto, de protección, y de garantía o satisfacción, y en algunos versiones a obligaciones de promoción. Ver, por ejemplo, Asbjørn Eide, “Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights”, en Asbjørn Eide, Catarina Krause y Allan Rosas (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook*, Martinus Nijhoff, Dordrecht-Boston-Londres, 1995, pp. 21-49; G. H. J. van Hoof, “The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights”, en Phillip Alston y Katarina Tomaževski (eds.), *The Right to Food*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1984, pp. 99-105. Para un comentario de las diversas versiones del esquema, ver Magdalena Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, Amberes, 2003, pp. 157-248.

⁷¹ Dos casos de distintos sistemas regionales pueden ilustrar la cuestión. En el que quizá sea el caso más trascendente del sistema interamericano de derechos humanos, *Velásquez Rodríguez*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que, independientemente de la posibilidad de probar que la desaparición forzada de personas fue cometida por agentes estatales, el Estado también puede responsable de violaciones cometidas por particulares o por autores no identificados por la falta de debida diligencia para prevenir la violación de derechos humanos. Ver Corte IDH, “caso Velásquez Rodríguez”, sentencia del 29 de julio de 1988, párs. 172-177.

bienes tales como la vida, la integridad física, la libertad personal, la libertad de expresión, la vida privada, la salud o la vivienda, los tratados internacionales de derechos humanos prescriben su protección, independientemente de quien los amenace —el Estado o un particular. De acuerdo con esta doctrina, por ende, todo derecho humano genera obligaciones de protección para el Estado, y ello hace aplicable a todo derecho el razonamiento expuesto anteriormente: los particulares agresores deben soportar la acción protectora estatal y tienen la obligación directa de no afectar aquellos bienes⁷².

En conclusión, numerosas normas de los tratados internacionales que configuran derechos humanos también involucran obligaciones de particulares, y no pueden ser entendidas como exclusivamente referidas a las relaciones entre la persona titular del derecho y el Estado.

Este panorama parece plantear una paradoja. ¿Qué sentido tendría que las normas internacionales establezcan derechos que constituyen la fuente de obligaciones para los particulares, si esos mismos particulares obligados no son responsables frente al derecho internacional, ni están sujetos a su jurisdicción? Si sólo el Estado es susceptible de responsabilidad internacional, y está sujeto al contralor de órganos de supervisión del cumplimiento de obligaciones en materia de derechos humanos, ¿de qué serviría inferir de un tratado internacional obligaciones de los particulares? ¿Cuál sería el sentido de que un tratado mencione obligaciones de particulares? En el próximo apartado me dedicaré a responder estas preguntas.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos decidió, en el caso *Young, Jones y Webster*, que el Estado es responsable de la violación al derecho a la asociación si tolera prácticas de contratación una empresa y un sindicato que fuerzan a un trabajador a elegir entre afiliarse al sindicato o perder el empleo. Ver Tribunal EDH, caso “Young, Jones & Webster c. Reino Unido”, del 13 de agosto de 1981, Peticiones 7601/76 y 7806/77, párs. 54 y 56.

⁷² Cabe traer nuevamente a colación la Opinión Consultiva OC-18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto de la proyección sobre terceros de las obligaciones de protección del Estado. Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, cit., párs. 141-149, 152-153 y punto resolutivo 9, en el que la Corte sostiene que:

“el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales”.

III. El derecho internacional de los derechos humanos como parte del derecho doméstico

Estos interrogantes generan una respuesta clásica –bastante obvia– en el plano del derecho internacional. Cuando el derecho internacional estatuye obligaciones entre particulares, la vulneración de la obligación por parte del particular, la correlativa afectación del derecho contra su titular y la ausencia de sanción o reparación generan responsabilidad del Estado por falta de protección. Hasta aquí, el esquema del derecho internacional sigue manteniendo sus puntales –sólo el Estado y no los particulares son responsables y están sujetos a su jurisdicción.

Esa respuesta, sin embargo, es parcial e incompleta, ya que pierde de vista los posibles efectos del derecho internacional sobre el plano doméstico. Un primer paso para captar esa dimensión aparece ya reflejada en el derecho internacional: al ratificar un tratado de derechos humanos, los Estados partes se obligan a adoptar medidas para hacer efectivos los derechos consagrados por ese instrumento internacional, tal cual han sido configurados en esos instrumentos. Esto significa: los Estados se obligan a desarrollar normativamente a nivel doméstico las posiciones jurídicas que surgen de tratados de derechos humanos, obliguen al Estado o a particulares.

Este apunte nos remite al plano del derecho interno, o mejor dicho, al “diálogo” entre derecho internacional y derecho interno en materia de derechos humanos.⁷³ Un primer problema relevante es el del sistema de incorporación del derecho internacional en el derecho interno. El tema de la incorporación resulta sumamente relevante, porque una vez internalizada una norma internacional, la paradoja señalada anteriormente –la supuesta disonancia del establecimiento, por parte de las normas internacionales de obligaciones para sujetos privados que no están bajo su jurisdicción– se disuelve. Incorporada al derecho interno, la norma internacional que consagra derechos humanos y configura posiciones jurídicas que establecen obligaciones para los particulares no plantea ninguna paradoja: los particulares son sujetos activos y pasivos habituales del derecho doméstico.

Veamos entonces qué consecuencias tiene la elección de distintos sistemas de incorporación. En los sistemas de inspiración dualista, típicos de la tradición anglosajona, las normas internacionales no se incor-

⁷³ Ver algunos de los problemas que plantea esta relación en Rodolfo E. Piza y Gerardo Trejos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: La Convención Americana*, Ed. Juricentro, San José, 1989, pp. 93-107.

poran directamente al derecho interno. Para que los derechos establecidos en un tratado de derechos humanos, con su respectiva configuración de posiciones jurídicas, se integre al derecho local, es necesario que una norma de carácter local –por lo regular, una ley en sentido formal– reproduzca el contenido de esos derechos. En estos sistemas, está claro que las normas internacionales de derechos humanos no constituyen fuente de obligaciones para los particulares. Sin embargo, si el contenido de las normas internacionales de derechos humanos es reproducido plenamente en una norma interna, poco importa cuál sea la fuente de la obligación: la norma local consagrará derechos humanos que creen obligaciones entre particulares.

En los sistemas de inspiración monista –que han adoptado la gran mayoría de los países latinoamericanos–, la situación es distinta. La ratificación de una norma internacional vigente la convierte en parte del derecho interno. En el plano del derecho internacional, el responsable sigue siendo el Estado; sin embargo, en el plano del derecho interno, la cuestión se modifica sustancialmente. Si la norma internacional consagra derechos que configuran posiciones jurídicas en las que los particulares son sujetos pasivos, esos derechos –una vez convertidos en derecho doméstico– son fuente directa de obligaciones entre particulares. En este sentido, decir que los derechos humanos consagrados por los tratados internacionales de derechos humanos son invocables entre particulares no plantea mayor inconveniente conceptual.

Un ejemplo argentino bastará para probarlo: hasta 1984, el derecho interno argentino no reconocía el derecho de rectificación o respuesta. Con la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el derecho de rectificación o respuesta ingresó al orden jurídico argentino.⁷⁴ Una vez incorporado el tratado al derecho interno, los particulares pueden invocar el derecho de rectificación o respuesta contra medios de comunicación públicos y privados. Verbi-gracia: un derecho consagrado en una norma internacional de derechos humanos incorporada al derecho interno genera obligaciones entre particulares.

⁷⁴ Ver, por ejemplo, Corte Suprema argentina, caso “Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros”, del 7 de julio de 1992, voto de la mayoría, considerandos 15, 20, 21 y 22.

IV. Reflexiones suplementarias sobre la relación entre las normas internacionales sobre derechos humanos y el derecho doméstico

Las afirmaciones anteriores requieren alguna puntualización, vinculada con otro problema, que es el de la jerarquía normativa tanto de la norma interna que reproduce las disposiciones de un tratado de derechos humanos –en los sistemas de inspiración dualista– como de la norma internacional incorporada al derecho interno –en los sistemas de inspiración monista–.⁷⁵ En el primer caso, si la norma interna es una norma de rango legislativo, y no de rango constitucional, los “derechos humanos” consagrados por esa norma serán derechos más débiles que los denominados derechos fundamentales o derechos constitucionales –por ejemplo, podrán ser derogados por una norma similar posterior. En este sentido, se tratará de derechos de menor nivel de protección que los derechos establecidos en una Constitución –suponiendo que haya una constitución o derechos de rango constitucional. En el segundo caso, si la norma internacional incorporada al derecho interno tiene jerarquía constitucional, los derechos humanos consagrados por esa norma tendrán jerarquía similar a los derechos constitucionales o fundamentales. Si –como sucede en varias naciones– la norma internacional tiene jerarquía inferior a la constitución pero superior a la ley ordinaria, el grado de protección de esos derechos humanos será intermedio –cederán si existe un conflicto con un derecho de rango constitucional, pero se impondrán ante un conflicto con una norma inferior. Si la norma internacional tiene jerarquía idéntica a la ley ordinaria, se tratará de derechos humanos menos protegidos, de rango equivalente al legal y por ende modificables por una norma legal posterior.

Una segunda aclaración –bastante obvia– está relacionada con el grado de generalidad de la configuración de los derechos humanos consagrados en normas internacionales. Independientemente de la jerarquía normativa de los tratados internacionales en el derecho doméstico –jerarquía supraconstitucional, constitucional, inferior a la constitución pero superior a la ley común o idéntica a la ley común, amén de otras

⁷⁵ Ver, en general, Néstor P. Sagüés, “Mecanismos de incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos al derecho interno”, en Lorena González Volio (ed.), *Presente y Futuro de los Derechos Humanos. Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, cit., pp. 299-314. Pese al título del artículo, el trabajo se refiere fundamentalmente al problema de la jerarquía normativa de los tratados en el derecho interno.

variantes, como la distinción entre jerarquías según el tipo de tratados—, desde el punto de vista conceptual, el grado de generalidad de las normas de tratados internacionales se aproxima al grado de generalidad de las normas constitucionales. Esto significa que el grado de detalle del contenido de los derechos humanos positivizados en tratados internacionales es similar al grado de detalle de los derechos fundamentales positivizados en una constitución.⁷⁶

Más allá de las divergencias puntuales, lo cierto es que, regularmente, el contenido de los derechos incluidos tanto en una constitución como en un tratado de derechos humanos tiene un grado de generalidad tal que requiere, para su concreta aplicación, una tarea de especificación normativa que defina claramente sujetos obligados, alcance de las obligaciones, garantías frente al incumplimiento, etcétera. Esta tarea de especificación corresponde primariamente —en sistemas democrático-representativos— a la Legislatura⁷⁷, aunque el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial también pueden jugar un papel importante en ese emprendimiento. En gran medida, los derechos establecidos en la constitución y en los tratados de derechos humanos requieren, para poder ser aplicados, de desarrollo normativo ulterior.

La doctrina suele denominar este problema como el del carácter “autoejecutivo” o “no autoejecutivo” de un tratado⁷⁸. Me parece que esa denominación se presta a innecesarias confusiones con el problema de la incorporación del tratado al orden jurídico interno. La cuestión de la incorporación del tratado al orden jurídico interno es una tema a ser resuelto por el derecho constitucional local: trata del modo de incorporación de las reglas internacionales de las que el Estado se ha hecho parte al ordenamiento jurídico local. La cuestión de la llamada “auto ejecu-

⁷⁶ Esto constituye, por supuesto, una generalización. Existen casos en los que el grado de detalle de la configuración de los derechos en una constitución es mayor que el del mismo derecho en un tratado de derechos humanos, y viceversa. De todos modos, creo que la generalización puede sostenerse a partir de lo que afirmo a continuación. Para una discusión del problema de la indeterminación de las normas de tratados internacionales de derechos humanos, ver Enrique P. Haba, *Tratado básico de Derechos Humanos, Tomo I: Conceptos Fundamentales*, Ed. Juricentro, San José, 1986, pp. 280-314 y 375-412.

⁷⁷ Basta con subrayar la garantía de la reserva de ley en la reglamentación de derechos fundamentales, y la importancia asignada a las medidas legislativas entre las medidas que el Estado debe adoptar para hacer efectivos los derechos incorporados en pactos de derechos humanos.

⁷⁸ Se trata de una traducción —por cierto bastante macarrónica— de los términos ingleses “self-executing” y “non self-executing”. Ver, por ejemplo, Thomas Buergenthal, “Self-Executing and Non Self-Executing Treaties in National and International Law”, *Recueil des Cours*, Vol. 235 (1992-IV), La Haya, pp. 303-400.

tividad” de un tratado es independiente del sistema de incorporación, y se resuelve básicamente a partir del análisis del grado de generalidad de sus cláusulas.⁷⁹ Mientras el sistema de incorporación se refiere a la totalidad de un instrumento internacional, la cuestión de la “autoejecutividad” requiere un análisis cláusula por cláusula: existen tratados que incluyen algunas obligaciones que pueden ser directamente operativas, o con aspectos de esas obligaciones que pueden ser directamente operativas, y otras obligaciones que obviamente requieren de desarrollo normativo inferior.⁸⁰ Esto significa que la “autoejecutividad” no puede predicarse en general de un tratado, sino de las cláusulas particulares de un tratado.

En el contexto del tema que nos ocupa, esta aclaración tiene dos consecuencias relevantes:

- a) Aunque un derecho incluido en un pacto de derechos humanos establezca obligaciones para particulares, aun cuando ese pacto sea incorporado –directamente o por vía de reproducción en una norma interna– al derecho interno, existe un alto grado de posibilidad de que esa positivización sea de carácter tan general, que no resulte directamente aplicable por su titular por no existir una especificación concreta del sujeto obligado y del alcance de la obligación. Para ser efectivo ante un particular, el derecho humano de marras debe ser desarrollado por una o varias normas inferiores. Esta conclusión no es absoluta: existen casos en los que –al menos parcialmente– el contenido de derecho surge de forma más o menos completa de un pacto de derechos humanos, y por ende es posible aplicarlo directamente en uno o más aspectos. Tampoco pueden descartarse algunas derivaciones normativas del establecimiento de un derecho en un pacto de derechos humanos –al menos, por ejemplo, la posibilidad de considerar la exis-

⁷⁹ Independientemente de su ingreso directo en el orden jurídico interno, o de la necesidad de reproducción por una norma legislativa local, la “autoejecutividad” de las cláusulas de un tratado dependen del grado de concreción de las obligaciones jurídicas que ellas establecen, de modo que no difiere del de la “autoejecutividad” de las cláusulas de una constitución.

⁸⁰ Bastará un ejemplo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos para probarlo: mientras la obligación establecida en el artículo 6.5 (“No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez”) es perfectamente aplicable sin mayor necesidad de desarrollo normativo inferior, la obligación establecida en el art. 2.3 b), de desarrollar “las posibilidades de recurso judicial” dependen, obviamente, de la adopción de medidas que hagan efectivo ese desarrollo.

tencia de algún grado de incompatibilidad entre el derecho y su reglamentación por una norma inferior. Pero, por regla general, el derecho necesitará de especificación reglamentaria. Es decir, aún cuando una norma internacional mencione obligaciones de particulares, esas obligaciones requieren en gran medida, para poder ser exigidas, de ulterior especificación normativa.

- b) El margen de apreciación o discrecionalidad⁸¹ que los tratados de derechos humanos conceden al Estado lo habilita en gran medida para imponer obligaciones a particulares, siempre que esa imposición esté dirigida a hacer efectivos los derechos consagrados por aquellos tratados. Como los titulares de derechos humanos son las personas, la imposición de obligaciones a otros particulares para garantizar esos derechos significa, en muchos casos, el establecimiento, por vía reglamentaria, de relaciones derecho-obligación entre particulares, generadas por vía de la reglamentación de un derecho contenido en un pacto internacional. Aunque no se trate de un contenido ordenado por el pacto de derechos humanos, lo cierto es que el pacto autoriza la imposición de la obligación sobre un particular, y en esa medida, la reglamentación opera como norma que otorga eficacia a un derecho humano en las relaciones entre particulares.⁸²

Otro ejemplo argentino puede ilustrar esta afirmación: antes de la reforma constitucional de 1994, la Constitución argentina no consagraba un derecho a la salud o a la atención sanitaria. Aún después de la reforma, del texto de la propia Constitución sólo puede desprenderse alguna mención aislada –el derecho de los consumidores y usuarios a la protección de la salud en las relaciones de consumo, art. 42, CN. La concesión de jerarquía constitucional a varios tratados internacionales de derechos humanos –art. 75 inc. 22, CN–ha extendido la lista de derechos de jerarquía constitucional: por esta vía se ha incorporado el derecho a la salud, reconocido, entre otros instrumentos, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –art. 12– y, para los niños, en la Convención sobre los Derechos del Niño –art. 24–.

⁸¹ Ver, en general, Liliana Valiña, “El margen de apreciación de los Estados en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno”, en Martín Abregú y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 173-197.

⁸² Ver, en este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos citada en nota 69.

El desarrollo legislativo del sistema de salud argentino incluye, sin embargo, obligaciones a cargo de sujetos no estatales, como las obras sociales –de gestión sindical– y las empresas de medicina prepaga, de carácter privado lucrativo. Si bien ninguno de los dos instrumentos obliga al Estado a imponer obligaciones sobre particulares para hacer efectivo el derecho, lo cierto es que, una vez establecidas por vía legislativa estas obligaciones, los sujetos privados –obras sociales y empresas de medicina prepaga– son responsables de la garantía del derecho humano a la salud y pueden ser objeto de reclamo por parte de los titulares del derecho en caso de incumplimiento de sus obligaciones. Parte del desarrollo jurisprudencial del derecho a la salud en la Argentina se ha generado a partir del litigio contra estos sujetos privados: en estos casos, los tribunales han reconocido la jerarquía constitucional del derecho a la salud merced a su consagración en pactos internacionales de derechos humanos, y a la vez han aceptado la tutela de ese derecho cuando el obligado era un particular que incumplió con los deberes a su cargo.⁸³

⁸³ La jurisprudencia de la Corte Suprema argentina constituye un buen índice de este desarrollo: los distintos precedentes acumulados reiteran que el derecho a la salud genera obligaciones tanto de sujetos públicos como de sujetos privados. Para verificarlo, basta seguir la siguiente secuencia de casos: Corte Suprema argentina, caso “Asociación Benghalensis y otros c. Estado Nacional. Ministerio de Salud y Acción Social”, del 1 de junio de 2000, considerando 10; caso “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c. Ministerio de Salud y Acción Social. Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas”, del 24 de octubre de 2000, considerandos 16, 17, 18, 19, 20 y 21; caso “Etcheverry, Roberto Eduardo c. Omint Sociedad Anónima y Servicios”, del 13 de marzo de 2001, considerando IV del dictamen del Procurador General de la Nación, al que la mayoría de la Corte se remite; caso “Hospital Británico de Buenos Aires c. Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social)”, del 13 de marzo de 2001, dictamen del Procurador General de la Nación, considerando VI y voto del Juez Vázquez, considerandos 9, 10 y 11; caso “Monteserin, Marcelino c. Estado Nacional. Ministerio de Salud y Acción Social. Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas. Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad”, del 16 de octubre de 2001, dictamen del Procurador General de la Nación, considerando VII y decisión de la Corte, considerandos 11, 12 y 13. Para un análisis más detallado, ver Christian Courtis, “La aplicación de tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional del derecho a la salud: apuntes críticos”, en Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década (1994-2005)*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

V. La integración de fuentes internacionales y fuentes domésticas en materia de derechos humanos

En los regímenes en los que los tratados internacionales se incorporan al derecho doméstico y –además– se reconoce jerarquía constitucional a normas del derecho internacional de los derechos humanos, la relación entre derechos fundamentales o constitucionales y derechos humanos consagrados en los tratados requiere un análisis más detallado. El primer señalamiento que cabe formular es que el juego entre derechos de fuente constitucional y derechos de fuente internacional genera una suerte de –parfraseo aquí la noción de “bloque de constitucionalidad” originaria del derecho constitucional francés– bloque conjunto de derechos superprotegidos, es decir, la composición de un *bill of rights* conformado por derechos de diverso origen. Esa composición implica un cierto grado de superposición normativa. Así, podemos enfrentarnos con las siguientes hipótesis:

- a) existe coincidencia en una considerable cantidad de derechos –es decir, los derechos reconocidos en la constitución también son consagrados en los pactos de derechos humanos de jerarquía constitucional;
- b) la constitución consagra derechos no reconocidos en los pactos de derechos humanos de jerarquía constitucional;
- c) los pactos de derechos humanos reconocen derechos no consagrados por la constitución.

La opción a) admite, además, una variable importante: en ocasiones, pese a que los derechos reconocidos sean básicamente los mismos, algún instrumento regula con mayor detalle el contenido de esos derechos consagrados redundantemente, o agrega aspectos o elementos no incluidos en la redacción de la norma complementaria.

Desde el punto de vista hermenéutico, este bloque requiere –si se pretende una interpretación no conflictiva de las normas de jerarquía constitucional– criterios que permitan articular los distintos derechos y los distintos componentes de derechos reconocidos en varios instrumentos, independientemente de cuál sea su fuente –la constitucional o la internacional. En este sentido, la diferencia entre las nociones de derechos constitucionales o derechos fundamentales, y derechos humanos, se hace difusa: el contenido de cada derecho puede provenir de la norma constitucional, de una o varias normas internacionales, o integrarse con aspectos que provengan de ambos tipos de fuente.

Precisamente de la incorporación de las normas internacionales de pactos de derechos humanos al derecho doméstico surge uno de los cri-

terios hermenéuticos centrales para la articulación de derechos de base constitucional y derechos de base internacional. Se trata del llamado principio *pro homine* o *pro hominis*, que prescribe que, en caso de existir varias normas referidas al mismo derecho humano, debe estarse por la regulación más favorable a la persona titular del derecho.⁸⁴ El principio –recogido en diversa medida en cláusulas de los pactos de derechos humanos,⁸⁵ y considerado un criterio fundamental de interpretación de esos derechos– permite integrar a partir de la preeminencia de la norma más favorable, distintos aspectos de un mismo derecho recogidos en fuentes normativas diversas –es decir, la constitución o los distintos tratados internacionales.

Un ejemplo puede aclarar la cuestión. El reconocimiento del derecho a la educación en el texto de la Constitución argentina es escueto y limitado: la regulación constitucional se limita a la obligación de las provincias de garantizar la educación primaria (art. 5, CN) y a la libertad de aprender (art. 14, CN). Al integrar este derecho con las disposiciones correspondientes de al menos dos tratados de jerarquía constitucional –el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y los artículos 28 y 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño– el contenido del derecho se amplía notablemente.⁸⁶ Para empezar, se extienden y se especifican con mayor detalle las obligaciones estatales: ya no se trata sólo de asegurar la educación primaria, si no de asegurar educación primara gratuita y obligatoria para todos; generalizar y hacer accesible la enseñanza secundaria, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; hacer accesible a todos la enseñanza superior, en particular por la implantación progresiva de la enseñan-

⁸⁴ Ver, por ejemplo, Susana Albanese, “La primacía de la cláusula más favorable a la persona”, en Revista La Ley, Buenos Aires, tomo 1996-C-518; Mónica Pinto, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Martín Abregú y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, cit., pp. 163-171.

⁸⁵ Cfr. por ejemplo, Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 29; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 5; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 41.

⁸⁶ Para una elaboración completa de la integración de los componentes constitucionales –colombianos– e internacionales del derecho a la educación, ver Defensoría del Pueblo, Manuel E. Góngora Mera (autor), *El derecho a la educación en la constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2003. Un ejercicio similar relativo al derecho a la salud puede verse en Defensoría del Pueblo, Oscar Parra Vera (autor), *El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2003.

za gratuita, etcétera (art. 13 inc. 2, PIDESc). El derecho consagra además la libertad de los padres de elegir para sus hijos escuelas distintas a la pública (art. 13 inc. 3, PIDESc), y la libertad de otros actores privados para establecer y dirigir instituciones de enseñanza (art. 13. inc. 14, PIDESc).

En cuanto al tema que nos ocupa, el derecho impone además obligaciones a los particulares: incluye una especificación de los fines y principios rectores de la educación, obligatoria tanto para escuelas públicas como privadas (art. 28, CDN; art. 13 incs. 1 y 4 *in fine*, PIDESc; arts. 29 incs. 1 y 2, CDN), y establece como condición para que los establecimientos privados puedan funcionar “que satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza” (art. 13 inc. 3, PIDESc, art. 29 inc. 2, CDN).

Positivizadas estas obligaciones, nada impide concebir la queja de un particular –por ejemplo, un niño o los padres o tutores de un niño– contra otro particular –el titular de un establecimiento de enseñanza privado– por incumplimiento por parte de éste de, por ejemplo, los fines de la educación impuestas por el PIDESc y la CDN. El art. 29 inc. 1 d) establece, entre otros fines, que la educación debe estar encaminada a “preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena”. La impartición de enseñanza de orientación intolerante, racista o la divulgación de propaganda en favor de la guerra en un establecimiento de enseñanza privado constituiría un claro caso de incumplimiento.

Bajo el mismo supuesto que vengo elaborando –la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al derecho interno, con jerarquía constitucional–, amén de la complementariedad de los derechos de fuente constitucional e internacional, y de su posible integración por vía del principio *pro homine*, existen otras normas contenidas tanto en constituciones como en pactos internacionales de derechos humanos que requieren de consideración conjunta y, eventualmente, de integración. Se trata de las normas referidas a reglamentación, limitación o restricción y suspensión de derechos.⁸⁷ Sin intención de agotar el tema –tarea que requeriría un estudio mucho más detallado–, me limitaré a señalar algunas cuestiones relevantes para el asunto que me ocu-

⁸⁷ Ver Guillermo R. Moncayo, “Suspensión y restricción de derechos y garantías constitucionales (El aporte de las convenciones internacionales al derecho público argentino), en Revista Plural N° 12, Monográfico “Justicia en democracia”, Buenos Aires, diciembre de 1988, pp. 26-34.

pa, dirigidas a subrayar consecuencias particulares del juego conjunto de las cláusulas sobre reglamentación y restricción de derechos.

De manera general podría decirse que las constituciones establecen la base del ejercicio de la facultad reglamentaria de los derechos fundamentales incluidos en ellas. En la Constitución argentina, la garantía de reserva de ley, el respeto del principio de razonabilidad y la no alteración de la sustancia (o contenido mínimo esencial) del derecho son tres ejemplos del intento de disciplinar los criterios reglamentarios.

Los tratados internacionales de derechos humanos también incluyen cláusulas referidas al alcance de la posible reglamentación y restricción de los derechos allí consagrados. Podría distinguirse entre dos tipos de cláusulas: las genéricas, y las específicas.

En cuanto a las genéricas, las fórmulas recogidas por varios pactos de derechos humanos son relativamente similares: así, el art. 4 del PIDESC prescribe que las limitaciones aceptadas por los pactos requieren ser introducidas por la ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos, y con el objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática. La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que las restricciones no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general, y con el propósito para el cual han sido establecidas (art. 30), mientras que el art. 33 aclara que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática. Aún reconociendo su grado de abstracción, de todos modos puede decirse que las fórmulas genéricas sobre reglamentación y restricción de derechos de los tratados de derechos humanos son más específicas que las de la Constitución argentina: mientras se mantienen las garantías de reserva de ley y la prohibición de alteración de la sustancia de los derechos, se agrega un calificante al requisito de razonabilidad de la reglamentación: su limitación a las exigencias del bien común o del bienestar general en una sociedad democrática. Aunque el punto requeriría mayor discusión, de la referencia a una "sociedad democrática" podrían extraerse elementos destinados a limitar el margen de latitud que ofrece al Estado el principio de razonabilidad –en especial cuando se somete a un escrutinio simple, es decir, se entiende como una exigencia de "mera racionalidad". En ese caso, la aplicación del principio *pro homine* requeriría inclinarse por la opción menos restrictiva del derecho, es decir, por la limitación de las facultades estatales de reglamentación y restricción.

Es, sin embargo, en el terreno de las cláusulas específicas donde la limitación del margen de latitud estatal de reglamentación y restricción

cobra mayor importancia. Las cláusulas específicas establecen la lista taxativa de criterios a partir de los cuales pueden reglamentarse y restringirse derechos en particular. La aplicación del principio *pro homine* supone, en estos casos, el desplazamiento de la cláusula genérica que faculta la reglamentación y restricción, por la cláusula específica, que limita aún más los criterios a los que puede acudir el Estado para restringir un derecho. La Convención Americana sobre Derechos Humanos brinda numerosos ejemplos de cláusulas específicas sobre limitación de derechos: así, en el texto de ese instrumento internacional, pueden encontrarse disposiciones específicas relativas a la libertad de conciencia y religión (art. 12 inc. 4), la libertad de pensamiento y de expresión (art. 13 incs. 2, 3 y 4), el derecho de reunión (art. 15), la libertad de asociación (art. 16 incs. 2 y 3), el derecho de circulación y residencia (art. 22 incs. 3 y 4) y los derechos políticos (art. 23 inc. 2).

Pues bien, en varios de estos casos, el sentido de la reglamentación o restricción que el tratado autoriza al Estado a adoptar es justamente la defensa de un derecho o interés de otro particular. En estos casos, el propio tratado se convierte en fuente directa de autorización de la imposición de obligaciones entre particulares. Un buen ejemplo de ello es el artículo 13 inciso 2 b) de la Convención Americana, relativo a la posibilidad de imponer responsabilidades ulteriores por el ejercicio de la libertad de expresión. El inciso autoriza a fijar responsabilidades necesarias para asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás”. En el mismo sentido, el artículo 20.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe la prohibición de “(t)oda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia”.

Existe, sin embargo, otra hipótesis interesante en los pactos de derechos humanos, vinculada teóricamente pero no idéntica a la anterior. Se trata de casos en los que una cláusula de un pacto de derechos humanos autoriza la imposición de límites a los derechos y obligaciones establecidos entre particulares, teniendo en mira la protección de un derecho humano. La diferencia central con el caso anterior es que, mientras las cláusulas de limitación y restricción de derechos se refieren al alcance de las facultades del Estado de reglamentación de los derechos humanos consagrados por el respectivo instrumento internacional, en esta hipótesis el instrumento internacional, en aras de la protección de un derecho que él consagra, permite al Estado restringir un derecho *distinto* cuyo titular puede ser un particular.

El artículo 11 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos brinda un buen ejemplo de restricción de un derecho –y de la obligación que de él se desprendería– justificada a partir de la protección de un derecho

humano. La norma prescribe que “(n)adie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual”. En este caso, se restringe el derecho de los acreedores a cobrar su crédito y la obligación del particular de responder por él, excluyendo como medio posible la amenaza de privación de libertad –y ello en aras de proteger el derecho a la libertad personal–.

Muchas de las medidas que el Estado se compromete a adoptar a partir de la ratificación de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –y en general de los instrumentos de orientación antidiscriminatoria– pueden ser leídas en esta clave. La Convención obliga al Estado a adoptar medidas para erradicar la discriminación contra la mujer en las esferas civil, económica, política, social y cultural y en “cualquier otra esfera” (art. 1). Esto supone la posibilidad de restringir derechos de los sujetos privados –típicamente, las libertades contractuales y el derecho de propiedad– para proteger a las mujeres contra la discriminación, por ejemplo, en la esfera económica. El artículo 13 b) de ese instrumento ofrece un ejemplo muy específico de esta hipótesis:

Artículo 13

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en otras esferas de la vida económica y social a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular:

(...)

b) El derecho a obtener préstamos bancarios, hipotecas y otras formas de crédito financiero.

La cláusula ofrece bases para que el Estado restrinja la discrecionalidad de las entidades bancarias y de crédito –aún de las privadas– en la elección de sus contratantes, vedando la posible exclusión de las mujeres. Esto significa, claro está, una limitación de la libertad contractual de esas entidades.

VI. Conclusión

He tratado de mostrar a lo largo del capítulo que la tesis de la ineficacia de los derechos humanos frente a particulares es una idea sesgada, apegada excesivamente a la doctrina tradicional del derecho internacional, y que tiene poco que ver con el análisis del contenido concreto de los tratados internacionales de derechos humanos, y de la tendencia de mayor interrelación entre el derecho internacional y el derecho interno, en especial entre el derecho internacional de los dere-

chos humanos y el derecho constitucional local. Estas observaciones no pretenden agotar el panorama que ofrece la cuestión, sino más bien sentar algunos puntos de partida de una agenda de investigación orientada a la práctica en esta materia. En todo caso, será necesario –asumiendo algunos de los puntos de partida aquí sugeridos– un estudio detallado que descienda al análisis pormenorizado de cada derecho en el que puedan manifestarse efectos entre particulares. La cuestión cobra, además, especial relevancia cuando se constata que gran parte de los países iberoamericanos han experimentado procesos de privatización y desregulación que ponen en manos de actores privados funciones anteriormente desempeñadas por el Estado. El tema requiere dejar de lado algunos dogmas perimidos y abrir los ojos a los nuevos desafíos que plantea hoy en día la protección de los derechos humanos.⁸⁸

⁸⁸ En este sentido, Ferrajoli insta a desarrollar un “constitucionalismo de derecho privado”, que extienda la garantía de los derechos fundamentales frente a los poderes privados. Ver Luigi Ferrajoli, “La democracia constitucional”, en Christian Courtis (comp.), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, EUDEBA, Buenos Aires, 2001, pp. 265-266.

Capítulo 3

Ocho ideas para litigar casos ambientales ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

I. Introducción

Este capítulo se propone sugerir algunas estrategias posibles para litigar casos de defensa del medio ambiente en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Hay que comenzar por decir, para entender el tenor de las sugerencias, que –salvo alguna cláusula aislada, y sin mayor desarrollo⁸⁹– el

⁸⁹ Me refiero al art. 11 del Protocolo de San Salvador (Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), que establece, escuetamente, lo siguiente: “Artículo 11. Derecho a un Medio Ambiente Sano: 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos; 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente”.

Cabe decir que el propio Protocolo no incluye al derecho establecido en el art. 11 entre los derechos justiciables ante la Comisión y la Corte Interamericana –cfr. art. 19 inc. 6, Protocolo de San Salvador. Ver, sin embargo, el apartado 4 de este trabajo.

Puede mencionarse también la inclusión de una cláusula ambiental (en su artículo 15: “El ejercicio de la democracia facilita la preservación y el manejo adecuado del medio ambiente. Es esencial que los Estados del Hemisferio implementen políticas y estrategias de protección del medio ambiente, respetando los diversos tratados y convenciones, para lograr un desarrollo sostenible en beneficio de las futuras generaciones”) en la Carta Democrática Interamericana que, de todos modos, no es un tratado, y no establece mecanismo alguno de justiciabilidad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha acudido, de todos modos, a esa Carta a efectos de interpretar obligaciones de la Convención Americana en algunos casos. Ver, por ejemplo, Corte IDH, casos “Herrera Ulloa

derecho a un medio ambiente sano *no está reconocido como tal* en los instrumentos vinculantes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁹⁰, de modo que las sugerencias apuntan fundamentalmente al planteamiento de cuestiones medioambientales a través de estrategias *indirectas* de litigio⁹¹. Con ello me refiero al litigio fundado en la alegación de la violación de otros derechos, y no de derechos medioambientales.

Una cuestión conexas —dada la inserción del derecho ambiental dentro del modelo o paradigma del llamado “derecho social”⁹²—, que también tiene repercusiones sobre las estrategias a desarrollar con cierta plausibilidad, es que tampoco hay gran tradición de litigio, ni un gran desarrollo doctrinario y jurisprudencial, en materia de derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁹³. Aunque el volumen de casos vaya acrecentándose gradual-

c. Costa Rica”, sentencia de 2 de julio de 2004, p. 115, y caso “Ricardo Canese c. Paraguay”, sentencia de 31 de agosto de 2004, p. 85, ambos en referencia al valor de la libertad de expresión en el régimen democrático; caso “Yatama c. Nicaragua”, sentencia del 23 de junio de 2005, párs. 193, 207 y 215, en referencia al carácter de “elemento esencial de la democracia representativa” de los derechos políticos, a la necesidad de promover y fomentar la participación democrática, y al fortalecimiento de los partidos y otras organizaciones políticas. También se menciona la Carta en el caso “Claude Reyes y otro c. Chile”, sentencia de 19 de septiembre de 2006, p. 79.

⁹⁰ Sobre la ardua ruta de consolidación del derecho al medio ambiente sano como un derecho humano, puede verse Mercedes Franco Del Pozo, *El derecho humano a un medio ambiente adecuado*, Instituto de Derechos Humanos-Universidad de Deusto, Bilbao, 2000; Jayme Benvenuto Lima Jr., “O Direito Humano ao meio ambiente”, en Maria Elena Rodriguez Ortiz (org.), *Justiça Social: uma questão de direito*, DP&A-Fase, Río de Janeiro, 2004, pp. 167-190.

⁹¹ Al respecto, puede verse, en materia de derechos económicos, sociales y culturales en general, Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, Cap. 3.

⁹² Ver, sobre el punto, Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 47-64; François Ewald, *L'Etat providence*, Grasset, París, 1985, y “A Concept of Social Law”, en Günther Teubner (ed.), *Dilemmas of law in the Welfare State*, Walter de Gruyter, Berlín, 1986, pp. 40-75.

⁹³ Por ello, los desarrollos que vinculan a los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en tratados de derechos humanos con los derechos medioambientales, aunque muy importantes conceptualmente, resultan aún poco útiles, al menos directamente, desde el punto de vista del litigio internacional. Ver, al respecto, las vinculaciones efectuadas entre derechos medioambientales y los derechos a la vivienda, alimentación, salud y agua por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en sus Observaciones Generales N°4 (“El derecho a una vivienda adecuada” (1991), en especial párs. 8 y 11), 12 (“El derecho a una alimentación adecuada”, (1999) especialmente párs. 7, 12, 13, 26 y 28), 14 (“El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, (2000) especialmente párs. 4, 11, 12, 15, 16, 27, 34, 36, 50 y 51), y 15 (“El derecho al agua” (2002), especialmente párs. 1, 4, 6, 7, 8, 10, 12, 14, 16, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 28, 29, 36, 37, 44 y 56).

mente, lo cierto es que los órganos del Sistema –la Comisión y la Corte Interamericanas– han sido bastante tímidos para aplicar directamente cláusulas que consagran derechos económicos, sociales y culturales incluidas en distintos instrumentos regionales de derechos humanos⁹⁴. Parte de las sugerencias aquí recogidas pretenden subrayar algunas de las formas oblicuas en las que el Sistema Interamericano ha procesado demandas relacionadas con la violación de derechos sociales. Con esto no pretendo decir que los derechos económicos, sociales y culturales no puedan ser conceptualizados como derechos exigibles⁹⁵, ni que, pese a que hasta ahora no haya avanzado mayormente en este rumbo, en el Sistema Interamericano no puedan llegar a plantearse directamente casos de violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales. Quiero decir, simplemente, que en el estado actual de la cuestión ante los órganos del Sistema, invocar únicamente derechos económicos, sociales y culturales para fundar el litigio puede ser razón de fracaso, de modo que es necesario suplementar esa invocación a través de otras estrategias que ya han demostrado mayor plausibilidad.

Veamos pues, con un detalle un poco mayor, en qué pueden consistir estas estrategias indirectas u oblicuas de litigio. Mis sugerencias –que no pretenden ser exhaustivas– van dirigidas en dos sentidos.

Por un lado, dentro de la lista de derechos humanos (y, en muchos de los casos que trataré, en especial en la lista de los denominados derechos civiles y políticos) existen derechos y principios adjetivos o instrumentales, aplicables a todo otro derecho o regulación estatal. Ejemplos

⁹⁴ Ver, al respecto, Julieta Rossi, “Mecanismos internacionales de protección de los derechos económicos, sociales y culturales”, en Víctor Abramovich, María José Añón y Christian Courtis, *Derechos sociales: instrucciones de uso*, Fontamara, México, 2003, pp. 355-368. Ciertamente, las posibilidades que ofrecen los instrumentos del Sistema son mucho mayores que las efectivamente concretadas por sus órganos hasta el momento. Para evaluar algunas de esas posibilidades, ver, además del texto citado, Christian Courtis, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” y Denise Hauser, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a partir de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre”, en Christian Courtis, Denise Hauser y Gabriela Rodríguez Huerta (comps.), *Protección internacional de los derechos humanos: nuevos desafíos*, Porrúa-ITAM, México, 2005, pp. 1-66 y 123-146, respectivamente.

⁹⁵ Para ello, el esfuerzo conceptual sobre el que es necesario abreviar es el del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que, sin embargo, aún no está habilitado para recibir quejas o peticiones individuales. Ver, en general, Observaciones Generales 3 (“La índole de las obligaciones de los Estados parte” (1990)) y 9 (“La aplicación interna del Pacto” (1998)), y todas las referidas al desarrollo concreto de los derechos a la vivienda, educación, alimentación, salud y agua.

de ellos son el derecho al debido proceso, el derecho a la tutela judicial efectiva, el principio de igualdad ante la ley, la prohibición de discriminación, el derecho a la información, etcétera. Aunque se haya vinculado tradicionalmente a estos derechos y principios al modelo de los derechos civiles y políticos (o derechos individuales, o derechos liberales, o derechos-autonomía), lo cierto es que se trata de reglas y principios de aplicación a todo el campo del derecho, incluidos los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Parte de la (tibia) evolución del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en la materia ha consistido en extender la aplicación de algunos de estos derechos y principios a derechos laborales y previsionales, de modo que se podría extender su aplicación a los derechos medioambientales.

Por otro lado, pueden encontrarse también casos de interconexión de los derechos económicos, sociales y culturales con derechos civiles y políticos cuya justiciabilidad no está puesta en duda. Esto significa que la invocación (o la interpretación contextual) de un derecho civil o político involucra la consideración de obligaciones que también surgirían de derechos económicos, sociales y culturales, incluidos los medioambientales.

Hay que recalcar que, aunque los instrumentos de derechos humanos que forman parte del Sistema son ya numerosos, el eje del litigio ante la Comisión y la Corte sigue siendo la Convención Americana sobre Derechos Humanos –más allá de que, a efectos interpretativos, los órganos del Sistema acudan con frecuencia a otros instrumentos regionales y universales.

También es útil recordar que los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos suelen inspirarse en sus pares del Sistema Europeo (su par, en realidad, ya que la Comisión Europea ya no existe), y en la formulación de estándares por parte de órganos del Sistema Universal de Derechos Humanos. De modo que, aunque parte de las sugerencias están basadas sobre decisiones ya adoptadas por los órganos del Sistema Interamericano, otra parte emplea criterios que provienen centralmente del Sistema Europeo, pero que –por el parecido estructural del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y por el hecho de que, a similitud de cláusulas aplicables, los órganos interamericanos consultan los precedentes de su par europeo– tienen alguna plausibilidad en nuestro sistema regional.

Como veremos, la Corte Interamericana también acude a otros tratados y normas internacionales como criterio interpretativo, de acuerdo con el contexto de los casos resueltos, de modo que ello puede permitir traer a colación normas internacionales ambientales en los casos en

los que, por las vías indirectas que sugiero en este trabajo, se discutan afectaciones al medio ambiente⁹⁶. Tal vez ésa sea la vía para requerir la aplicación de principios de interpretación propios del derecho ambiental, como el principio precautorio⁹⁷.

En materia ambiental, resultan de particular importancia no sólo las conductas de agentes estatales, sino fundamentalmente las de sujetos privados –como las empresas, cuya actividad es susceptible de poner en riesgo el medio ambiente. Es necesario recordar, sin embargo, que ante el Sistema Interamericano los únicos responsables son los Estados⁹⁸. Esto significa que, aún cuando la situación que se pretenda enjuiciar haya tenido origen en la conducta de sujetos particulares, para que el caso proceda internacionalmente es necesario imputar los resultados de esa conducta al Estado, sea por incumplimiento de obligaciones negativas –es decir, las de abstenerse de autorizar a sujetos privados a realizar conductas que atenten contra el medio ambiente–, sea por incumplimiento de obligaciones positivas –es decir, las de controlar la actividad de sujetos privados, denominadas en la tipología que han desarrollado autores como van Hoof y Eide *obligaciones de protección*⁹⁹.

⁹⁶ Para un panorama al respecto, puede verse Antonio A. Cançado Trindade (ed.), *Derechos Humanos, Desarrollo Sustentable y Medio Ambiente*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1995; José Juste Ruiz, *Derecho Internacional del Medio Ambiente*, McGraw Hill, Madrid, 1999.

⁹⁷ Ver, desde perspectivas diversas, Patricia Jiménez de Parga y Maseda, *El principio de prevención en el Derecho Internacional del Medio Ambiente*, Ecoiuris-La Ley, Madrid, 2001; Jorge Riechmann y Joel Tickner (eds.), *El principio de precaución en medio ambiente y salud pública: de las definiciones a la práctica*, Icaria, Barcelona, 2002. Ver también nuestros comentarios en Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 240-244.

⁹⁸ Ver, al respecto, mis comentarios en el capítulo 2, *supra*. Sobre la posición de sujetos privados particularmente poderosos, como las empresas transnacionales, frente al derecho internacional de los derechos humanos, ver Felipe Gómez Isa, “Las empresas transnacionales y sus obligaciones en materia de derechos humanos”, en Christian Courtis, Denise Hauser y Gabriela Rodríguez Huerta (comps.), *Protección internacional de los derechos humanos: nuevos desafíos*, Porrúa-ITAM, México, 2005, pp. 177-208.

⁹⁹ Ver, por ejemplo, Asbjørn Eide, “Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights”, en Asbjørn Eide, Catarina Krause y Allan Rosas (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook*, Martinus Nijhoff, Dordrecht-Boston-Londres, 1995, pp. 21-49; G. H. J. van Hoof, “The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights”, en Phillip Alston y Katarina Tomasevski (eds.), *The Right to Food*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1984, pp. 99-105. Ver también, Magdalena Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, Amberes, 2003, pp. 157-248; Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 27-37.

Cabe recordar, además –para que una demanda prospere–, la necesidad de cumplir con todos los requisitos formales y materiales de admisibilidad de una petición ante la Comisión Interamericana: el agotamiento de los recursos internos, la inexistencia de litispendencia internacional, la presentación de la petición en el término exigido, la existencia de víctimas o damnificados concretos e identificados –aunque el hecho agravie también a otras personas–, la existencia de un daño, y la imputación de ese daño a una acción u omisión estatal que importe la violación de uno o más derechos –y de las respectivas obligaciones estatales– consagrados por la Convención Americana¹⁰⁰. Al respecto, es importante recalcar la necesidad de evitar, al momento del planteo del caso ante la Comisión Interamericana, incurrir en la denominada “fórmula de la cuarta instancia”¹⁰¹ –es decir, evitar fundar el agravio *solamente* en la presunta aplicación incorrecta del derecho nacional por parte de los tribunales domésticos. Parte del desafío del litigante, en estos casos, es demostrar que las acciones u omisiones denunciadas constituyen propiamente violaciones a derechos y obligaciones del Estado establecidos en la Convención.

Paso entonces a las sugerencias concretas.

II. Los principios y derechos adjetivos o instrumentales y la tutela de derechos medioambientales

Como dije, la Convención Americana sobre Derechos Humanos incluye algunos derechos y principios adjetivos o instrumentales, aplicables a todo otro derecho o regulación estatal. Señalaré aquí algunos de

Para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ver Corte IDH, caso “Ximenes Lopes c. Brasil”, sentencia de 4 de julio de 2006, párs. 88-90, entre otros; Opinión Consultiva OC-18/03, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, de 17 de septiembre de 2003, párs. 133, 136, 137, 140, 146, 147, 151 y 152; caso “Pueblo Indígena de Sarayaku”, Medidas Provisionales, resolución de 17 de junio de 2005, párs. 8, 9, 11, 12 y 13, y punto resolutivo 1 b) y d), comentado *infra*.

¹⁰⁰ Ver, en general, Mónica Pinto, *La denuncia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993; Héctor Faúndez Ledesma, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 2ª ed., 1999, pp. 219-261.

¹⁰¹ Ver Diego Rodríguez-Pinzón, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en Claudia Martín, Diego Rodríguez-Pinzón y José A. Guevara B. (comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Fontamara, México, 2004, pp. 199-202.

los que –a mi juicio– ofrecen la oportunidad de ser invocados en relación con la afectación de derechos medioambientales.

II.1) *Debido proceso legal*

Una de las formas de tutelar indirectamente derechos medioambientales está relacionada con el empleo de las garantías del debido proceso como estándar para evaluar la forma de adopción por parte del poder público de medidas que puedan afectar directa o indirectamente al medio ambiente. El foco de esta estrategia es la impugnación de medidas gubernamentales –como las que autorizan la realización de obras públicas, la tala o desmonte de bosques, la autorización a particulares para efectuar actividades que puedan afectar o poner en riesgo el medio ambiente, la circulación de productos tóxicos o riesgosos, la concesión de permisos para contaminar, etcétera– que hayan sido adoptadas sin cumplir con los requisitos legalmente establecidos. Esto incluiría la negación, restricción o afectación del derecho a ser oído antes de la toma de decisiones susceptibles de producir daños al medio ambiente, del derecho de revisión judicial de las decisiones administrativas sobre estas materias, del derecho a presentar prueba sobre el carácter perjudicial de una medida sobre el medio ambiente, del derecho a requerir información previa sobre el carácter inocuo de un bien o servicio o de la obra cuya circulación o realización vayan a ser autorizadas, del derecho a solicitar la suspensión de la medida hasta tanto no se hayan cumplido los requisitos legales –por ejemplo, el informe o evaluación de impacto ambiental previo a la adopción de la medida en cuestión–, etcétera.

El artículo 8.1 de la Convención Americana establece:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

La expresión “de cualquier otro carácter” incluye, claro está, también los derechos y obligaciones medioambientales. La evolución de la interpretación del artículo 8 de la Convención por parte de la Corte Interamericana favorece esta estrategia: la Corte ha ampliado esta interpretación a cuestiones no penales (a tenor del artículo 8.1), y ha extendido aún su aplicación a procedimientos administrativos y a otros procedimientos que puedan afectar derechos. El tribunal ha dicho:

Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos¹⁰².

Así, la Corte –en consonancia con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos– ha aplicado la cláusula del artículo 8.1 a procedimientos judiciales de carácter constitucional¹⁰³, civil¹⁰⁴, laboral¹⁰⁵ y sobre nacionalidad y ciudadanía¹⁰⁶ y a procedimientos administrativos de diversa índole¹⁰⁷.

Establecido que el artículo 8.1 es de aplicación a procedimientos judiciales y administrativos en los que se discutan controversias sobre derechos de todo tipo, resta determinar el alcance de las garantías de las que habla la disposición¹⁰⁸. Al menos los siguientes aspectos de esas garantías están mencionados expresamente: la garantía de audiencia (derecho a ser oído), la imparcialidad, independencia, y la competencia del juzgador, el establecimiento legal de esa autoridad judicial con carácter previo al hecho bajo examen (la llamada garantía del “juez natural”), y la emisión de una decisión que ponga fin a la controversia en un plazo razonable.

¹⁰² Corte IDH, caso del “Tribunal Constitucional c. Perú” (Aguirre Roca, Rey Tierra y Revredo Marsano c. Perú), sentencia de 31 de enero de 2001, pár. 69, con cita de la Opinión Consultiva OC-9/87, “Garantías judiciales en Estados de Emergencia” (arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos), del 6 de octubre de 1987.

¹⁰³ Corte IDH, caso del “Tribunal Constitucional”, párs. 67-85.

¹⁰⁴ Corte IDH, caso “Cantos c. Argentina”, sentencia de 28 de noviembre de 2002, párs 50-56.

¹⁰⁵ Corte IDH, casos “Baena Ricardo y otros (270 trabajadores) c. Panamá”, sentencia de 2 de febrero de 2001, párs. 135-142, y “Acevedo Jaramillo y otros c. Perú”, sentencia de 7 de febrero de 2006, párs. 213-281.

¹⁰⁶ Corte IDH, caso “Ivcher Bronstein c. Perú”, sentencia de 6 de febrero de 2001, párs. 112-116.

¹⁰⁷ Corte IDH, caso “Ivcher Bronstein”, párs. 101-110 (procedimiento ante autoridad migratoria administrativa), caso “Baena”, párs. 122-134 (procedimiento administrativo de exoneración de trabajadores del sector público); caso “Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay”, sentencia de 17 de junio de 2005, párs. 70-73 (procedimiento administrativo para la concesión de personería jurídica a la comunidad indígena) y párs. 74-98 (procedimiento administrativo para la titularización de tierras); caso “Yatama”, 145-164 (procedimiento electoral ante autoridad administrativa).

¹⁰⁸ Ver Cecilia Medina Quiroga, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Universidad de Chile-Centro de Derechos Humanos, Santiago, 2005, pp. 266-319.

Falta, sin embargo, asignar sentido a la expresión “debidas garantías”, empleada por la norma comentada. En este sentido, la Corte Interamericana ha señalado que la expresión debe entenderse en relación con las garantías especificadas en el artículo 8.2, que serían –por ende– aplicables, en la medida correspondiente, a los procedimientos administrativos y judiciales de carácter no penal¹⁰⁹. Entre las “debidas garantías” se encuentran el principio de contradicción, el principio de “igualdad de armas” en el proceso, el derecho a ser representado por un abogado, el derecho a presentar y desarrollar pruebas de cargo y de descargo, el derecho a un fallo motivado, y el derecho al cumplimiento del fallo¹¹⁰.

En síntesis, para litigar casos ambientales sobre esta base, es necesario concretar claramente el tipo de violación procesal denunciada en referencia a la adopción por parte del Estado de medidas de carácter ambiental, o en relación con la manera en que se han dirimido administrativa o judicialmente controversias ambientales.

II.2) *Tutela judicial efectiva*

Otra de las posibles vías de tutela de derechos ambientales en el Sistema Interamericano es la invocación de violaciones al derecho a la protección judicial consagrado en el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El artículo 25 establece

Artículo 25. Protección Judicial

1. *Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.*

2. *Los Estados Partes se comprometen:*

a) *a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;*

¹⁰⁹ Corte IDH, caso “Ivcher Bronstein”, p. 103; caso del “Tribunal Constitucional”, p. 70, caso “Baena”, p. 125. Ver al respecto las consideraciones críticas de Cecilia Medina Quiroga, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Universidad de Chile-Centro de Derechos Humanos, Santiago, 2005, pp. 283-293.

¹¹⁰ Ver Cecilia Medina Quiroga, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Universidad de Chile-Centro de Derechos Humanos, Santiago, 2005, pp. 303-319; Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 185-193.

- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

A efectos del litigio ambiental, es importante recalcar que las obligaciones que la disposición impone al Estado no se limitan a la protección de los derechos establecidos en la Convención Americana, sino a otros derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en la ley¹¹¹. Esto significa que, de reconocer la Constitución o la ley derechos ambientales, la ausencia de tutela judicial efectiva –la ausencia de un recurso sencillo y rápido o, en su defecto, de otro recurso efectivo ante la violación de esos derechos– constituye una violación de la Convención. El litigante debe, por ende, alegar y demostrar que no existió tutela judicial efectiva por parte de los tribunales domésticos ante la violación de derechos fundamentales de carácter medioambiental.

La Corte Interamericana también ha avanzado en la consideración del alcance del derecho a la protección judicial: gran parte de los casos decididos, sobre una amplia variedad de derechos incluidos en la Convención, han incluido también determinaciones de violación al derecho a la protección judicial¹¹². Esto no debe extrañar, ya que, dado que el agotamiento de los recursos internos es una condición para la admisibilidad de los casos en el sistema, si la Corte considera que se han agotado los recursos internos, y que hubo violación a un derecho de la Convención, esto conlleva casi necesariamente el juicio de que no existieron “recursos sencillos y rápidos” o “recursos efectivos” en la jurisdicción doméstica, o que –de existir– los recursos no fueron efectivos¹¹³.

¹¹¹ Ver Corte IDH, caso del “Tribunal Constitucional”, pág. 89; caso de la “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua”, sentencia de 31 de agosto de 2001, pág. 111; caso “Cantos”, pág. 52; caso “Yatama”, pág. 167; caso “Acevedo Jaramillo y otros c. Perú”, págs. 214 y 225, y Opinión Consultiva OC-9/87, “Garantías Judiciales en Estados de Emergencia”, pág. 23.

¹¹² Ver el análisis y las consideraciones críticas de Cecilia Medina Quiroga, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Universidad de Chile-Centro de Derechos Humanos, Santiago, 2005, pp. 358-383. Como advierte correctamente la autora chilena, la Corte no ha establecido una línea de demarcación clara entre la aplicación del artículo 8 y la aplicación del artículo 25 de la Convención.

¹¹³ Como dije en la nota anterior, la Corte no siempre ha sido coherente con esta idea. Ver, por ejemplo, Cecilia Medina Quiroga, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Universidad de Chile-Centro de Derechos Humanos, Santiago, 2005, pp. 361-362.

Dado que, como ya he dicho, los derechos ambientales no están reconocidos como tales en la Convención Americana, existe una cuestión que requiere argumentación cuidadosa por parte de quien pretende emplear esta estrategia. Para que sea viable la alegación de la violación del derecho a la protección judicial, debe acreditarse la violación de un *derecho fundamental establecido en la Constitución o en la ley*: el derecho a la tutela judicial se viola cuando no existe recurso rápido y sencillo u otro recurso efectivo contra la violación de *otro* derecho fundamental –es decir, cuando no ha habido tutela judicial efectiva ante la violación de normas de derechos fundamentales *establecidas por el propio derecho interno*. Esto lleva a preguntarse sobre el alcance de la expresión “derecho fundamental establecido en la Constitución o en la ley”. La carga de la demostración la tiene el demandante: es necesario probar que el derecho doméstico establece –en la Constitución o en la ley– un derecho fundamental al medio ambiente sano, y que ese derecho fundamental no recibió tutela judicial efectiva. El tema merece varios comentarios.

El primero es que el litigante debe demostrar la existencia de estos derechos en el derecho interno. No ha sido, sin embargo, extraño en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, el análisis de normas constitucionales y legales domésticas¹¹⁴, de modo que también allí hay buenos indicios acerca de cómo proceder.

¹¹⁴ Es necesario distinguir aquí entre casos en los que la Corte analiza una norma local porque se la impugna por ser contraria a la Convención, de aquellos casos en los que el tribunal invoca disposiciones domésticas para demostrar que, pese a que en el derecho interno existían normas adecuadas, éstas no fueron aplicadas, o resultaron inefectivas. Para esto último, ver, por ejemplo –entre muchísimos otros–, Corte IDH, caso del “Tribunal Constitucional”, párs. 76, 79 y 91 (donde se invoca la Constitución del Perú y la ley de habeas corpus y amparo); caso “Awas Tingni”, párs 116, 117, 118, 119, 120, 121, 150 y 153 (donde se invoca la Constitución Política de Nicaragua, el Estatuto de la Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua, un decreto que establece la autoridad para demarcar el territorio de las comunidades indígenas de la Costa Atlántica y la ley de reforma agraria); caso “Tibi c. Ecuador”, sentencia de 7 de septiembre de 2004, párs. 132 y 133 (donde se invoca la Constitución Política del Ecuador y las garantías establecidas por el Código de Procedimientos Penal); caso “Yakye Axa”, párs. 70, 74, 75, 79, 111, 112 y 138 (donde se invoca la Constitución Política del Paraguay y las normas legales que regulan el registro de las comunidades indígenas y la titularización de sus tierras); caso “Yatama”, sentencia de 23 de junio de 2005, párs. 161, 202 y 203 (donde se invocan las garantías de la ley electoral y el Estatuto de Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua); “caso de las niñas Yean y Bosico c. República Dominicana”, sentencia de 8 de septiembre de 2005, párs. 148 y 149 (donde se invoca la Constitución y el Código Civil de República Dominicana); caso “Ximenes Lopes c. Brasil”, sentencia de 4 de julio de 2006, párs. 91, 92, 93 y 142 (donde se cita la Constitución brasileña y la ley del Sistema Unico de Salud).

El segundo es que, si el sistema constitucional vigente en materia de incorporación de tratados internacionales es de inspiración monista –como sucede en casi todos los países de América Latina–, los tratados también forman parte del derecho doméstico, y por ende también los derechos incluidos en esos tratados pueden ser considerados derechos fundamentales a efectos del artículo 25 de la Convención Americana –aún cuando no prevean un mecanismo internacional de presentación de peticiones individuales o colectivas. Esto significa que los litigantes ambientalistas pueden invocar tratados internacionales ratificados por el país contra el que se dirige la petición, en los que se reconozcan derechos fundamentales de carácter ambiental. Tampoco ha sido ajena a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la consideración de la existencia de otros tratados ratificados por el país demandado para la interpretación de sus obligaciones emanadas de la Convención Americana¹¹⁵.

El tercero es que la Corte también ha dado algunos indicios de consideración amplia de otros derechos, no especificados o detallados en la Convención y sin embargo tutelados a través del artículo 25. Por ejemplo, en el caso “Ivcher Bronstein”, la Corte consideró, dentro de los derechos afectados a la víctima y no tutelados judicialmente en sede interna, sus derechos como accionista de una empresa de televisión¹¹⁶. En el caso “Baena”, la Corte consideró dentro de los derechos insuficientemente tutelados en sede interna, el derecho a no ser despedido injustamente¹¹⁷. En el caso del “Tribunal Constitucional”, las víctimas fueron objeto de la falta de tutela judicial de su derecho a la estabilidad en cuanto magistrados¹¹⁸. En el caso de los “Cinco Pensionistas”, la Corte consideró la violación del derecho a la protección judicial de los derechos de carácter previsional de las víctimas¹¹⁹.

¹¹⁵ Ver, entre otros, Corte IDH, caso “Baena”, párr. 159 (donde se invoca el Protocolo de San Salvador); caso “Yakye Axa”, párrs. 95, 96, 127, 130, 136, 150, 151 y 163 (donde se invoca el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y el Protocolo de San Salvador); “caso de las niñas Yean y Bosico”, párr. 143 (donde se invoca la Convención para Reducir los Casos de Apatridia), caso “Ximenes Lopes”, párr. 110 (donde se invoca la Convención Interamericana para Eliminar Toda Forma de Discriminación contra las Personas con Discapacidad) y otros mencionados en los apartados III.4 y IV de este trabajo.

¹¹⁶ Corte IDH, caso “Ivcher Bronstein”, párr. 138.

¹¹⁷ Corte IDH, caso “Baena”, párrs. 140, 141.

¹¹⁸ Corte IDH, caso del “Tribunal Constitucional”, párrs. 72-75.

¹¹⁹ Corte IDH, caso “Cinco Pensionistas c. Perú”, sentencia de 28 de febrero de 2003, párrs. 133-138.

II.3) *El derecho de acceso a la información*

Otra de las posibles estrategias de litigio en materia ambiental involucraría la alegación de violaciones al derecho de acceso a la información, o a obligaciones estatales de producción de información¹²⁰. El tema es especialmente relevante en materia ambiental, ya que, entre otras cuestiones, se ha generalizado en la región el requisito de un informe o evaluación de impacto ambiental (en algunos casos, socio-ambiental) previo a la realización de obras o a la autorización de actividades o explotaciones que puedan poner en riesgo el medio ambiente –de modo que podría alegarse violación al derecho de acceso a la información cuando el gobierno incumpla con el mandato de requerir un informe o evaluación de impacto ambiental previo, o cuando, habiéndolo requerido, se niegue a hacerlo público. Pero no se agota allí: incluiría también el acceso a información ambiental en poder del gobierno. Una variante de esta estrategia estaría dada por aquellos casos en los que se requiere, como componente necesario de un derecho –típicamente, los derechos a la vida, a la integridad física o a la protección de la vida íntima y familiar– la provisión de información o el aviso previo del Estado, como medida positiva necesaria para prevenir la afectación de ese bien, en caso de que el Estado cuente con esa información.

Si bien el derecho de acceso a la información (en especial de acceso a la información pública) no aparece literalmente en el texto de la Convención (el artículo 13.1, bajo la rúbrica “Libertad de Pensamiento y de Expresión”, se refiere a la libertad de toda persona “de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”), la Corte Interamericana había generado indicios sobre su posible derivación del artículo 13.1.

Así, ha interpretado tempranamente “que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”, y que ese derecho “implica (...) un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”¹²¹. La Corte

¹²⁰ Ver, sobre acceso a la información y derechos sociales en general, con referencias particulares a la temática ambiental, Víctor Abramovich y Christian Courtis, “Acceso a la información y derechos sociales”, en Víctor Abramovich, María José Añón y Christian Courtis, *Derechos sociales: instrucciones de uso*, Fontamara, México, 2003, pp. 321-340.

¹²¹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, “La Colegiación Obligatoria de Periodistas” (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), del 13 de noviembre de 1985, párr. 30; caso “Herrera Ulloa”, párr. 108; caso “Canese”, párr. 77.

afirma que "(e)n su dimensión social la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia"¹²². Y también que "(l)a libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre"¹²³.

Otro indicio al respecto surgía del peso que la Corte Interamericana asigna al derecho de crítica a los funcionarios públicos y al debate sobre asuntos de interés público como componentes fundamentales de la democracia. Así, en el caso "Herrera Ulloa", la Corte, a partir de la cita de precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, señala que "es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático"¹²⁴, y que "(e)l control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público"¹²⁵.

A partir de estos precedentes, no resultaba aventurado plantear que el acceso a la información pública constituye un componente necesario del derecho a buscar y recibir información, en la medida en que a) la

¹²² Corte IDH, OC-5, pág. 32; caso "Herrera Ulloa", pág. 110; caso "Canese", pág. 79.

¹²³ Corte IDH, OC-5, pág. 70; caso "Herrera Ulloa", pág. 112; caso "Canese", pág. 82.

¹²⁴ Corte IDH, caso "Herrera Ulloa", pág. 128, y págs. 125, 126, 127 y 129; caso "Canese", págs. 98 y 103.

¹²⁵ Corte IDH, caso "Herrera Ulloa", pág. 127; caso "Canese", pág. 97.

información pública está comprendida en las expresiones “información... de toda índole” e “información de la que disponen otros”; b) la información pública es un requisito indispensable de la crítica al gobierno, del control democrático a través de la opinión pública, de la transparencia de la actividades estatales, y de la posibilidad de responsabilizar a los funcionarios públicos sobre su gestión pública.

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en respaldo a su Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, ha adoptado una Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, en cuyo principio 4 se establece que

El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas.

La Carta Democrática Interamericana, a la que, como ya he dicho, la Corte apeló en algunos casos para interpretar la Convención Americana, establece en su artículo 4 –justamente el citado por la Corte en los casos “Herrera Ulloa” y “Canese”– que

Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa.

Todos estos antecedentes fueron efectivamente confirmados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una reciente sentencia en la que se sostiene expresamente la interpretación que consagra el derecho de acceso a la información pública –y la correlativa obligación estatal de entregarla– a partir del derecho de buscar y recibir información establecido en el art. 13.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y que se refiere justamente a un proyecto sobre el medio ambiente. En el caso “Claude Reyes”¹²⁶ la Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el reclamo de un particular que había solicitado al Estado información sobre un contrato de inversión extranjera dirigido a la construcción de un proyecto de industrialización forestal (el denominado “Proyecto Río Cóndor”), con previsiones de “gran impacto ambiental”. El Estado, amparándose en su práctica habitual en mate-

¹²⁶ Corte IDH, caso “Claude Reyes y otros c. Chile”, sentencia de 19 de septiembre de 2006.

ria de inversiones extranjeras, negó al particular la información requerida relativa a los antecedentes financieros de las empresas involucradas en el contrato. La Corte analiza si la información solicitada era de interés público, y llega al respecto a una conclusión positiva¹²⁷. A continuación, y en términos similares a los señalados precedentemente, el tribunal analiza el derecho a acceder a información pública (y la obligación estatal de entregarla) a partir de la dimensión colectiva del derecho a buscar y recibir información establecido en el art. 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En efecto,

“la Corte estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea”¹²⁸.

La Corte recalca en el caso las conexiones existentes entre el acceso a la información pública y el funcionamiento de las instituciones democráticas, la participación ciudadana, la lucha contra la corrupción y la gestión sostenible del medio ambiente¹²⁹. El tribunal afirma

¹²⁷ Corte IDH, caso “Claude Reyes”, cit., pág. 73.

¹²⁸ Corte IDH, caso “Claude Reyes”, cit., pág. 77.

¹²⁹ Corte IDH, caso “Claude Reyes”, cit., págs. 78-81 y 84-87. En referencia al medio ambiente, la Corte cita la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, y la Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, adoptada en 1998 en el marco de la Conferencia Ministerial “Medio Ambiente para Europa”, celebrada en Aarhus, Dinamarca (cfr. pág. 81).

que el derecho de acceso a la información no es absoluto, sino que está sometido a las mismas restricciones de la libertad de expresión¹³⁰. Sin embargo, como hemos recordado, de acuerdo con la jurisprudencia de la propia Corte, las condiciones requeridas para hacer permisibles las limitaciones a la libertad de expresión (ley previa; objetivo permitido por la Convención; necesidad de la limitación en una sociedad democrática, “que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo”) son de interpretación estricta, de modo que la carga de demostrar la imperiosa necesidad de la restricción y el cumplimiento de los demás requisitos le corresponde al Estado¹³¹.

En el caso, la Corte señala que la restricción al ejercicio del derecho de acceso a la información pública no estaba basada sobre una ley¹³², y que el Estado no probó la necesidad imperiosa de la restricción¹³³, y por ende considera que la falta de entrega de la información solicitada constituye una violación al derecho invocado¹³⁴.

Si bien la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del artículo del Convenio Europeo de Derechos Humanos (el artículo 10¹³⁵), equivalente al 13.1 de la Convención Americana, es más restrictiva –su doctrina vigente sostiene que esa disposición no confiere a los individuos un derecho a acceder a información, ni establece para el Estado una obligación de entregarla¹³⁶–, ese tribunal ha llegado, por otras vías, a soluciones similares. Así, el Tribunal Europeo tiene dicho que –independen-

¹³⁰ Corte IDH, caso “Claude Reyes”, cit., párs. 88-93.

¹³¹ Corte IDH, caso “Claude Reyes”, cit., pág. 93.

¹³² Corte IDH, caso “Claude Reyes”, cit., pág. 94.

¹³³ Corte IDH, caso “Claude Reyes”, cit., pág. 95-97.

¹³⁴ Corte IDH, caso “Claude Reyes”, cit., párs. 98-99 y 101-103.

¹³⁵ Que establece lo siguiente: “Libertad de expresión. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión, a un régimen de autorización previa; 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

¹³⁶ Ver Tribunal EDH, caso “Leander c. Suecia”, sentencia del 26/03/1987, pág. 75; caso “Guerra y otros c. Italia”, sentencia del 19/02/1998, pág. 53.

dientemente de la alegación del artículo 10– la protección de los bienes jurídicos tutelados por el Convenio Europeo puede requerir, en caso de riesgo, la adopción de medidas positivas por parte del Estado, entre las que se incluye la provisión de información a los potenciales damnificados. En otros casos, ha dicho que, como componente de distintos derechos establecidos en el Convenio Europeo, el Estado tiene la obligación de permitir a particulares el acceso a la información en su poder¹³⁷.

Lo interesante para el tema que nos ocupa es que muchos de estos casos están relacionados con problemas ambientales: el caso “Guerra” trataba sobre la exposición de la población de la ciudad de Manfredonia a gases tóxicos emanados de una fábrica cuyo funcionamiento fue autorizado por el gobierno, que poseía además información sobre el riesgo generado por la fábrica. El Tribunal Europeo condenó a Italia por no haber dado aviso a la población de los riesgos a los que estaba sometida. En los casos “L.C.B.”, “McGingley y Egan” y “Roche”, se trataba del alcance de las obligaciones estatales de dar aviso a quien hubiera estado expuesto a radiaciones nucleares (“L.C.B.”) o de permitir el acceso a información en manos del gobierno a quienes hubieran estado expuestos a esas radiaciones (“McGingley y Egan”) o a pruebas de armas químicas (“Roche”).

En sentido convergente con la estrategia de acceso a la información (y, en alguna medida, con una concepción amplia de la noción de debi-

¹³⁷ Ver Tribunal EDH, caso “Gaskin c. Reino Unido”, sentencia del 07/07/1989, párs. 38, 42 y 49, en relación con la obligación de permitir el acceso a la información en manos del Estado como componente del derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8 del Convenio Europeo); caso “Guerra y otros c. Italia”, sentencia del 19/02/1998, párs. 58 y 60, en relación con la obligación estatal de provisión de información como componente del derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8 del Convenio Europeo); caso “L.C.B. c. Reino Unido”, sentencia del 09/06/1998, párs. 36 y 38, en relación con la obligación estatal de provisión de información como componente del derecho a la vida (art. 2 del Convenio Europeo); caso “McGingley y Egan c. Reino Unido”, sentencia del 09/06/1998, pág. 86, en relación con la obligación de permitir el acceso a información en manos del Estado como componente de las garantías del debido proceso (art. 6.1 del Convenio Europeo), y párs. 97 y 98, en relación con la obligación de permitir el acceso a información en manos del Estado como componente del derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8 del Convenio Europeo); caso “Tinnelly & Sons Ltd. y otros y McElduff y otros c. Reino Unido”, sentencia del 10/07/1998, párs. 72-79, especialmente párs. 73, 74, 75, 77 y 78, en relación con la obligación de permitir el acceso a información en manos del Estado como componente de las garantías del debido proceso (art. 6.1 del Convenio Europeo); caso “Roche c. Reino Unido”, sentencia del 19/10/2005, párs. 157-169, en especial párs. 162 y 167, en relación con la obligación de permitir el acceso a información en manos del Estado como componente del derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8 del Convenio Europeo).

do proceso), podría plantearse que, en algunos casos, la falta de consulta (al menos, a poblaciones indígenas) sobre medidas que puedan afectar el medio ambiente constituye una violación a la Convención Americana. En esta línea de ideas, la Corte ha sugerido que el respeto de los derechos políticos (reconocidos en el art. 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos) de algunos colectivos (en especial, de las comunidades y pueblos indígenas) debe tener en cuenta la particularidad de su organización política y sus valores¹³⁸; en otros casos, ha acudido al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo para interpretar el alcance de los derechos establecidos en la Convención Americana al serles aplicados a una comunidad o pueblo indígena¹³⁹. Uno de los derechos –de indudable raigambre política– incluidos en ese convenio es el de consulta previa a los pueblos interesados “mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” (Convenio 169 de la OIT, artículo 6.1.a). La consultas previas “deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas” (Convenio 169, art. 6.2). Parece que el requisito mínimo para que una consulta previa se efectúe de “buena fe” y de “manera apropiada a las circunstancias”, es la provisión por parte de las autoridades gubernamentales de información suficiente acerca de “las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”¹⁴⁰.

¹³⁸ Ver, al respecto, Corte IDH, caso “Yatama”, párs. 202 y 218.

¹³⁹ Ver Corte IDH, caso “Yakye Axa”, párs. 95 y 96, en relación con los derechos al debido proceso y a la protección judicial cuando se trata de demandas de titularización de tierras formuladas por pueblos indígenas, y 127, 130, 136, 150 y 151, en relación con el derecho de propiedad.

¹⁴⁰ Algunos tribunales nacionales han considerado la violación del derecho de consulta a los pueblos y comunidades indígenas ante la concesión de permisos de explotación del medio ambiente que afectaban sus tierras históricas o ancestrales. Ver, al respecto, Corte Constitucional colombiana, Sentencia SU-39 de 1997, de 3 de febrero de 1997, y nuestros comentarios en pp. Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 239-240. Un panorama general de la jurisprudencia constitucional colombiana referido al tema, que incluye comentarios sobre la sentencia citada, puede verse en Camilo Borrero García, *Multiculturalismo y derechos indígenas*, CINEP-GTZ, Bogotá, 2003, pp. 103-143 (para la sentencia SU-39 de 1997, ver pp. 122-133). Para el caso argentino, ver Corte Suprema argentina, “Comunidad Indígena Hoktek T’Oi Pueblo Wichi c. Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable s/amparo”, sentencia de 08/09/2003.

II.4) *Igualdad ante la ley y prohibición de discriminación*

Otra de las posibles formas de tutela de derechos ambientales de acuerdo con la Convención es la alegación de violaciones a la igualdad ante la ley. La prohibición de discriminación, establecida por el artículo 1.1 de la Convención, se refiere a los “derechos y libertades reconocidos por ella”¹⁴¹, de modo que sería necesario para invocarla la identificación de uno o varios derechos establecidos por la Convención –ello puede hacerse, como veremos, identificando formas de interconexión entre derechos de la Convención y derechos medioambientales. Sin embargo, el artículo 24 de la Convención, que establece el principio de igualdad ante la ley, no se refiere exclusivamente a los derechos protegidos por la Convención, sino que es aplicable a toda ley. El artículo establece que

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Esto hace plenamente aplicable a las normas domésticas que regulan derechos ambientales la prohibición de discriminación, que no es más que un caso de violación agravada del principio de igualdad. La Corte había sentado las bases de su interpretación del artículo 24 en su Opinión Consultiva OC-4/84¹⁴², aunque de hecho no ha desarrollado una jurisprudencia extensa sobre el tema. En los últimos años, sin embargo ha avanzado un poco más en la cuestión¹⁴³.

La doctrina de la Corte al respecto aparece expresada en los siguientes párrafos:

La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate

¹⁴¹ De todos modos, la Corte ha ampliado también el marco de aplicación de la prohibición de discriminación, considerándola una norma de *jus cogens*. Ver Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, párs. 97-101.

¹⁴² Corte IDH, Opinión Consultiva OC-4/84, “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, del 19 de enero de 1984.

¹⁴³ Ver, por ejemplo, Corte IDH, caso “Yatama”, pár. 185; “caso de las niñas Yean y Bosico”, párs. 140-141, 155, 166-168, 171 y 191; Opinión Consultiva OC-17/02, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, de 28 de agosto de 2002, párr. 44-49 y 55; Opinión Consultiva OC-18/03, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, párs. 82-110.

con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza. (...)

Sin embargo, por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Ya la Corte Europea de Derechos Humanos basándose "en los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos" definió que sólo es discriminatoria una distinción cuando "carece de justificación objetiva y razonable" [Eur. Court H.R., Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" (merits), judgment of 23rd July 1968, pág. 34]. Existen, en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles. Mal podría, por ejemplo, verse una discriminación por razón de edad o condición social en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio. (...)

No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana. (...)

Si bien no puede desconocerse que las circunstancias de hecho pueden hacer más o menos difícil apreciar si se está o no en presencia de una situación como la descrita en el párrafo anterior, es también cierto que, partiendo de la base de la esencial unidad de la dignidad del ser humano, es posible apreciar circunstancias en que los imperativos del bien común puedan justificar un mayor o menor grado de distinciones que no se aparten de las consideraciones precedentes. Se trata de valores que adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que están llamados a materializarse y que dejan

*un cierto margen de apreciación para la expresión que deben asumir en cada caso*¹⁴⁴.

Algunos precedentes del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas –órgano de supervisión del cumplimiento del Pacto de Derechos Civiles y Políticos– ofrecen también alguna guía, ya que han aplicado el art. 26 de ese tratado a normas que regulan derechos no contemplados en él¹⁴⁵.

¿En qué sentido podría emplearse el principio de igualdad y la prohibición de discriminación para proteger derechos ambientales? En mi opinión, la noción que es necesario desarrollar al respecto es la de *desigual distribución de sacrificios ambientales*. Es decir, la imposición, por vía de la creación de normas legales u autorizaciones administrativas, de una imposición desigualitaria de perjuicios en materia ambiental. Aunque no se la presente de este modo, creo que éste es el razonamiento que subyace a una de las decisiones clave del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia, “López Ostra c. España”, que analizaré *infra*. En ese caso, referido al perjuicio sufrido por una familia cuyo hogar se ubicaba en las proximidades de una planta de tratamiento de residuos tóxicos construida con la autorización del Estado, el Tribunal Europeo afirma lo siguiente:

*(A) pesar del margen de discrecionalidad que tiene a su favor el Estado demandado, la Corte considera que el Estado no ha logrado un equilibrio justo entre el interés del bienestar económico de la localidad –es decir, el de tener una planta de tratamiento de residuos– y el efectivo goce del derecho al respeto del domicilio y la vida privada y familiar de la peticionaria*¹⁴⁶.

Es decir, aunque la comunidad como un todo se vea beneficiada por la realización o el funcionamiento de una determinada obra, la peticionante ha sufrido un sacrificio individual exagerado en relación con ese beneficio,

¹⁴⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-4/84, “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, párs. 55-58.

¹⁴⁵ El artículo 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, semejante al art. 24 de la Convención Americana, dispone: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación alguna a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. A partir de esa norma, el Comité de Derechos Humanos ha considerado, por ejemplo, que los regímenes de seguridad social que establecen un trato distinto a la mujer casada violan el principio de igualdad establecido por el artículo 26. Ver Comité de Derechos Humanos, “Zwaan de Vries c. Países Bajos”, Comunicación N°182/1984 y “Broeks c. Países Bajos”, Comunicación N°172/1984.

¹⁴⁶ Tribunal EDH, caso “López Ostra c. España”, sentencia de 09/12/1994, pág. 58.

y por ello merece particular consideración. Sobre esa base, por ejemplo, puede enjuiciarse el sacrificio al que se somete a determinadas personas o grupos sociales cuando el Estado disponga la realización de obras con impacto ambiental –como la construcción de una presa, o la instalación de un basurero tóxico, etcétera. El razonamiento puede aplicarse, con mucha mayor justificación, cuando la comunidad no reciba ningún beneficio, sino sólo perjuicios –como en el caso de la contaminación ilegal, la destrucción de la biodiversidad, la depredación de recursos no renovables, etcétera. El argumento será más pertinente aún cuando pueda probarse que el grupo social perjudicado por esas medidas comparte rasgos tales como la pertenencia a una minoría étnica, cultural o lingüística, o la pobreza¹⁴⁷. En esos casos, sería posible alegar la existencia de discriminación por motivos de raza, idioma, origen nacional o social, posición económica u otra condición social (cfr. art. 1.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos)¹⁴⁸.

Es necesario recalcar aquí, como lo hice al principio de este trabajo, que cuando la actividad que afecte el medio ambiente provenga de particulares, la carga del litigante es la de demostrar que esa actividad fue autorizada, tolerada o indebidamente fiscalizada por el Estado: para calificar jurídicamente esa situación en términos del principio de igualdad y la prohibición de discriminación, debe alegarse que el Estado ha permitido o tolerado el beneficio excesivo de algunos sujetos privados a expensas de otros –es decir, no ha otorgado la “igual protección de la ley”.

III. La interconexión de derechos civiles y políticos justiciables y los derechos medioambientales

En segundo término, como he dicho, pueden encontrarse también casos en los que la protección de derechos medioambientales surja de su íntima vinculación o interconexión con derechos civiles y políticos cuya justiciabilidad no está puesta en duda. La Corte Interamericana ha

¹⁴⁷ Para un panorama del empleo del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación para la tutela de derechos sociales ante tribunales nacionales, puede verse Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 169-179.

¹⁴⁸ Sobre el sacrificio desigual sufrido por los pueblos y comunidades indígenas a raíz de la financiación de proyectos de desarrollo por el Banco Mundial, ver S. James Anaya, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Trotta-Universidad Internacional de Andalucía, Madrid, 2005, pp. 118-119.

avanzado en esta materia, señalando la conexión íntima de algunos derechos civiles y políticos con derechos económicos, sociales y culturales –de modo que, en muchos casos, ofrece interesantes oportunidades de extender esta conexión a derechos medioambientales para asegurar así su tutela¹⁴⁹. Señalaré algunos ejemplos al respecto:

III. 1) *El derecho a la propiedad de los pueblos y comunidades indígenas*

Un tema de central relevancia para la defensa de derechos ambientales en América Latina está vinculado con el derecho a la tierra de los pueblos indígenas. La relación cultural de los pueblos y comunidades indígenas con la tierra suele involucrar una cosmovisión integral, que incluye la consideración espiritual o sacra de su tierra ancestral o histórica y de los elementos de la naturaleza, y el mantenimiento de modos de subsistencia a través de medios tradicionales de cultivo, caza y pesca. Huelga resaltar el particular peso que tiene para la supervivencia de estos pueblos la preservación del medio ambiente y de la biodiversidad¹⁵⁰. De modo que, en caso de que las medidas adoptadas por el Estado, o la actividad de particulares permitida o tolerada por el Estado que afecten el medio ambiente, afecten también la tierra histórica o ancestral de pueblos y comunidades indígenas, la demanda ante la Comisión Interamericana puede plantearse en términos de afectación del derecho de propiedad del pueblo o comunidad indígena¹⁵¹.

En este sentido, en la que tal vez haya sido su evolución hermenéutica más activista, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha

¹⁴⁹ Sin embargo, no todos los casos de interconexión parecen tener relación directa con la tutela de derechos medioambientales. Por ejemplo, en el caso “Baena, Ricardo y otros c. Panamá”, la Corte Interamericana protegió derechos sindicales a través de una interpretación amplia de la libertad de asociación, consagrado por el artículo 16 de la Convención Americana. Las conexiones entre la libertad de asociación y los derechos medioambientales parecen, cuanto menos, distantes.

¹⁵⁰ Sobre el tema, puede verse Claudia Ituarte, “Los pueblos indígenas, el medio ambiente y la progresividad de los derechos humanos en el Sistema Interamericano”, en Claudia Martín, José A. Guevara B. y Diego Rodríguez-Pinzón, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Fontamara, México, 2004, pp. 563-600.

¹⁵¹ Ver, al respecto, S. James Anaya, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Trotta-Universidad Internacional de Andalucía, Madrid, 2005, pp. 202-218; Mikel Berraondo López, “Derecho humano al medio ambiente y pueblos indígenas. Dos derechos con un mismo fin”, en Fernando M. Mariño Menéndez y J. Daniel Oliva Martínez (eds.), *Avances la protección de los derechos de los pueblos indígenas*, Dykinson-Universidad Carlos III de Madrid, 2004, pp. 73-88. Para el caso nacional colombiano, ver la reseña jurisprudencial de Camilo Borrero García, *Multiculturalismo y derechos indígenas*, CINEP-GTZ, Bogotá, 2003, pp. 103-143.

interpretado que, en el caso concreto de los pueblos o comunidades indígenas, el derecho de propiedad establecido por el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁵² debe interpretarse –a la luz del contexto propio de las comunidades y pueblos indígenas, y de otras normas internacionales como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo– como *derecho comunal o colectivo de los pueblos y comunidades indígenas*, y que ese derecho sobre sus tierras históricas o ancestrales, ligado al lugar preponderante que tiene la relación con la tierra y con la naturaleza en su cosmovisión y cultura, debe ser respetado de modo de permitirles desarrollar sus actividades tradicionales de subsistencia. La Corte ha desarrollado esta doctrina fundamentalmente en tres casos, “Awatitpan c. Nicaragua”¹⁵³, “Moiwana c. Suriname”¹⁵⁴, “Yakye Axa c. Paraguay”¹⁵⁵ y “Sawhoyamaxa c. Paraguay”¹⁵⁶, aunque existen otros antecedentes y aplicaciones de la misma doctrina¹⁵⁷. En “Awatitpan”, la Corte ha dicho que

Dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo

¹⁵² Que, literalmente, establece: “Derecho a la Propiedad Privada: 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social; 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley; 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”. Sobre la interpretación de los órganos del Sistema Interamericano en el caso de pueblos y comunidades indígenas puede verse Isabel Madariaga, “Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pueblos indígenas y derecho de propiedad. Breves antecedentes”, en Christian Courtis, Denise Hauser y Gabriela Rodríguez Huerta (comps.), *Protección internacional de los derechos humanos: nuevos desafíos*, Porrúa-ITAM, México, 2005, pp. 209-228.

¹⁵³ Corte IDH, caso “Awatitpan”, párs. 142-155, en especial párs. 148, 149, 151 y 153.

¹⁵⁴ Corte IDH, caso de la “Comunidad Moiwana c. Suriname”, sentencia 15 de junio de 2005, párs. 125-135, en especial párs. 131 y 133.

¹⁵⁵ Corte IDH, caso “Yakye Axa”, párs. 123-156, especialmente párs. 131, 135, 137, 146, 147 y 154.

¹⁵⁶ Corte IDH, caso “Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguay”, sentencia de 29 de marzo de 2006, párs. 117-143.

¹⁵⁷ Corte IDH, caso “Aloeboetoe y otros c. Suriname”, Reparaciones, sentencia de 10 de septiembre de 1993, pár. 84; caso “Moiwana”, párs. 101 y 102; caso “Pueblo Indígena de Sarayaku”, Medidas Provisionales, resolución de 17 de junio de 2005, pár. 9 y punto resolutivo 1 b).

*sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras*¹⁵⁸.

En “Yakye Axa”, la Corte afirmó que

*La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural*¹⁵⁹.

De particular interés para subrayar la conexión entre el derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos y comunidades indígenas y los derechos medioambientales, es la resolución sobre medidas provisionales de la Corte Interamericana en el caso de la “Comunidad Indígena de Sarayaku”, adoptada el 17 de junio de 2005¹⁶⁰. En este caso está en juego, además de la relación entre el Estado y la comunidad indígena, la intervención de una compañía petrolera privada. A raíz de una concesión para la exploración y explotación petrolera por parte del Estado –sin consulta previa– en tierras ancestrales de la comunidad Sarayaku, agentes de la compañía CGC han sembrado explosivos en el territorio de la comunidad e impedido la libre circulación de sus miembros por el río que los abastece –además de protagonizar ataques contra miembros de la comunidad. El Estado no adoptó medidas para impedir esa actitud por parte de los agentes de la empresa privada, ni para investigar y cas-

¹⁵⁸ Corte IDH, caso “Awás Tingni”, pág. 149. Sobre el caso, ver los ensayos publicados en Felipe Gómez Isa, (ed.), *El caso Awás Tingni contra Nicaragua. Nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas*, Instituto de Derechos Humanos-Universidad de Deusto, Bilbao, 2003

¹⁵⁹ Corte IDH, caso “Yakye Axa”, pág. 135.

¹⁶⁰ Corte IDH, caso “Pueblo Indígena de Sarayaku”, Medidas Provisionales, resolución de 17 de junio de 2005, párs.8, 9, 11, 12 y 13, y punto resolutivo 1 b).

tigar las agresiones ya acaecidas. La Corte Interamericana ordenó al Estado, entre otras cosas, adoptar las medidas necesarias para

*que los miembros del Pueblo Indígena de Sarayaku puedan realizar sus actividades y hacer uso de los recursos naturales existentes en el territorio en que se encuentran asentados; específicamente el Estado debe adoptar aquellas medidas tendientes a evitar daños inmediatos e irreparables para su vida e integridad personal resultantes de las actividades de terceros que viven cerca de la comunidad o que explotan los recursos naturales existentes en el mismo. En particular, en caso de que no se haya hecho, que sea retirado el material explosivo colocado en el territorio donde se asienta el Pueblo Indígena de Sarayaku*¹⁶¹.

III.2) *Los derechos a la vida y a la integridad personal*

Otra de las vías de interconexión de derechos protegidos por la Convención Americana con derechos medioambientales está relacionada con la tutela de los derechos a la vida y a la integridad personal. En este sentido, la afectación de derechos medioambientales podría “traducirse” en términos de amenaza o de puesta en riesgo de esos derechos: casos tales como los de la autorización o la anuencia estatal frente a la descarga de residuos tóxicos, la exposición a radiaciones o gases, la contaminación del agua, la tala o desmonte indiscriminado de bosques, cuando revista gravedad suficiente, podrían ser presentados como situaciones que afectan el derecho a la vida y a la integridad física.

En esta línea de ideas, la Corte Interamericana también ha avanzado –siguiendo en alguna medida al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos– en la tendencia de considerar que los derechos a la vida y a la integridad personal no se agotan en obligaciones negativas del Estado, sino que requieren también el cumplimiento de obligaciones positivas. Esto significa que el Estado puede violar estos derechos por omisión, es decir, por no adoptar medidas destinadas a proteger ese derecho –esto puede incluir tanto la ausencia de provisión de servicios, como la complicidad, anuencia o indiferencia con la afectación del bien que constituye el objeto del derecho (vida, integridad física) por otros particulares. En el caso “Yakye Axa”, la Corte produce una síntesis de su doctrina al respecto:

¹⁶¹ Corte IDH, caso “Pueblo Indígena de Sarayaku”, Medidas Provisionales, resolución de 17 de junio de 2005, punto resolutivo 1 b). Ver también punto resolutivo d), relativo a la circulación de los miembros de la comunidad en el río Borbonaza.

Este Tribunal ha sostenido que el derecho a la vida es fundamental en la Convención Americana, por cuanto de su salvaguarda depende la realización de los demás derechos. Al no respetarse el derecho a la vida, todos los demás derechos desaparecen, puesto que se extingue su titular. En razón de este carácter fundamental, no son admisibles enfoques restrictivos al derecho a la vida. En esencia, este derecho comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna.

Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria¹⁶².

En varios casos, la Corte resaltó las conexiones del derecho a la vida con el derecho a la salud, y llegó a la conclusión de que la falta de provisión de servicios de salud¹⁶³, de servicios básicos mínimos, incluido el acceso a agua potable y servicios sanitarios¹⁶⁴, y de condiciones que permitan satisfacer el derecho a la alimentación¹⁶⁵ constituyen violaciones a los derechos a la vida y a la integridad física. En el mismo sentido se expidió el tribunal en el caso "Sawhoyamaxa"¹⁶⁶. En el caso "Moiwana", la Corte estableció que el incumplimiento del Estado de su obligación de investigar la violación al derecho a la integridad física (en el caso, una masacre contra la comunidad indígena damnificada) constituye una violación a la obligación de garantizar el propio derecho a la inte-

¹⁶² Corte IDH, caso "Yakye Axa", párs. 161 y 162, que a su vez remiten a lo dicho en los casos "Instituto de Reeducación del Menor c. Paraguay", sentencia de 2 de septiembre de 2004, párs. 156 y 159; caso de los "Hermanos Gómez Paquiyauri c. Perú", sentencia de 8 de julio de 2004, pár. 128; "Myrna Mack Chang c. Guatemala", sentencia de 25 de noviembre de 2003, pár. 152; y caso de los "Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala", sentencia de 19 de noviembre de 1999, pár. 144.

¹⁶³ Corte IDH, caso "Instituto de Reeducación del Menor", párs. 161, 166, 172 y 173; caso "Yakye Axa", párs. 163, 165, 166, 167 y 175.

¹⁶⁴ Corte IDH, caso "Yakye Axa", párs. 164 y 167.

¹⁶⁵ Corte IDH, caso "Yakye Axa", par. 164, 165 y 167.

¹⁶⁶ Corte IDH, caso "Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguay", sentencia de 29 de marzo de 2006, párs. 153-178.

gridad física¹⁶⁷. En ese mismo caso, la Corte Interamericana sostuvo que, dado que la conexión de la comunidad indígena a su tierra tradicional reviste vital importancia espiritual, cultural y material, las medidas que impidan su contacto con la tierra ancestral afectan su identidad y la integridad de su cultura, y constituyen violaciones al artículo 5.1 de la Convención Americana¹⁶⁸.

Sería necesario, entonces, para aprovechar esta línea interpretativa, demostrar que las medidas adoptadas por el Estado, o la autorización, tolerancia o indiferencia estatal frente a la actividad de los particulares, son susceptibles de poner en riesgo la vida o la integridad personal de una persona (o de un grupo de personas). La omisión estatal en la adopción de medidas que impidan que sus propios agentes afecten el medio ambiente, o controlen las actividades lesivas del medio ambiente por parte de particulares, en caso de gravedad suficiente, podría encuadrar en este supuesto.

III.3) *El derecho de circulación y residencia*

Otro derecho que puede ser útil para plantear casos de afectaciones al medio ambiente es el derecho de circulación y residencia, establecido por el artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁶⁹. Este derecho puede ser importante cuando, a raíz de afectaciones tales como la contaminación de tierras y aguas, el desmonte o tala de bosques, la descarga de desechos tóxicos o fenómenos similares, miembros de la población se vean forzados a migrar o se vean imposibilitados de residir en su lugar de elección.

También en el “Moiwana”, la Corte Interamericana avanzó en la interpretación del artículo 22 de la Convención. Apoyándose en precedentes del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la Corte sostuvo que el hecho de que el Estado no haya establecido las condiciones ni provisto los

¹⁶⁷ Corte IDH, caso “Moiwana”, párs. 92-100, especialmente párrafo 92.

¹⁶⁸ Corte IDH, caso “Moiwana”, párs. 101 y 102.

¹⁶⁹ De acuerdo con el artículo 22: “Derecho de Circulación y de Residencia: 1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales; 2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio; 3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás; 4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público”.

medios que permitieran a una comunidad indígena desplazada por una masacre regresar voluntariamente, en forma segura y con dignidad, a sus tierras tradicionales, constituye una violación a la obligación estatal de garantizar el derecho a la circulación y residencia. La Corte subraya que una de esas condiciones era la realización de una investigación penal efectiva para poner fin a la impunidad reinante por la masacre sufrida por la comunidad, y vuelve a poner énfasis en la particular relación de la comunidad con sus tierras tradicionales, de las que ha sido desplazada¹⁷⁰.

En sentido similar se ha expedido la Corte en su resolución sobre medidas cautelares en el caso de la Comunidad Indígena de Sarayaku¹⁷¹, que –como ya he dicho– involucra la afectación del derecho de circulación de los miembros de una comunidad indígena debido a la explotación petrolera de una compañía privada que afecta su territorio.

III.4) *Derechos a la protección de la niñez, respeto de la intimidad y vida familiar, y protección de la familia*

Una cuarta forma de interconexión posible entre derechos civiles y políticos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y derechos medioambientales está relacionada con los derechos de la protección de la niñez (art. 19) y respeto y protección de la vida familiar (arts. 11 y 17.1) de la Convención Americana. A la luz de esta sugerencia, podría plantearse que parte de las medidas que el Estado está obligado a adoptar incluyen tanto evitar injerencias indebidas (propias o de terceros) en la vida familiar y en la vida de los niños y niñas, causadas por afectaciones al medio ambiente, como generar las condiciones medioambientales mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana para niños, niñas y familias.

En ese sentido, en relación con las obligaciones de protección de la niñez establecidas por el artículo 19 de la Convención, la Corte Interamericana ha señalado también que las medidas que el Estado debe adoptar implican tanto obligaciones negativas como positivas¹⁷². En el

¹⁷⁰ Corte IDH, caso “Moiwana”, párs. 107-121, en especial pár. 120.

¹⁷¹ Corte IDH, caso “Pueblo Indígena de Sarayaku”, Medidas Provisionales, resolución de 17 de junio de 2005, párs. 12 y 13, y puntos resolutiveos 1 a) y d).

¹⁷² Ver Corte IDH, caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), párs. 146, 191 y 196; caso “Yakye Axa”, par. 172; caso “Instituto de Reeduación del Menor”, párs. 147, 160, 172, 173 y 176; caso “Hermanos Gómez Paquiyauri”, párs. 124, 162-164, y 171; caso “Bulacio c. Argentina”, sentencia de 18 de septiembre de 2003, párs. 133-134; “caso de las niñas Yean y Bosico c. República Dominicana”, sentencia de 8 de septiembre de 2005, párs. 133-134, caso “Sawhoyamaya”, pár. 177. En el mismo sentido, Opinión Consultiva OC-17/02, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, párs. 53-54, 56, 60, 80-81, 84 y 86-88.

caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), la Corte, inaugurando una línea de argumentación que repetiría en casos posteriores, estableció que las obligaciones emanadas del deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de la niñez del artículo 19 deben leerse a la luz de la Convención de los Derechos del Niño (pars. 194 y 195), e identificó, entre las medidas a adoptar, evitar que los niños sean lanzados a la miseria, y no privarlos de condiciones de vida digna y de la posibilidad de un pleno y armonioso desarrollo de su personalidad (par. 191), no discriminarlos, otorgar asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, garantizar la supervivencia y el desarrollo del niño, y el derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación (pár. 196). Cabría extender el razonamiento a la adopción de medidas, o a la falta de control estatal, que tengan como consecuencia generar riesgos ambientales a un colectivo humano del que formen parte niños y niñas.

Con respecto al derecho a la protección de la vida familiar, su relación con la protección de derechos medioambientales ha sido ya manifestada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos “López Ostra c. España” y “Guerra y otros c. Italia” —a los que ya me he referido antes. La base de juicio de esos casos fue el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, similar al artículo 11 inciso 2 de la Convención Americana¹⁷³. La Convención Americana refuerza esta protección en el artículo 17.1¹⁷⁴.

¹⁷³ El artículo 8 del Convenio Europeo dispone: “Derecho al respeto a la vida privada y familiar. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia; 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”. Por su parte, el artículo 11 de la Convención Americana establece: “Protección de la Honra y de la Dignidad. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad; 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación; 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”. Nótese la similitud de los segmentos subrayados. La Corte Interamericana consideró la violación al artículo 11 inciso 1 en el caso “Hermanos Gómez Paquiyauri”, párs. 180 y 182.

¹⁷⁴ El artículo 17, en su parte pertinente, dispone: “Protección a la Familia. 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

En “López Ostra”, la Corte tuvo la oportunidad de considerar la situación de una persona y su familia, en las proximidades de cuyo hogar el gobierno local aprobó y subsidió la construcción y el funcionamiento de una planta de tratamiento residuos líquidos y sólidos. Los peticionarios alegaban que la planta emitía vapores, ruidos reiterados y fuertes olores, y que ello tornó insoportables las condiciones de vida de la familia y causó a sus miembros serios problemas de salud¹⁷⁵. El tribunal dio la razón a los peticionantes, y sostuvo:

*Naturalmente, la contaminación ambiental severa puede afectar el bienestar de los individuos e impedirles disfrutar de sus hogares de modo tal de afectar adversamente su vida privada y familiar, sin poner, sin embargo, en serio peligro su salud*¹⁷⁶.

En “Guerra”, el Tribunal Europeo sostuvo que “aunque el objeto del Artículo 8 [del Convenio Europeo de Derechos Humanos] es esencialmente el de proteger al individuo frente a la interferencia arbitraria de las autoridades públicas, no sólo obliga al Estado a abstenerse de esa interferencia: además de ese deber primordialmente negativo, pueden existir obligaciones positivas inherentes al efectivo respecto de la vida privada o familiar”¹⁷⁷. En relación concreta con las obligaciones positivas del Estado vinculadas al respeto de la vida familiar, ante las alteraciones al medio ambiente producidas por un fábrica de fertilizantes que generaba gases tóxicos, el tribunal dijo:

*La Corte reitera que la contaminación ambiental severa puede afectar el bienestar de los individuos, e impedirles disfrutar de sus hogares de modo tal de afectar adversamente su vida privada y familiar (...). En el presente caso, los peticionarios esperaron, hasta el cese de la producción de fertilizantes en 1994, la provisión de información esencial que les hubiera permitido evaluar el riesgo que ellos y sus familias pudieran correr si continuaban viviendo en Manfredonia, ciudad expuesta particularmente al peligro en caso de accidente en la fábrica*¹⁷⁸.

Como puede apreciarse, en ambos casos la invocación del derecho al respeto de la vida privada, familiar y del domicilio ha tenido directa relación con la tutela de derechos medioambientales. Casos similares podrían ensayarse ante el Sistema Interamericano, dada la similitud del artículo 11 de la Convención Americana con el artículo 8 del Convenio

¹⁷⁵ Tribunal EDH, caso “López Ostra”, pág. 47.

¹⁷⁶ Tribunal EDH, caso “López Ostra”, pág. 51.

¹⁷⁷ Tribunal EDH, caso “Guerra”, pág. 58.

¹⁷⁸ Tribunal EDH, caso “Guerra”, pág. 60.

Europeo, y dada la protección reforzada a la familia que ofrece el artículo 17 de la Convención Americana.

IV. El posible empleo del artículo 11 del Protocolo de San Salvador

En varios casos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha empleado el Protocolo de San Salvador como norma de interpretación de las obligaciones que surgen de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Como dije antes, el artículo 11 del Protocolo de San Salvador consagra escuetamente el derecho a un medio ambiente sano, de modo que, aunque no sea directamente invocable como derecho justiciable, podría traérselo a colación, en las circunstancias adecuadas, como norma de interpretación del alcance de las obligaciones que emanan de otros derechos consagrados por la Convención Americana. De hecho, esto ya ha sucedido en un caso, "Yakya Axa".

En el caso "Baena", la Corte invocó el artículo 8.3 del Protocolo de San Salvador, sobre libertad sindical, a efectos de interpretar el artículo 16 de la Convención Americana (libertad de asociación), en un contexto de despido masivo de trabajadores pertenecientes a un sindicato¹⁷⁹.

En el caso "Cinco Pensionistas c. Perú", la Corte acudió al artículo 5 del Protocolo de San Salvador para interpretar el artículo 21 de la Convención Americana (derecho de propiedad), en el marco de un caso en el que –como su nombre lo indica– se discutía el alcance del derecho a pensiones jubilatorias de los damnificados¹⁸⁰.

En el caso "Instituto de Reeducción del Menor", la Corte acudió nuevamente al Protocolo de San Salvador, para interpretar el alcance de las obligaciones estatales relacionadas con el derecho a la vida y la integridad física y de la obligación estatal de protección a niños privados de libertad. En esa ocasión, se refirió especialmente al derecho a la educación, establecido en el artículo 13 del Protocolo de San Salvador¹⁸¹. En sentido similar, en el "caso de las niñas Yean y Bosico", la Corte interpretó el deber de protección especial a los niños establecido en el artículo 19 de la Convención Americana a la luz del Protocolo de San Salvador, en relación con la obligación del Estado de proveer educación primaria gratuita a todos los niños, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual¹⁸².

¹⁷⁹ Corte IDH, caso "Baena", pág. 159.

¹⁸⁰ Corte IDH, caso "Cinco Pensionistas", pág. 116.

¹⁸¹ Corte IDH, caso "Instituto de Reeducción del Menor", págs. 148, 172 y 174.

¹⁸² Corte IDH, "caso de las niñas Yean y Bosico", pág. 185.

Establecida esa tendencia, el caso que importa aquí es “Yakye Axa”. En ese caso, al interpretar las obligaciones estatales referidas al derecho a la vida de los miembros de una comunidad indígena, la Corte Interamericana afirmó lo siguiente:

En el presente caso, la Corte debe establecer si el Estado generó condiciones que agudizaron las dificultades de acceso a una vida digna de los miembros de la Comunidad Yakye Axa y si, en ese contexto, adoptó las medidas positivas apropiadas para satisfacer esa obligación, que tomen en cuenta la situación de especial vulnerabilidad a la que fueron llevados, afectando su forma de vida diferente (sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental, que comprende la estrecha relación que mantienen con la tierra) y su proyecto de vida, en su dimensión individual y colectiva, a la luz del corpus juris internacional existente sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas, a la luz de lo expuesto en el artículo 4 de la Convención, en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma, y de los artículos 10 (Derecho a la Salud); 11 (Derecho a un Medio Ambiente Sano); 12 (Derecho a la Alimentación); 13 (Derecho a la Educación) y 14 (Derecho a los Beneficios de la Cultura) del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y las disposiciones pertinentes del Convenio No. 169 de la OIT¹⁸³.

Como vemos, la Corte ya ha acudido –sin mayor detenimiento o desarrollo– al artículo 11 del Protocolo de San Salvador para interpretar, a partir de él, otros derechos. Será en gran medida responsabilidad de los litigantes la tarea de subrayar aquellos casos en los que –por implicar las circunstancias de hecho bajo examen afectaciones al medio ambiente– los derechos de la Convención Americana deban interpretarse a la luz del derecho al medio ambiente sano establecido por el artículo 11 del Protocolo de San Salvador.

V. Apuntes finales

He desplegado en este capítulo una serie de sugerencias –cuyo fundamento surge de interpretaciones ya desarrolladas por órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, o por sus pares de otros

¹⁸³ Corte IDH, caso “Yakye Axa”, pág. 163.

sistemas internacionales de protección de los derechos humanos que aplican normas similares a las de la Convención Americana— para presentar casos de índole medioambiental ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Para terminar, quiero recalcar nuevamente que, en el Sistema Interamericano, la vinculación entre derechos humanos y medio ambiente es un terreno novedoso, donde casi todo está por hacerse. Esto pone en cabeza de quienes pretendan litigar en ese campo la particular responsabilidad de elegir casos suficientemente claros de violaciones, y de realizar un esfuerzo argumentativo importante, empleando —en la mayor medida posible— los criterios ya generados por los órganos del Sistema, o bien documentando claramente las posiciones adoptadas con criterios que provengan de otros sistemas de protección afines.

Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, núm. 42

Las tres cuestiones abordadas en este ensayo (la exigibilidad de los derechos sociales, la eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares, y la tutela de derechos medioambientales en el ámbito de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos) constituyen algunos de los principales desafíos actuales en el terreno de la protección de los derechos humanos. Se trata de temas cuya visibilidad e importancia ha crecido en la última década, y cuyo tratamiento jurídico en distintos escenarios ha experimentado notables avances. Pese a este relativo progreso, y por distintas razones, la construcción de garantías de tutela de los derechos humanos en estas áreas es aún incompleta.

Christian Courtis es Director del Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Comisión Internacional de Juristas (Ginebra). Es profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires y profesor visitante del Departamento de Derecho del ITAM. Ha sido profesor visitante e invitado en las Universidades de Toulouse-Le Mirail (Francia), Valencia, Castilla-La Mancha, Pablo de Olavide y Carlos III (España), California-Berkeley (EEUU), Diego Portales (Chile), Nacional Autónoma de Honduras, entre otras. Es consultor de la Organización Panamericana/Organización Mundial de la Salud, de la UNESCO y de la División de Desarrollo Social de la Organización de las Naciones Unidas. Ha sido asesor del Senado de la Nación argentina, y prosecretario letrado del Tribunal Superior de Justicia de Buenos Aires.



EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO

JUSTIZIA, LAN ETA GIZARTE
SEGURANTZA SAILA
DEPARTAMENTO DE JUSTICIA,
EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL



**Universidad de
Deusto**

