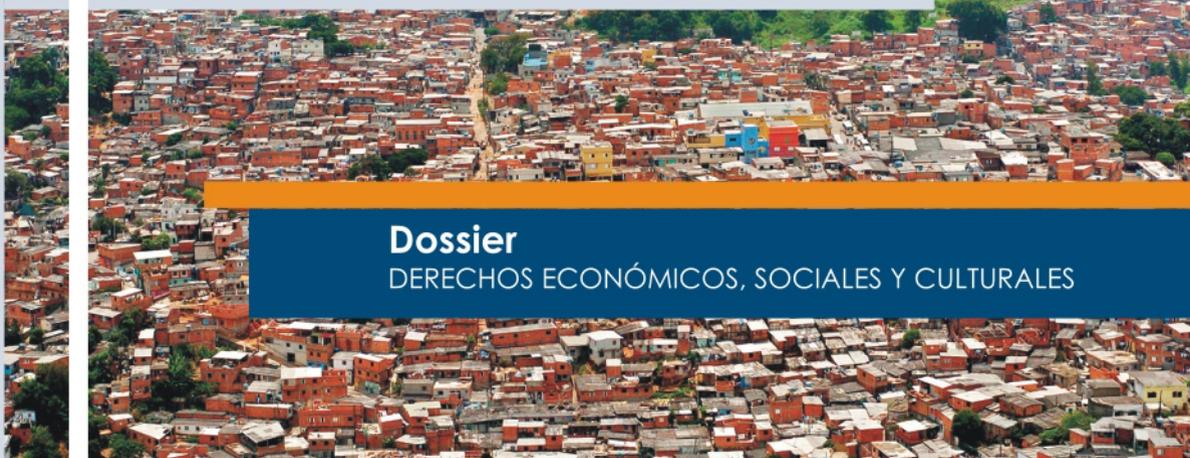


Revista Internacional de Derechos Humanos

AÑO II
Nº2
2012

ISSN 2250-5210



Dossier

DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

CLADH |

*Centro Latinoamericano
de Derechos Humanos*



UNIVERSIDAD
DE ZARAGOZA

**Revista Internacional
de Derechos Humanos**

Para todo contacto con
la Dirección o con la Producción de
esta publicación, remita sus mensajes a

contacto@revistaidh.org

Para más información ingrese a
www.revistaidh.org

Revista Internacional de Derechos Humanos

Edición y Coordinación

Georgina Alejandra Guardatti

Universidad de Mendoza – Argentina / Universidad de Zaragoza – España

Comité Científico Editorial

CLADH – Centro Latinoamericano de Derechos Humanos

C. Ignacio de Casas – Universidad Austral – Argentina

Ignacio A. Boulin Victoria – Universidad Austral – Argentina

Lucas Emmanuel Gómez – Universidad de Mendoza – Argentina

Soledad Bertelsen Simonetti – Harvard University – Estados Unidos

María Laura Farfán Bertrán – Universidad Nacional de Cuyo – Argentina

Diego Riveros – Universidad de Los Andes – Chile

Comité de Evaluación

Grupo de investigación sobre Migraciones Internacionales e Integración

Ángel Gregorio Chueca Sancho – Universidad de Zaragoza – España

Emilio Magallón Verde – Universidad de Zaragoza – España

Alejandro González – Varas Ibañez – Universidad de Zaragoza – España

Fernando García Fernández – Universidad de Zaragoza – España

Carlos F. Ponce Martínez – Universidad de Zaragoza – España

Pedro Luis Blasco Aznar – Universidad de Zaragoza – España

Pascual Aguelo Navarro – Consejo General de la Abogacía Española, Madrid – España

Ascensión Lucea Sáenz – Abogada, Zaragoza – España

Producción editorial

Gerardo Patricio Tovar

Asesoramiento editorial y diseño

CLADH | *Centro Latinoamericano
de Derechos Humanos*

IGNACIO A. BOULIN VICTORIA Presidente – Cofundador / C. IGNACIO DE CASAS Vice Presidente – Cofundador

LUCAS EMMANUEL GÓMEZ Tesorero – Cofundador / MARÍA LAURA FARFÁN BERTRÁN Directora Ejecutiva

Tierra del Fuego 79 (5500) Mendoza – República Argentina

Tel.: (54-261) 424 2344 – contacto@cladh.org – www.cladh.org

Contenido

Georgina Alejandra Guardatti

Editorial 9

Ángel G. Chueca Sancho

*Indivisibilidad de los derechos humanos y no devaluación
de los derechos económicos, sociales y culturales* 13

Dossier: Derechos económicos, sociales y culturales 17

Luis Andrés Roel Alva

*El derecho al compartó de beneficios económicos
de los pueblos indígenas* 19

Björn Arp

*El Banco Mundial y los derechos económicos, sociales y
culturales de las personas afectadas por sus proyectos* 51

Agustín Parma

*La importancia de los fallos que reconocen
derechos económicos, sociales y culturales como
realización social efectiva en la teoría de la justicia* 85

Irene Victoria Massimino

*La operatividad de la Declaración de
las Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo* 101

Emmanuel Soriano Morales

*El Estado negado: balance de los derechos
económicos, sociales y culturales en México en el marco
de la Estrategia de Seguridad de Felipe Calderón* 123

Astrid Osorio Álvarez

*La realización plena de los derechos económicos, sociales,
y culturales, una aspiración insatisfecha: a propósito
de las personas privadas de la libertad* _____ 145

Santiago Maqueda Fourcade y C. Ignacio de Casas

*El derecho a la salud y el derecho al agua potable y al saneamiento.
Estudio de sus relaciones mutuas y de su protección internacional,
con especial análisis de sus implicancias para los pueblos indígenas* ____ 167

Artículos _____ 187**Carlos Manuel Rosales y María Lucía Arreguín Ponce**

*Perspectiva de los derechos político–electorales
conforme a la reforma constitucional de
los derechos humanos en México* _____ 189

Fernando Adrián Bermúdez

*Precisiones iusfilosóficas acerca del
fundamento de los derechos humanos* _____ 205

Fernando M. Toller

*Propuestas para un sistema de citación de
las decisiones de la Comisión y de la
Corte Interamericana de Derechos Humanos* _____ 223

Noticia de los autores _____ 237

Pautas para la presentación de colaboraciones _____ 241

Editorial

Por Georgina Alejandra Guardatti*

La *Revista Internacional de Derechos Humanos* (RIDH) continúa transitando el camino iniciado como una publicación de periodicidad anual, que alcanza los estudios de quienes promueven la defensa y vigencia de los derechos humanos, en sus formatos impreso y en línea. Esta serie colectiva de trabajos de investigación y análisis de casos conserva el respeto por la diversidad de opiniones de sus autores e incentiva la divulgación de posturas científicas y académicas de carácter interdisciplinario.

El Dossier de este segundo número aborda el examen de los derechos económicos, sociales y culturales desde diversas perspectivas.

Luis Andrés Roel Alva explora el derecho al compartido de beneficios económicos de los pueblos indígenas. En Perú, la población indígena ha sido durante mucho tiempo marginada, a pesar del reconocimiento del derecho a la igualdad de todas las personas que viven en el territorio, declarado en la Constitución de aquel Estado. El autor muestra la necesidad de garantizar los derechos reconocidos, incluyendo los enunciados en el Convenio N° 169 de la OIT, entre ellos el derecho a compartir beneficios por la explotación de los recursos naturales situados en sus tierras.

El profesor Björn Arp realiza una interesante observación sobre la práctica del Grupo de Inspección del Banco Internacional de Reconstrucción y

* Editora y coordinadora de Revista Internacional de Derechos Humanos. Abogada por la Universidad de Mendoza (Argentina). Máster Oficial en Especialización e Investigación en Derecho: Derechos Humanos, Libertades y Derecho Penal, Universidad de Zaragoza (España). Doctoranda en Derecho Internacional Público, Universidad de Zaragoza (España). Adscripta a la Cátedra Derecho Internacional Público, Universidad de Mendoza (Argentina). Miembro de la Comisión de Derechos Humanos del Colegio de Abogados y Procuradores de Mendoza (Argentina). Miembro asociado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI).

Fomento y de la Asociación Internacional de Desarrollo, así como del Asesor en Materia de Observancia de la Corporación Financiera Internacional y de la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones, que forman parte del Grupo del Banco Mundial. Arp plantea el objetivo de analizar cómo estos mecanismos integran los derechos económicos, sociales y culturales en la labor del Banco Mundial dado que, tradicionalmente, se ha puesto foco en el Estado como sujeto del desarrollo económico y no en la posición jurídica de cada persona individualmente considerada.

La importancia de los fallos que reconocen derechos económicos, sociales y culturales como realización social efectiva en la teoría de la justicia es acometida por Agustín Parma, quien aborda el concepto de realización social concreta como elemento de una teoría de justicia comparativa. La misma, a diferencia de una teoría trascendental de justicia que busca criterios de justicia aplicables a todo tiempo y lugar, se propone estudiar situaciones concretas y tratar que ellas sean menos injustas. Los derechos económicos, sociales y culturales, a pesar de su carácter positivo, encuentran resistencia cuando deben ser reconocidos, sobre todo ante la falta de presupuesto para ejecutarlos que arguyen los Estados. El autor analiza entonces el reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, el cual reconoce el derecho a vivienda en una situación concreta.

Irene Victoria Massimino se propone determinar los cambios necesarios que deberían realizarse en los instrumentos jurídicos internacionales que regulan y protegen el derecho al desarrollo, para crear un orden pragmático legal que logre resultados concretos. Ahonda en la noción histórica de desarrollo, la evolución del marco legal, su concepto actual y los instrumentos de regulación que derivaron en la creación de un derecho humano al desarrollo, particularmente analizando el contenido de la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo.

A través del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados Parte se comprometen a adoptar las medidas necesarias para lograr, progresivamente, la efectividad de los derechos reconocidos en el mismo. Emmanuel Soriano Morales realiza un balance de la situación en México, en el marco de la Estrategia de Seguridad de Felipe Calderón, colocando la realidad actual de la niñez, adolescencia y juventud

mexicanas como expresión de un Estado que no ha sabido ser garante de los derechos humanos.

Astrid Osorio Álvarez reflexiona sobre la situación de las personas privadas de la libertad y las obligaciones internacionales de los Estados relacionadas, particularmente, con el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales en prisión.

Santiago Maqueda Fourcade y C. Ignacio de Casas analizan las fuentes de consagración normativa y protección internacional del derecho al agua y al saneamiento. A su vez, estudian sus diversas ramificaciones con relación al derecho a la salud, a los demás derechos humanos como un conjunto, a los deberes estatales de protección adecuada de los derechos humanos y los derechos específicos de los pueblos indígenas y tribales.

Asimismo, incluimos en este número tres artículos con interesantísimos aportes doctrinarios.

Por un lado, desde la perspectiva de los derechos político–electorales, Carlos Manuel Rosales y María Lucía Arreguín Ponce, advierten que las recientes reformas constitucionales han cambiado la situación de los derechos humanos en México. Esta situación ha generado la necesidad de modificar la visión de algunos derechos, en particular, los relacionados con la intervención de los ciudadanos en materia política.

Por otro lado, Fernando Adrián Bermúdez plantea algunas precisiones iusfilosóficas a cerca del fundamento de los derechos humanos. Si bien nadie duda sobre la vigencia de los derechos humanos en el contexto nacional e internacional, uno de los temas capitales sigue siendo su fundamento en la persona humana o su dignidad. Pero esta concepción no es unánime y el autor logra distinguir, a la luz de la filosofía del derecho, las diversas opiniones vertidas para precisar filosóficamente el fundamento de los derechos humanos.

Finalmente, el Dr. Fernando M. Toller presenta sus propuestas para un sistema de citación de las decisiones de la Comisión y de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos. Ambos órganos del sistema de protección de los derechos humanos en las Américas, se expresan por medio de decisiones de distinto género en casos contenciosos y, en el caso de la Corte, también por opiniones consultivas. Sostiene el autor que, la referencia y modos de

citación de esas decisiones es confusa e inconsistente, tanto en el uso que realiza la doctrina como en las citas que estos mismos órganos hacen de sí mismos. Postula entonces una metodología integral para la cita de sus resoluciones, con diversos ejemplos de aplicación en base a los principios de suficiencia, precisión, claridad, consistencia y simplicidad en el tratamiento de fuentes jurídicas.

Por último, es necesario resaltar, nuevamente, la labor profesional llevada a cabo por el Sr. Gerardo Patricio Tovar, editor de la presente publicación, a quien remitimos con gratitud un sincero y merecido reconocimiento.

GEORGINA ALEJANDRA GUARDATTI

Diciembre de 2012

Indivisibilidad de los derechos humanos y no devaluación de los derechos económicos, sociales y culturales

Ángel G. Chueca Sancho*

Aparece el número 2 de nuestra querida Revista Internacional de Derechos Humanos (RIDH). Y digo “nuestra” porque surgió de una iniciativa intercontinental Europa–América Latina, especialmente desde el Grupo de Investigación “Migraciones Internacionales, Integración y Derechos Humanos”, de la Universidad de Zaragoza (España) y el Centro Latinoamericano de Derechos Humanos (CLADH), con sede principal en Argentina pero con un radio de acción en toda América Latina. Puente para la preparación y puesta en funcionamiento de la iniciativa ha sido y es Georgina Guardatti, Abogada y Profesora mendocina.

El segundo número de la RIDH se dedica, con gran acierto en la elección del tema, a los derechos económicos, sociales y culturales, los que algunos califican como los “parientes pobres” de los derechos humanos. Calificación inadecuada puesto que en la teoría general del Derecho Internacional de los Derechos Humanos queda clara la universalidad, la indivisibilidad y la interdependencia de los mismos.

Porque no valen unos derechos humanos más que otros, no tienen mayor valor los civiles y los políticos que los económicos, sociales y culturales. Defender la divisibilidad es apoyar una concepción del Estado propia del siglo XIX, carente de sentido social actual.

En esta perspectiva señalaba en 1993 la Declaración final de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (organizada por la ONU y celebrada en Viena) que “la pobreza extrema y la exclusión social constituyen un atentado contra la dignidad humana y que urge tomar medidas para comprender mejor

* Catedrático de Derecho Internacional Público y RRII, Universidad de Zaragoza (España) y Responsable del Comité de Evaluación de la RIDH.

la pobreza extrema y sus causas, en particular las relacionadas con el problema del desarrollo, a fin de promover los derechos humanos de los más pobres, poner fin a la pobreza extrema y a la exclusión social y favorecer el goce de los frutos del progreso social” (pár. 25).

Abundando en la misma idea, escribía Aung San Suu Kyi, Premio Nobel de la Paz, en el Informe sobre Desarrollo Humano 2002 del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo:

El respeto a la dignidad humana implica un compromiso para crear condiciones en que los individuos puedan desarrollar un sentido de autoestima y de seguridad. La verdadera dignidad proviene de la capacidad de ponerse a la altura de los desafíos inherentes a la condición humana. Esta seguridad no es probable que pueda fomentarse en aquellas personas que tienen que vivir bajo la amenaza de la violencia y de la injusticia, en condiciones de mala gobernabilidad e inestabilidad, o expuestas a la pobreza y a la enfermedad¹.

Enlazando la dignidad humana con el derecho a la vida, que tenemos todas las personas, afirmaba ya René Cassin, uno de los padres de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que “el ser humano tiene una personalidad indivisible. Su derecho a la vida no sólo exige un orden social donde esté a salvo del terrorismo y la ejecución sumaria; también es preciso que pueda encontrar su subsistencia en un trabajo y el apoyo activo de sus semejantes, para él y su familia, cuando no se encuentra en estado de producir” (UNESCO, Enseignement des Droits de l’Homme, París, tomo IV, 1985, 3). En otras palabras, el derecho a la vida protege no solamente el derecho a sobrevivir, sino sobre todo el derecho a vivir con dignidad.

Desde luego, la pobreza extrema degrada al ser humano; también resulta claro que el trato degradante está prohibido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Citaré, a título de ejemplo, el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el que se lee: “Nadie será sometido a

1 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. 2002. *Informe sobre desarrollo humano 2002*. New York: Mundi-Prensa. http://hdr.undp.org/en/media/libro_hdr_entero.pdf

torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. ¿No es un trato degradante padecer miseria, no tener acceso a la cultura, no poder participar realmente en la sociedad en la cual muchas veces se sobrevive?

En realidad, el núcleo esencial de los derechos humanos se sitúa en la dignidad humana. Su finalidad última no es otra que la de proteger la dignidad humana, defenderla contra los ataques que sufre, sea cual sea el origen de estos ataques. Por eso, los derechos económicos, sociales y culturales no pueden considerarse derechos de segunda división, derechos devaluados o pobres derechos de las pobres personas.

¿Quiénes pretenden la devaluación, muchas veces como primer paso para la completa desaparición, de los Derechos estudiados en este número de la RIDH? Obviamente los que predicán el más agrio individualismo, solicitan la desregulación total, por ejemplo, en el terreno laboral, apoyan el establecimiento de sistemas sanitarios únicamente privados, propugnan organizar las pensiones solamente desde empresas aseguradoras privadas, etc.

¿Alguien puede defender, racional y sinceramente, que se protegen los derechos de todas las personas, sin discriminación alguna, cuando el derecho a los cuidados sanitarios o el derecho a una pensión de jubilación quedan exclusivamente en manos privadas?

Para devaluar estos derechos humanos se suele argumentar asimismo que son derechos prestacionales, que exigen al Estado correspondiente el desembolso de cantidades económicas; cantidades que, con toda rapidez y a la menor ocasión, se reducen o se eliminan. Por ello, se afirma, el Estado puede proteger mejor y sin dificultad los derechos civiles y políticos, que no son prestacionales, que no le exigen desembolso económico alguno.

Este falaz argumento se repite con bastante frecuencia y casi nadie se pregunta si es posible defender la libertad sin recursos, o sea sin una estructura mínima de tipo policial y judicial, por ejemplo. En otros términos, nadie cuestiona que los recursos estatales se dediquen a policía o a tribunales, medios esenciales para la defensa de la libertad y del derecho de todos, pero sí se cuestiona en numerosas ocasiones que un Estado dedique recursos a la promoción y a la protección de los derechos económicos, sociales y culturales.

Por último, la devaluación se produce con frecuencia mediante la discriminación, que dificulta el ejercicio de los derechos económicos, sociales y

culturales de una parte muy considerable de la población mundial. Señalaba el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General nº 20, de 2 de Julio de 2009 (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, pár. 1), lo siguiente:

El crecimiento económico no ha conducido por sí mismo a un desarrollo sostenible y hay personas y grupos de personas que siguen enfrentando desigualdades socioeconómicas, a menudo como consecuencia de arraigados patrones históricos y de formas contemporáneas de discriminación.

El número 2 de la RIDH puede calificarse como una experiencia muy exitosa, con gran contenido, con indudable proyección social internacional. Deseo que el éxito prosiga y se amplíe a otros ámbitos, siempre en el terreno de los Derechos Humanos.

Zaragoza (España), Octubre de 2012

DOSSIER
Derechos económicos, sociales y culturales

El derecho al comparto de beneficios económicos de los pueblos indígenas

Luis Andrés Roel Alva

Abogado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Diplomado en Derechos Humanos y Derecho Procesal Constitucional por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú). Programa de Estudios Avanzados en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario en American University Washington College of Law (Estados Unidos).

Resumen: La población indígena en el Perú ha sido por mucho tiempo marginada. No se han respetado sus derechos ni se han atribuido los beneficios correspondientes, no solo los que merecen y poseen por ser ciudadanos y peruanos, sino los que ostentan por ser un grupo humano especial. Decimos especial porque se encuentra en una situación, lamentablemente, de desventaja, puesto que en muchas ocasiones su voz no es debidamente escuchada por las autoridades. Muchos de los pueblos indígenas del Perú están de alguna manera olvidados por el Estado.

La Constitución peruana reconoce el derecho a la igualdad de todas las personas que viven en el territorio peruano. Por lo tanto, todos los peruanos deben ser considerados de la misma manera, sus derechos deben ser respetados y deben proporcionarles un ambiente adecuado para la vida dentro de las posibilidades del Estado.

En ese sentido, es necesario que, dada la cantidad considerable de peruanos que se ven afectados por la negligencia del Estado, sus derechos no solo sean reconocidos sino también garantizados. El Convenio 169 de la OIT permite que muchos de estos derechos puedan ser exigidos. El mismo que, si bien ha empezado a tener notoriedad a partir del debate por el derecho a consulta previa, reconoce también a estos pueblos indígenas otros derechos. Entre ellos el derecho a compartir beneficios por la explotación de los recursos naturales situados en sus tierras. Este último será analizado en el presente trabajo de investigación.

Palabras clave: Convenio OIT N° 169; pueblos indígenas; Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR); derecho al compartó de beneficios económicos; conflictos sociales; identidad cultural.

Abstract: The indigenous population in Peru has long been marginalized. Their rights have not been respected nor have their profits been attributed; not only those rights they deserve and possess for being Peruvian citizens, but also those they hold for being a particular human group. We call it a special group because unfortunately it is in a situation of disadvantage, since many times his voice is not properly heard by the authorities. Many Peruvian indigenous people are somehow neglected by the State.

The Peruvian Constitution recognizes the right to equality for all the people living in the Peruvian territory, so all Peruvians should be considered in the same manner, their rights respected and be provided a suitable environment for life, within the possibilities of the State.

In that sense, it is necessary that, given the considerable amount of Peruvians who are affected by the negligence of the State, their rights are not only to be recognized but also guaranteed. To that effect, the ILO Convention N° 169 allows many of these rights to be required. This same one, which has run into notoriety from the debate on the right to prior consultation, also recognizes other rights for indigenous population. Among these, the right to share profits from the exploitation of natural resources on their lands. This latter will be analyzed in this research.

Key Words: ILO Convention N° 169; Indigenous population; Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR); the right to share in profits; Social conflicts; Cultural Identity.

Artículo recibido: 03/04/2012 Aceptado: 15/09/2012

Sumario

1. Introducción
2. Pueblos indígenas: ¿quiénes pueden ser considerados pueblos indígenas?
3. Derecho a la identidad cultural
 - 3.1 Derecho a la identidad cultural en el Sistema Interamericano
 - 3.2 Derecho a la identidad cultural en la Constitución de 1993
4. El Derecho de los pueblos indígenas al compartio de beneficios de la explotación de sus tierras
 - 4.1 Reconocimiento constitucional del Convenio 169 de la OIT
 - 4.2 Reconocimiento constitucional del artículo 15 del Convenio 169 de la OIT
 - 4.3 Reconocimiento del Sistema Interamericano del derecho de los pueblos indígenas a compartir los beneficios de las empresas privadas que explotan las riquezas naturales en sus territorios
5. El derecho al compartio de beneficios económicos de los pueblos indígenas como medio de solución de conflictos
6. Conclusiones
7. Bibliografía

1. Introducción

La población indígena en el Perú ha sido por mucho tiempo marginada, es decir, no se han respetado sus derechos ni se les han atribuido los beneficios correspondientes, y no solo los que merecen y poseen por ser ciudadanos y peruanos, sino los que ostentan por ser un grupo humano especial. Decimos especial porque se encuentra lamentablemente en una situación de desventaja, ya que en muchas ocasiones su voz no es debidamente escuchada por las autoridades. Muchos de los pueblos indígenas del Perú están de alguna manera olvidados por el Estado, muchos niños no tienen una debida alimentación, están en constante riesgo de contraer alguna enfermedad.

La Constitución de Perú reconoce el derecho a la igualdad de todas las personas que viven bajo el territorio peruano, por ello todos los peruanos deben de ser considerados de la misma manera, respetarse sus derechos y

brindarles un ambiente adecuado de vida, dentro de las posibilidades del Estado.

En ese sentido, es necesario que, al ser una cantidad considerable de peruanos los que se encuentran afectados por el olvido del Estado, sus derechos no solo sean reconocidos sino también garantizados.

El Convenio 169 de la OIT permite que muchos de estos derechos puedan ser exigidos. El mismo que, si bien ha comenzado a tener notoriedad a partir del debate por el derecho a la consulta previa, reconoce también a estos pueblos indígenas otros derechos, entre ellos el derecho a compartir beneficios por la explotación de los recursos naturales situados en sus tierras. Este último será analizado en el presente trabajo de investigación.

Utilizaremos los informes de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR), las resoluciones y pronunciamientos de los Órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, así como las sentencias del Tribunal Constitucional peruano, para concluir que el derecho de los pueblos indígenas al compartido de beneficios económicos por la explotación de sus tierras tiene un reconocimiento constitucional e internacional, pero que el Estado peruano no quiere aceptar.

A modo de conclusión, propondremos que el real goce de este derecho permitiría una solución de los conflictos sociales en Perú, ya que estos se dan usualmente porque los pueblos indígenas no se benefician de forma directa o indirecta de la explotación de sus territorios ancestrales, generando el descontento social que originan los citados conflictos.

2. ¿Qué pueblos pueden ser considerados indígenas?

Para responder esta pregunta podríamos empezar conceptualizando el término “indígena”. Éste se refiere a

... aquellas poblaciones que conservan total o parcialmente sus propias tradiciones, instituciones o estilos de vida, que los distinguen de la sociedad dominante y que habitaban un área específica antes de la llegada de otros grupos. Esta descripción es válida en América del Norte, Central y del Sur, y en ciertas regiones del Pacífico (OIT, 2006, 146).

Siguiendo esta conceptualización, Rodolfo Stavenhagen explica que

... son pueblos originarios cuya soberanía fue violentada por un proceso de conquista y colonización y que han sido incorporados contra su voluntad al dominio de estados modernos que les fueron impuestos desde arriba y de fuera (Stavenhagen, 2008, 193–194).

También debemos analizar los tratados internacionales que versan sobre los derechos de estos grupos humanos, como el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que utiliza el término “pueblos indígenas” en su primer articulado.

En el artículo 1 inciso 1 de dicho convenio se puede extraer una definición del término “pueblos indígenas”, el cual es aplicable

... a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial”. Así como [...] a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

En ese sentido, el mismo artículo en su inciso 2 menciona que

La conciencia de su identidad o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

Como señala muy bien la OIT, el Convenio 169 no define estrictamente quiénes son pueblos indígenas y tribales sino que describe los pueblos

que pretende proteger en el artículo primero del mismo tratado.

Si bien, como ya se mencionó, el Convenio no establece una definición, sí nos refiere dos criterios para la identificación de los pueblos indígenas: un criterio objetivo y otro subjetivo. El criterio objetivo está referido

... al grupo humano considerado como un colectivo distinto al resto de la sociedad al descender de las poblaciones que originalmente habitaban el país al momento de la conquista, colonización o establecimiento de las fronteras actuales. Este colectivo tiene estilos de vida tradicionales, cultura y manera de vivir distintos de los otros sectores de la población nacional, organización social propia, y costumbres y leyes tradicionales. Estos elementos pueden ser cumplidos de forma total o parcial.

Mientras que el criterio subjetivo “es la conciencia de pertenecer a un colectivo distinto del resto de los sectores de la población nacional”.

Para ser considerado pueblo indígena el grupo humano debe tener, entre los criterios objetivos, la continuidad histórica. La misma exige tener descendientes de pueblos originarios que, en palabras de la propia OIT, “son sociedades anteriores a la conquista o la colonización”. Asimismo, estos colectivos deben tener una conexión territorial, que exige vivir en el mismo territorio que vivieron sus ancestros. Por último, se exige la conservación de la identidad cultural, que involucra mantener total o parcialmente las instituciones políticas, culturales, económicas y sociales distintivas (OIT, 2009, 9).

Sobre el criterio subjetivo, entendemos que la autoidentificación que establece el Convenio 169 busca que los miembros de los colectivos se perciban como miembros de un pueblo distinto a las demás culturas o a las culturas predominantes, siendo este criterio fundamental para la determinación de un pueblo indígena como tal, puesto que según se “asigna una importancia fundamental a si un pueblo determinado se considera indígena o tribal bajo el Convenio y a si una persona se identifica como perteneciente a ese pueblo” (OIT, 2009, 9).

Así podemos concluir que, como señala la OIT, el Convenio 169 no define estrictamente quiénes son pueblos indígenas y tribales sino que describe los pueblos que pretende proteger en el artículo 1. Esto es, porque el

inciso 1 letra b establece tres criterios objetivos y el inciso 2 establece un criterio subjetivo para identificar los pueblos indígenas, con lo cual, según dichos criterios en su totalidad, un colectivo humano puede considerarse pueblo indígena para exigir y ejercer la tutela especial de los derechos que les corresponden por ser tal (Jahncke y Meza, 2010, 24)¹.

El Estado peruano ha reconocido de forma oficial que las comunidades campesinas y nativas constituyen pueblos indígenas. Así lo informó a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR). Esta comisión hizo referencia a lo manifestado por el Estado y, además, señaló que éste era un pronunciamiento que había sido reiterado en años anteriores. En todo caso, la propia CEACR reiteró que las comunidades campesinas y nativas reúnen los requisitos previstos en el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT, y en consecuencia que se les aplica el referido Convenio. Esta Comisión de Expertos de la OIT

... considera que, en la medida en que las comunidades campesinas reúnen los requisitos del artículo 1, párrafo 1, del Convenio, deben gozar de la protección integral del Convenio independientemente de las diferencias o similitudes con otras comunidades, e independientemente de su denominación (CEACR, 2009, 3).

La misma CEACR

... reitera que el concepto de pueblo es más amplio que el de comunidad y las engloba y que, cualquiera sea su denominación, no

1 Según Javier Jahncke y Roció Meza para ser considerado como pueblo indígena es necesario reunir los siguientes factores: a) ocupación de territorios ancestrales o parte de ellos; b) linaje en común con los ocupantes originales de esos territorios; c) cultura en general o manifestaciones específicas (como son religión, sistema tribal de vida, afiliación a una comunidad indígena, indumentaria, modo de subsistencia, estilo de vida, etcétera); o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

debe haber ninguna diferencia a efectos de la aplicación del Convenio, en la medida en que las comunidades denominadas nativas, campesinas u otras estén comprendidas en el artículo 1, párrafo 1, a) o b), del Convenio, en cuyo caso corresponde aplicarles por igual todas las disposiciones del Convenio (CEACR, 2009, 3).

Entonces, si bien no hay una definición única del concepto pueblo indígena, podemos utilizar los dos criterios de identificación antes mencionados, el criterio objetivo relacionado a la antigüedad de la comunidad en su territorio, y el criterio subjetivo que es el sentimiento de pertenencia de las personas dentro de la comunidad.

3. Derecho a la identidad cultural

3.1 Derecho a la identidad cultural en el Sistema Interamericano

Antes de conceptualizar el derecho a la identidad cultural, es necesario proveer una significación de cultura. Luis Villoro, entiende que

Una cultura no es un objeto entre otros, sino un conjunto de relaciones posibles entre ciertos sujetos y su mundo circundante. Está constituida por creencias comunes a una colectividad de hombres y mujeres; valoraciones compartidas por ellos; formas de vida semejantes; comportamientos, costumbres y reglas de conducta parecidos. No son exactamente iguales en todos los sujetos pero presentan rasgos de familia semejantes; son intersubjetivos. Esas disposiciones dan lugar a un mundo propio constituido por una red de objetos [...], de estructuras de relación conforme a reglas [...], animado por un sistema significativo común [...]. Ese mundo es el correlato colectivo del conjunto de disposiciones intersubjetivas (Villoro, 1998, 110).

Como bien ha explicado Villoro, la cultura afecta amplios aspectos de la vida, como por ejemplo la vivienda, la alimentación, la relación con la tierra y el entorno natural, la atención médica, la religión, la educación y las artes. Una definición similar llega a dar Rodolfo Stavenhagen, quien entiende por cultura

... la suma de todas las actividades y productos materiales y espirituales de un determinado grupo social, que lo distinguen de otros grupos similares” (Stavenhagen, 1998, 1).

Luego de haber dado un acercamiento al concepto de cultura, podemos analizar el desarrollo del contenido del derecho a la cultura o a la identidad cultural, ambos protegidos en normas internacionales. En efecto, los derechos culturales en el ámbito internacional se basan en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que protege el derecho de los miembros de minorías a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma, el mismo que se expresa en este instrumento internacional en su artículo 27, que dice:

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales protege el derecho a participar en la vida cultural y a gozar de los beneficios de la ciencia y la cultura. El mismo Pacto señala la obligación del Estado de asegurar la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura. El artículo 15 de este Pacto señala que:

1. Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: a) Participar en la vida cultural; [...] 4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.

De la misma forma, la Declaración Universal de los Derechos Humanos introduce el tema de los derechos culturales en el sistema internacional de protección de los derechos humanos cuando dice en su artículo 27 que:

“Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad”. Entonces, después de haber revisado los instrumentos internacionales que mencionan y proclaman los derechos culturales, podemos concluir que estos tienen una relación directa con el derecho a la identidad de la persona.

Por su parte, el Convenio 169 de la OIT, tratado internacional que luego analizaremos, ha establecido que los Estados deben promover la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas, respetándose su identidad social y cultural así como sus costumbres y tradiciones. Este Convenio señala en sus disposiciones que deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de estos pueblos.

3.2 Derecho a la identidad cultural en la Constitución de 1993

La Constitución Política peruana ha reconocido el derecho a la identidad étnica y cultural, como un derecho fundamental de las personas, el cual se encuentra en el artículo 2, inciso 19 de la misma Constitución de 1993, que dice:

Derechos fundamentales de la persona. Toda persona tiene derecho [...] 19. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.

Como podemos observar la Carta Magna peruana ha señalado el reconocimiento del Estado en cuanto a la pluralidad étnica y cultural, especificando la necesidad de su protección. En relación a esta afirmación constitucional, el Tribunal Constitucional, en la sentencia N° 00020-2005-A/TC, conocida como la sentencia “Hoja de Coca”, exhortó al Presidente de la República a reevaluar la política nacional e internacional antinarcóticos de conformidad con los artículos 3 y 11 del artículo 118° de la Constitución a efectos de que sea más eficiente y acorde al derecho y a la realidad nacional y regional².

2 De la misma forma, el TC desarrolló el inciso 19 del artículo 2 de la Constitución explicando que: “De esta forma, el Constituyente ha proyectado en la Constitución formal

Para Carlos Ruiz Miguel, que la Constitución de un país acepte que su población es multicultural y pluriétnica, “... implica la posibilidad de valorar igualmente todas las culturas”. Es más, para este autor, aceptar que el Perú es una Nación multicultural y pluriétnica, es criticar

... tres principios básicos del constitucionalismo: la neutralidad del estado, la separación del “cargo” de la “persona” que lo ocupa y la generalidad (omninclusividad) de la ley. Este último es quizá el rasgo fundamental. La “política del reconocimiento” de las culturas que exige el multiculturalismo implica leyes “sectoriales” y, por tanto, desiguales (Ruiz Miguel, 2001, 20–21).

Por ende, en Perú la Carta Magna acepta que la Nación está constituida por una multiplicidad de culturas, las cuales deben garantizar que se respeten los derechos constitucionales de todos los ciudadanos que las conforman.

En relación a este tema, el TC peruano también ha mencionado que:

El derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2° de la Constitución Política del Perú comprende un doble carácter de

un elemento esencial de la Constitución material de la Nación peruana: su multiculturalismo y pluriétnicidad. Se trata de una concreción del principio de Estado social y democrático de derecho, establecido en el artículo 43° de la Constitución, pues, tal como ha tenido oportunidad de afirmar este Colegiado, “el hecho que la Constitución de 1993 reconozca el derecho fundamental de las personas a su identidad étnica y cultural, así como la pluralidad de las mismas, supone que el Estado social y democrático de Derecho está en la obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y pluralismo cultural, pero siempre que ellas se realicen dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora, tales como la dignidad de la persona humana (artículo 1 de la Constitución), la forma democrática de Gobierno (artículo 43) y la economía social de mercado (artículo 58)”. (STC. N° 00020–2005–A/TC, f. j. 99).

rasgos, por un lado es objetivo (nombre, seudónimo, registros, herencia características corporales, etc.) y por el otro de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.), pudiendo ser en muchos casos mucho más relevante este último. En este sentido este derecho implica distinguir a una persona frente a partir de datos tan elementales como el nombre o las características físicas pudiendo requerir de referentes más complejos tales como puede ser el caso de costumbres, o creencias, por consiguiente este derecho se concibe de una manera integral (STC. N° 2273-2005-PHC/TC, f. j. 21-23).

Y siguiendo con este desarrollo jurisprudencial, el TC expresó en otra ocasión que:

... el hecho que la Constitución de 1993 reconozca el derecho fundamental de las personas a su identidad étnica y cultural, así como la pluralidad de las mismas, supone que el Estado social y democrático de Derecho está en la obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y pluralismo cultural, pero siempre que ellas se realicen dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora, tales como la dignidad de la persona humana (artículo 1 de la Constitución), la forma democrática de Gobierno (artículo 43) y la economía social de mercado (artículo 58) (STC. N° 0042-2004-AI/TC, f. j. 2).

Por otro lado, el TC intenta también precisar y diferenciar los conceptos de identidad étnica e identidad cultural

La Constitución reconoce, entonces, el derecho tanto a la identidad cultural como a la identidad étnica. Si bien se trata de conceptos jurídicos indeterminados, este Tribunal considera que se trata de dos ámbitos de protección de la identidad cultural, entendidos como identidad de un grupo social y también como expresión cultural general.

Agrega el propio TC que por un lado se trata de la identidad de los grupos étnicos, es decir, de

... aquellas características, cualesquiera que puedan ser que, al prevalecer dentro del grupo y distinguirlo de los demás, nos inclinan a considerarlo un pueblo aparte. Para el hombre de la calle un pueblo es el equivalente de lo que el informado llama un grupo étnico; y, por otro, de la identidad cultural general, esto es, de la identidad de todo grupo social que se genera en el proceso histórico de compartir experiencias y luchas sociales comunes para autodefinirse como pueblo. Por ello, puede afirmarse que entre identidad cultural e identidad étnica existe una relación de género a especie (STC. N° 0006-2008-PI/TC, f. j. 19).

Podemos decir, según lo interpretado por el TC, que el derecho a la identidad cultural exige que:

a. se debe reconocer a la cultura su capacidad de desarrollo de las potencialidades de toda persona o comunidad;

b. se debe reconocer a todos los ciudadanos el derecho cultural como un derecho del hombre a determinar su identidad.

Asimismo, debemos mencionar que los derechos culturales tienen las siguientes características:

a. pueden ser exigidos por las personas en forma individual y/o colectiva;

b. permiten identificar al sujeto de los derechos del hombre en su individualidad y en su pertenencia a comunidades múltiples (Borgui, 1996, 17).

Este reconocimiento del elemento cultural que está en su contenido, permite señalar que la Constitución

... no se limita sólo a ser un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de un cierto grado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación propia de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos (Häberle, 2000, 34).

Es por ello que brindar auténticas oportunidades de participación a

las minorías, en particular a los pueblos indígenas, mediante el respeto de sus derechos específicos, es un elemento central del respeto por los derechos culturales (Amnistía Internacional, 2012). Entre estos, el derecho a la identidad cultural, el cual se encuentra en tratados internacionales suscritos por el Perú y de obligatorio cumplimiento, como por ejemplo el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Podemos decir que

La consecución de los derechos culturales sigue siendo tarea prioritaria. El proceso apenas ha comenzado, su goce pleno se perfila en el largo plazo. Es indispensable desarrollar estrategias que conduzcan al logro de estos objetivos en los años venideros (UNESCO, 2003, 40).

Asimismo, debemos entender que

El constitucionalismo de las últimas décadas se ha caracterizado por tutelar no solamente una igualdad formal, sino que ha querido avanzar hacia una igualdad de hecho o igualdad sustancial (Carbonell Sánchez, 2000, 99)

y mediante la tutela y reconocimiento de los derechos específicos de los pueblos indígenas se está buscando lograr este objetivo.

4. El derecho de los pueblos indígenas al comparto de beneficios de la explotación de sus tierras

El Convenio 169 de la OIT reconoce las aspiraciones de los pueblos indígenas de asumir el control de sus instituciones, formas de vida y de desarrollo económico, a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones dentro del marco de los Estados en que viven, así como la oportunidad real de administrar, controlar sus vidas y decidir su propio futuro.

Una muestra de lo mencionado es el derecho de los pueblos indígenas a compartir los beneficios de las empresas privadas que explotan las riquezas naturales en sus territorios, enunciado en el inciso 2 del artículo 15 del Convenio 169 de la OIT:

Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

Esta norma es clara: reconoce el deber del Estado de obligar y fiscalizar que las empresas privadas compartan los beneficios que producen la explotación de las tierras de los pueblos indígenas. Para la OIT, el derecho a beneficiarse de las ganancias que reporten la explotación y el uso de los recursos naturales tiene la finalidad que

Los pueblos indígenas tienen derecho a tener parte en los beneficios que reporten la prospección o explotación de los recursos naturales de sus tierras. La distribución de los beneficios puede adoptar diferentes formas, como la celebración de acuerdos específicos con cada comunidad, la negociación de acuerdos entre los estados y los territorios autogobernados o la redistribución de impuestos y ingresos para su aplicación a los fines de desarrollo específicos de los pueblos indígenas (OIT, 2009, 108).

Cuando el artículo 15, inciso 2 dice que deberán participar “siempre que sea posible” en los beneficios que reporten las actividades económicas en sus tierras, debemos entender que la expresión utilizada en el Convenio significa siempre que existan ganancias de las mismas actividades económicas, puesto que si no generan beneficios no se pueden repartir o compartir los mismos. Este articulado no significa en cambio que se deje a libre disposición de la empresa y del Estado el compartir los beneficios que genere la explotación de los recursos que se encuentren en los territorios de los pueblos indígenas afectados.

Si bien el artículo 15, inciso 2 se ubica en una hipótesis en la cual la obligación de consulta se activa cuando hay planes de intervención sobre los recursos naturales del subsuelo ubicados dentro de las tierras de los pueblos indígenas, entra en conflicto con el artículo 66 de la Constitución peruana, puesto que dice:

Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento;

y que:

Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

Generando un posible conflicto de interpretación y una negación por parte del Estado peruano, pero esta posibilidad ya está prevista en el primer párrafo de dicho inciso que dice:

En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.

Es decir, en el caso que los recursos naturales sean propiedad del Estado, como en el caso peruano, y estos se encuentren en tierras de los pueblos indígenas, estos últimos deberán de ser consultados mediante la interpretación conjunta del artículo 15, inciso 2 que brinda el marco normativo para los efectos de esta investigación, y artículo 6, numeral 1, literal b), que regula el derecho a la consulta previa.

El artículo 6 del Convenio 169 reconoce instituciones y mecanismos de consulta, así como la oportunidad (realización previa ante cualquier acto administrativo o legislativo del Estado que pueda vulnerar los derechos de los Pueblos Indígenas), la obligación del Estado de proveer los recursos necesarios, la promoción de mecanismos e instituciones de consulta adecuados. Se exige buena fe y proceder de acuerdo a las circunstancias para lograr el desarrollo de la consulta. Sin embargo, un aspecto que merece ser destacado,

es que no se trata de una formalidad a superar sino una obligación de todo Estado que ha suscrito dicho Convenio.

El ex magistrado del Tribunal Constitucional peruano, Cesar Landa, mencionó en su voto singular de la sentencia sobre el derecho a la consulta que

El derecho de consulta como expresión del autogobierno, y éste a su vez de la autodeterminación de los pueblos indígenas, reconoce su participación efectiva y libre en las esferas de decisión que les afecte, es decir, tiene como objetivo asegurar su participación en todos los niveles en la adopción de decisiones dentro de un diálogo intercultural. Así, el derecho de consulta se fundamenta en el derecho a que los pueblos indígenas establezcan libremente sus prioridades de desarrollo, a fin de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas que les afecten (STC. N° 0022–2009–AI/TC, Voto en Singular del Mag. Landa Arroyo, f. j. 8).

Por lo mismo, el objetivo de la consulta es llegar a un acuerdo, en consecuencia hay que orientar los esfuerzos hacia esa finalidad. Al lado de esta norma general, encontramos el derecho al compartio de beneficios de los pueblos indígenas, el mismo que también deberá de ser atendido dentro de los puntos a consultar y acordar con el Estado y la empresa u organización dentro del proceso de consulta previa antes mencionado. Además, del derecho de los pueblos indígenas al compartio de beneficios se puede decir que el objeto de la consulta previsto inciso 2 del artículo 15 es determinar,

... con anterioridad a la autorización de cualquier actividad de exploración o explotación, si es que los intereses de uno o más pueblos indígenas podrían verse perjudicados, y en qué medida, para que en base a ello pueda preverse la correspondiente indemnización equitativa por cualquier daño que pudieran sufrir como resultado de dicha(s) actividad(es) (Bryce y Camino, 2010, 23).

4.1 Reconocimiento constitucional del Convenio 169 de la OIT

Para que este informe jurídico sea entendido a cabalidad, es necesario

que nos ubiquemos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), adoptado en el año 1989 y que está en vigor desde el 06 de septiembre de 1991, el cual fue ratificado por el Estado peruano el 02 de febrero de 1994 con lo que pasó a formar parte del derecho constitucional interno³.

El TC ha reconocido de forma reiterada y uniforme el carácter vinculante de las normas y pronunciamientos de la OIT por el TC. Eso significa que el Convenio 169 de la OIT no es el primer Convenio al que se le ha reconocido y se le reconocerá fuerza normativa. En relación a esto, el TC ha reconocido que el Convenio 169 de la OIT tiene rango constitucional, con lo cual cierra el debate acerca de la fuerza normativa de este instrumento, en la sentencia N° 03343-2007-PA/TC, el TC expresó:

... habiéndose aprobado el Convenio N° 169 [...] su contenido pasa a ser parte del Derecho nacional, tal como lo explicita el artículo 55 de la Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar –normativa e interpretativamente– las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes (STC. N° 3343-2007-PA/TC, f. j. 31).

Asimismo, el TC en la sentencia recaída en el expediente N° 00022-2009- AI/TC, expresó que:

En el caso del Convenio N.° 169 de la OIT, la situación es distinta. Como ya ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en la STC 03343-2007-PA/TC [fundamento 31], tal convenio forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, por lo tanto, como cualquier otra nor-

3 Fue aprobado e incorporado a la legislación nacional mediante Resolución Legislativa N° 26253, publicada el 2 de diciembre de 1993.

ma debe ser acatada. De otro lado, los “tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional” (STC N.º 0025–2005–PI/TC, Fundamento 33). Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar –normativa e interpretativamente– las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes (STC. N.º 0022–2009–AI/TC. f. j. 9).

Del mismo modo en dicha sentencia, el TC explicó que:

De otro lado, se ha argumentado también que el Convenio N.º 169 no ha sido reglamentado, por lo que no podría ser aplicado. El planteamiento subyacente a este argumento esgrime que el referido Convenio sería una norma programática, no pudiendo ser aplicada sin que previamente exista una regulación domestica que la desarrolle. Al respecto, este planteamiento puede ser cuestionado desde dos diferentes perspectivas. En primer lugar, asumiendo como lo alega el Ejecutivo que se trata de una norma programática, debe tenerse presente que el Convenio fue suscrito por el Estado peruano en 1994, entrando en vigencia el 1995. Es decir, a la fecha han transcurrido más de 15 años de su entrada en vigencia, tiempo suficiente para su regulación, lo que no ocurrió por exclusiva responsabilidad del Estado. Esta argumentación no hace sino poner en evidencia una omisión por parte del Estado, debiendo por ello ser desestimada (STC. N.º 0022–2009–AI/TC. f. j. 11).

Además, el TC señala que no es necesario que exista una norma interna que desarrolle el contenido del Convenio 169 para que este surta efectos jurídicos en el fuero interno, ya que ello sería incumplir con las obligaciones asumidas por el Estado peruano con los entes internacionales (STC. N.º 0022–2009–AI/TC. f. j. 12 y 13). Es decir, no hay dudas del reconocimiento constitucional del Convenio 169 de la OIT, de acuerdo a lo expresado por el TC peruano. Debemos mencionar que al ser el Convenio 169 un tratado inter-

nacional de derechos humanos ostenta rango constitucional dentro de nuestro ordenamiento, y forma parte del denominado bloque de constitucionalidad⁴.

En palabras del TC,

... la infracción indirecta de la Constitución implica incorporar en el canon del juicio de constitucionalidad a determinadas normas además de la propia Carta Fundamental. Se habla en estos casos de vulneración “indirecta” de la Constitución, porque la invalidez constitucional de la norma impugnada no puede quedar acreditada con un mero juicio de compatibilidad directo frente a la Constitución, sino sólo luego de una previa verificación de su disconformidad con una norma legal perteneciente al parámetro de constitucionalidad (STC. N° 0020–2005–AI/TC, f. j. 27).

En el caso concreto de los TIDH, esta inserción en el bloque de constitucionalidad es fruto de una interpretación sistemática de los artículos 79 del Código Procesal Constitucional en consonancia con el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, y con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política. Asimismo, de acuerdo al artículo 55 de la Constitución Peruana de 1993: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”. El Convenio 169 de la OIT cumplirá una función de parámetro de validez constitucional al formar parte de este bloque de constitucionalidad.

4.2 Reconocimiento constitucional del artículo 15 del Convenio 169 de la OIT

El TC en la sentencia recaída en el expediente N° 00022–2009–PI/TC que es de gran trascendencia marca un nuevo rumbo y un nuevo tiempo

⁴ Se entiende por bloque de constitucionalidad al conjunto de normas que al lado y conjuntamente con la Constitución, componen el parámetro y límites para la evaluación de la constitucionalidad de las leyes, dada su importancia y trascendencia. El TC reconoce a los tratados internacionales de derechos humanos como fuentes de derecho (STC. N° 0047–2004–AI/TC, f. j. 18–22).

en las luchas de los pueblos indígenas, en lo referido a la obligación de compartir los beneficios de las actividades consultadas. Señala, entre otros argumentos, que:

... cuando un pueblo indígena se ve perjudicado por la expropiación de su territorio se puede vulnerar algo más que su derecho fundamental a la propiedad. Se pone en riesgo también la propia existencia del pueblo indígena y sus valores espirituales.

A continuación el Tribunal establece que:

... la obligación del Estado no debe remitirse al pago de un justiprecio, sino que debe ir más allá, hacia un beneficio compartido. No basta pues con que se les otorgue nuevas tierras de igual extensión y calidad, sino que los pueblos indígenas deben beneficiarse de la explotación que se lleva a cabo en sus territorios ancestrales originales de los que fueron separados, garantizando con ello no solo la continuidad de su existencia, sino el mejoramiento de la calidad de vida. Solo así puede comprenderse justificada la expropiación de tierras indígenas, de lo contrario, los miembros de tales pueblos podrán recurrir a las vías legales pertinentes a fin de tutelar sus derechos (STC. N° 0022–2009–PI/TC, f. j. 52).

En la STC. N° 6316–2008–PA/TC, el TC explicó de manera más precisa y en relación al reparto de los beneficios de las actividades económicas que se realicen en los territorios de los pueblos indígenas y al artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, llegando a decir que:

Este Colegiado considera que el derecho de consulta es un derecho habilitante para la garantía de los demás derechos que se reconoce a las comunidades, porque les permite espacios para el diálogo y la inclusión en los proyectos que tendrán directa implicancia en el territorio donde se asientan. El referido Convenio 169 precisa una serie de derechos y obligaciones por parte de los Estados firmantes del

Convenio, a efectos de dar la mayor cobertura posible al derecho de consulta como mecanismo de participación de las comunidades en los beneficios que genere la inversión privada en sus territorios, en procura de su propio desarrollo y pleno respeto a su identidad étnica... (STC. N° 6316–2008–PA/TC. f. j. 18).

También, en la STC. N° 0022–2009–AI/TC el TC destaca el principio de coparticipación en los beneficios de la riqueza a favor de las Comunidades Nativas. Este concepto implica la obligación del Estado de generar el desarrollo verdaderamente integral que se haya visto afectado:

Es por ello, que la obligación del Estado no debe remitirse al pago de un justiprecio, sino que debe ir más allá, hacia un beneficio compartido. No basta pues con que se les otorgue nuevas tierras de igual extensión y calidad, sino que los pueblos indígenas deben beneficiarse de la explotación que se lleva a cabo en sus territorios ancestrales originales de los que fueron separados, garantizando con ello no solo la continuidad de su existencia sino el mejoramiento de la calidad de vida. Solo así puede comprenderse justificada la expropiación de tierras indígenas, de lo contrario, los miembros de tales pueblos podrán recurrir a las vías legales pertinentes a fin de tutelar sus derechos (STC. N° 0022–2009–AI/TC, f. j. 52).

Esto último, es una interpretación de lo resuelto por la CIDH en el caso Saramaka y el Convenio 169. De acuerdo con lo señalado por la Corte, los miembros de las comunidades indígenas tienen derecho a participar, en forma razonable, de los beneficios derivados de la restricción del derecho al uso y goce de sus tierras tradicionales y de aquellos recursos naturales necesarios para su supervivencia⁵. Esta sentencia la analizaremos más adelante.

5 Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 139.

4.3 Reconocimiento del Sistema Interamericano del derecho de los Pueblos Indígenas a compartir los beneficios de las empresas privadas que explotan las riquezas naturales en sus territorios

El Convenio 169 establece el derecho a la participación de los pueblos indígenas en los beneficios que reporten las actividades de las empresas privadas que explotan riquezas de sus territorios, tal como también lo resolvió la Corte Interamericana en el *caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*.

Este reconocimiento y desarrollo que realiza la Corte sobre el derecho a compartir los beneficios que se obtengan de la explotación de los recursos naturales que se extraigan de los territorios de los pueblos indígenas, ha sido abordado por la Corte Interamericana en una reciente sentencia⁶ recaída en el *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Es importante porque contiene un conjunto de reglas vinculantes, incluso para aquellos países que no han sido parte en el proceso como es Surinam.

En otra sentencia, la Corte IDH es más explícita:

La segunda garantía que el Estado debe cumplir al considerar los planes de desarrollo dentro del territorio Saramaka es aquella de compartir, razonablemente, los beneficios del proyecto con el pueblo Saramaka. Se puede decir que el concepto de compartir los beneficios, el cual puede encontrarse en varios instrumentos internacionales respecto de los derechos de los pueblos indígenas y tribales, es inherente al derecho de indemnización (Corte IDH, 2007, 138).

6 Estos son los argumentos esgrimidos por la Corte: “El Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o en su caso, el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio, y a compartir, razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos con el pueblo Saramaka, en el caso de que se llevaran a cabo, en los términos de los párrafos 129 a 140, 143, 155, 158 y 194(d) de esta Sentencia”. (Corte IDH, 2007, 133–137).

Pero además, la Corte IDH ha establecido como requisito y condición para la explotación de recursos naturales en los territorios de los pueblos indígenas, donde existe de por medio restricción de sus derechos, tres reglas entre las que destaca que “el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio” (Corte IDH, 2007, 129). Esto significa que si este derecho no está garantizado o no es observado, no se podrían explotar los recursos naturales en el territorio indígena, tal como lo reconoce la propia Corte cuando precisa que

... el Estado puede restringir dicho derecho mediante el otorgamiento de concesiones para exploración y extracción de recursos naturales que se hallan dentro del territorio Saramaka sólo si el Estado garantiza la participación efectiva y los beneficios⁷ del pueblo Saramaka (Corte IDH, 2007, 158).

Estos beneficios compartidos deben ser un porcentaje distinto al que está dirigido al canon, sobre canon y regalías. Este debe de ser un porcentaje que se extraiga de las utilidades de la empresa, esto es, sobre la diferencia entre el valor que tienen los bienes resultado del proceso productivo (productos) y los que se emplearon en el mismo (insumos), deducidos también los demás gastos de operación.

Además, existe una desproporción entre las expectativas económicas de las comunidades sobre los proyectos mineros e hidrocarburos y la capacidad de respuesta de las empresas con su aporte voluntario, siendo esta última mucho menor que la primera. Ello se escuda en programas de desarrollo social. Sin embargo, éstos son muy diferentes de la contribución mediante regalías o impuestos al Estado, que en teoría se podrían considerar parte de los beneficios que la minería genera para garantizar el desarrollo local sostenible, pero que no siempre beneficia a los principales afectados.

Concluyendo, de acuerdo con lo señalado por la Corte:

7 subrayado nuestro.

... los miembros de las comunidades indígenas tienen derecho a participar, en forma razonable, de los beneficios derivados de la restricción del derecho al uso y goce de sus tierras tradicionales y de aquellos recursos naturales necesarios para su supervivencia (Corte IDH, 2007, 139)

puesto que interpretando lo dispuesto por el Convenio 169 OIT, que dispone en el artículo 15 la participación y consulta previa a los pueblos indígenas cuando se trate de utilizar los recursos naturales en sus territorios, su derecho a la participación en los beneficios que reporten tales actividades(inciso 2) y su derecho a recibir indemnización por cualquier daño que pudiera sufrir como resultado de esas actividades (inciso 1). Debemos subrayar que el derecho a recibir una indemnización y el derecho a compartir los beneficios de las explotaciones de los recursos naturales en sus tierras, son dos derechos diferentes, con dos pagos diferentes y autónomos.

5. El derecho al compartio de beneficios económicos de los pueblos indígenas como medio de solución de conflictos

El Convenio 169 de la OIT busca que los Estados aseguren que los pueblos indígenas gocen plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Esto obliga a que los mismos Estados adopten medidas especiales necesarias para salvaguardar a las personas, instituciones, bienes, trabajo, culturas y el medio ambiente de los pueblos indígenas.

En ese sentido, creemos que es fundamental que el Estado peruano analice su papel en relación a la efectivización de los derechos de los pueblos indígenas, y en especial del Convenio 169 de la OIT, ya que podemos evidenciar que se está vulnerando de manera manifiesta instrumentos internacionales que generan una responsabilidad internacional.

Más aun, cuando se han generado conflictos sociales entorno a las desigualdades económicas y las vulneraciones a los derechos de los pueblos indígenas en el Perú, las propuestas políticas que prometen reconocer sus derechos (Diario Gestión, 27 y 28 de junio de 2011), puede acarrear a una

promesa incumplida o a una promesa a medio cumplir generando un falso reconocimiento de estos derechos. Es decir, reconocimiento mediante una ley pero no en la práctica, siendo esto aún peor, ya que “el falso reconocimiento o la falta de reconocimiento puede causar daño, puede ser una forma de opresión” (Taylor, 1993, 43).

Ya hemos mencionado que el Estado peruano por la explotación de recursos naturales ha logrado de enero a octubre de 2010 cerca de 310.000 millones de dólares, cerca de 72% por ciento de la exportación total del Perú entre esas fechas (Ministerio de Energía y Minas, 2011, 6), y los pueblos indígenas no han tenido acceso a este beneficio económico.

Consideramos que se debe innovar la legislación a fin de que se introduzca la obligación de *compartir los beneficios económicos obtenidos por la explotación del territorio con sus ancestrales ocupantes*. El numeral 2 del artículo 15 del citado Convenio establece que los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de las mismas. Por vía jurisprudencial, nuestro Tribunal Constitucional ha buscado que “se garantice el derecho de los pueblos indígenas a compartir beneficios de la explotación de los recursos naturales” en sus territorios, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT y de los fundamentos 52 y 53 de la sentencia 00022–2009–PI/TC⁸. Este derecho al estar contenido en el Convenio 169 de la OIT ostenta rango constitucional⁹.

Esta obligación de los Estados de respetar y garantizar este derecho

8 Esto no solo porque así lo ha establecido la Cuarta disposición final de la Constitución y transitoria sino por la propia jurisprudencia del TC (STC. N° 00025–2005–PI/TC y 00026–2005–PI/TC, acumulados f. j. 34).

9 El Tribunal Constitucional peruano señaló que: “el contenido constitucionalmente protegido de los derechos reconocidos por la Ley Fundamental no sólo ha de extraerse a partir de la disposición constitucional que lo reconoce; de la interpretación de esta disposición con otras disposiciones constitucionales con las cuales pueda estar relacionada (principio de unidad de la Constitución), sino también bajo los alcances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (STC N° 4587–2004–AA/TC, f. j. 44).

también ha sido reiterada por la jurisprudencia vinculante de la Corte IDH (STC. N° 00007–2007–PI/TC, f. j. 36), cuando ha señalado como condición para la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la obligación del Estado de “garantizar que los miembros del pueblo [...] se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio” (2006, 129). No debemos olvidar que la aplicación directa por los jueces nacionales y en general por los funcionarios públicos de los estándares desarrollados por la Corte IDH, ha sido reconocida por la propia Corte (2006, 124) y por el mismo TC (STC. N° 02798–2004–HC/TC, f. j. 8).

El español Javier Arellano, tras una investigación de los conflictos sociales relacionados con las empresas extractivas en Perú llegó a la siguiente conclusión:

El daño ambiental que provocan las mineras no es la principal causa de los conflictos sociales en el país. {...} la mayoría de los conflictos es ocasionada por el crecimiento de la rentabilidad de las minas y, por consiguiente, de los ingresos por canon de las regiones. En otras palabras, la gente no se opone a las mineras. Lo que les exige es que compartan sus ganancias¹⁰ (Diario La República, 20 de noviembre de 2011).

Este investigador señaló que si bien los pasivos ambientales como el resto de materias ligadas a estos (como el derecho al agua no contaminada, las consecuencias de este daño ambiental en la salud, los efectos en las economías agrícolas–ganaderas, etc.), son muchas veces los *caballitos de batalla* de muchas de las movilizaciones y protestas sociales de las comunidades afectadas por la explotación de los recursos naturales en sus tierras. La real naturaleza de estos conflictos es la falta de equidad en los beneficios económicos entre estas comunidades y las empresas.

Por ello, es necesario que los encargados de las políticas del sector y del tesoro público hagan los esfuerzos necesarios para lograr una distribución más justa y equitativa de los beneficios del sector energético, con el

10 Subrayado nuestro.

objetivo de que los pueblos indígenas puedan percibir los beneficios que les corresponden por ser directamente afectados por estas actividad.

6. Conclusiones

El Convenio 169 de la OIT tiene rango constitucional, constituye una verdadera norma jurídica, en consecuencia es de aplicabilidad inmediata, y deviene en un criterio de validez de cualquier procedimiento establecido legislativa y reglamentariamente¹¹. En otras palabras, no necesita de la intermediación legislativa para surtir sus efectos normativos, siendo los derechos contenidos en dicho Convenio de exigencia directa por los beneficiarios, es decir, los pueblos indígenas.

El numeral 2 del artículo 15 del Convenio 169 de la OIT establece además que los pueblos interesados deberán participar, siempre que sea posible, en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades. Nuestro TC mediante la jurisprudencia ha buscado que *se garantice el derecho de los pueblos indígenas a compartir beneficios de la explotación de los recursos naturales* en sus territorios, de conformidad con lo establecido en el citado artículo 15 y de los fundamentos 52 y 53 de la sentencia 00022–2009–PI/TC.

Y si se lee el artículo 77 de la Constitución Política explica que:

le corresponden a las respectivas circunscripciones, conforme a ley, recibir una participación adecuada del total de los Ingresos y Rentas obtenidos por el Estado en la explotación de los recursos naturales en cada zona, en calidad de canon.

11 El Tribunal Constitucional peruano señaló que: "... el contenido constitucionalmente protegido de los derechos reconocidos por la Ley Fundamental no sólo ha de extraerse a partir de la disposición constitucional que lo reconoce; de la interpretación de esta disposición con otras disposiciones constitucionales con las cuales pueda estar relacionada (principio de unidad de la Constitución), sino también bajo los alcances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos"(STC N° 4587-2004-AA/TC, f. j. 44).

Como ya hemos explicado, este artículo permite que las ganancias de las explotaciones de los recursos naturales sean redistribuidos a la localidad, abriendo las puertas para que se convierta en una importante fuente de ingreso para los gobiernos regionales y locales, más no para los pueblos indígenas que son los principales afectados. El Estado peruano debe de homogenizar su normativa en cuanto a la distribución de la recaudación fiscal para que los pueblos indígenas afectados por la explotación de los recursos naturales en sus territorios tengan la posibilidad de beneficiarse de ello.

En efecto, el Estado peruano por la explotación de recursos naturales ha logrado obtener miles de millones de dólares, y los pueblos indígenas no han participado de estos beneficios. En efecto, es bastante obvio que los encargados de las políticas del sector y del tesoro público deben de reformular las políticas públicas para lograr una distribución más justa y equitativa de estos beneficios económicos. Estos esfuerzos deben apuntar a que los pueblos indígenas puedan percibir los beneficios que les corresponden por ser los directamente afectados por estas actividades, cumpliendo con la distribución equitativa de la riqueza.

Y éste, además, es un derecho que ostenta rango constitucional que no tiene por objetivo beneficiar de forma indirecta a la población mediante las diferentes esferas del Gobierno (central, regional o local). Este derecho busca un beneficio directo, que siendo derecho, es vinculante y plenamente exigible por sus titulares. Este derecho poco conocido, pero exigible, se relaciona con el Estado Social de Derecho y con la Economía Social de Mercado, justamente por la noción “social” de ambas terminologías, así como por el valor solidaridad que los subyace e interconecta. También, al lograr efectivizar este derecho, el Estado no solo cumple con un deber en relación con la protección de los derechos de las minorías y con lo suscrito en tratados internacionales de derechos humanos sino que, además, cumpliría con su rol de redistribuir la riqueza.

7. Bibliografía

- Amnistía Internacional. 2012. *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Internet: <http://www.es.amnesty.org/temas/derechos-economicos-sociales-y-culturales/derechos-culturales/>
- Borgui, Marcos y otros. 1996. *Derechos Culturales*. Lima: PUCP/Universidad de Friburgo.
- Bryce, Eduardo y Camino, Alejandro. 2010. *La Consulta a Pueblos Indígenas en Proyectos Hidrocarburíferos, Cuenca Amazónica. Análisis Comparativo de la Legislación y de su Aplicación en Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. Consultoría encargada por el Banco Mundial para el Programa Energía Ambiente y Población. Lima: Banco Mundial
- Carbonell Sánchez, Miguel. 2000. Constitucionalismo, minorías y derechos. *Isonomía* 12 (abril).
- Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR). 2009. Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989, N° 169. Perú, ratificación: 1994.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de junio de 2005.
- Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia de 26 de setiembre de 2006.
- Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007.
- Diario La República. 20 de noviembre de 2011. *La mayoría de conflictos no rechaza a la minería*, <http://www.larepublica.pe/20-11-2011/la-mayoria-de-conflictos-no-rechaza-la-mineria>
- Diario Gestión. 27 de junio de 2011. *Gana Perú evalúa con consultor nuevo esquema de regalías*. <http://gestion.pe/noticia/830685/gana-peru-evalua-consultor-nuevo-esquema-regalias>
- Diario Gestión. 28 de junio de 2011. *Humala propone que el canon sea un tributo adicional al IR*. <http://gestion.pe/noticia/830862/humala-propone-que-canon-sea-tributo-adicional-al-ir>
- Häberle, Peter. 2000. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Madrid: Tecnos.

- Jahncke, Javier y Meza, Roció. 2010. *Derecho a la Participación y a la Consulta Previa en Latinoamérica. Análisis de experiencias de participación, consulta y consentimiento de las poblaciones afectadas por proyectos de industrias extractivas*. Lima: Red Muqui / FEDEPAZ.
- Ministerio de Energía y Minas. 2011. Boletín mensual de variables mineras. *Boletín Mensual de Minería – MEM*, 01 (enero). Lima: MINEM.
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). 2003. *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) en América Latina: Obstáculos para su eficacia*. México DF: UNESCO.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). 2006. Pueblos Indígenas y Tribales: guía para la aplicación del Convenio Núm. 169 de la OIT. *La Consulta Previa a Pueblos Indígenas y Tribales Compendio de Legislación, Jurisprudencia y Documentos de Estudio*. Bogotá: Ministerio del Interior y de Justicia.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). 2009. *Los derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la práctica*. Ginebra: OIT
- Ruiz Miguel, Carlos. 2001. Multiculturalismo y Constitución. *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* 36–37, Valencia: Universidad de Valencia.
- Ruiz Molleda, Juan Carlos. 2011. *El desarrollo jurisprudencial por el Tribunal Constitucional del derecho a la consulta previa: La exigencia judicial de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas*. Documento de Trabajo N° 41, Instituto de Defensa Legal – Justicia Viva. http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc05082010-223419.pdf
- Ruiz Molleda, Juan Carlos y Roel Alva, Luis Andrés. 2011. *Manual de herramientas legales para operadores del Sistema de Justicia para defender los derechos de los Pueblos Indígenas*. Lima: IDL–Justicia Viva.
- Stavenhagen, Rodolfo. 1998. *Derechos Humanos y Derechos culturales de los pueblos indígenas*. México DF: El Colegio de México.
- Stavenhagen, Rodolfo. 2008. *Los Pueblos Indígenas y sus Derechos*. México D F: UNESCO. http://constituyentesoberana.org/3/docsanal/052008/120508–Stavenhagen_NNUU-derechos-indigenas.pdf
- Taylor, Charles. 1993. *El multiculturalismo y “la política del reconocimiento”*,

traducción de Mónica Utrilla de Neira. México DF: Fondo de Cultura Económica.

Villoro, Luis. 1998. *Estado plural, pluralidad de culturas*. México DF: UNAM.

El Banco Mundial y los derechos económicos, sociales y culturales de las personas afectadas por sus proyectos

Björn Arp

Profesor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Alcalá (España). Socio de la firma Aparicio, Arp, Schamis & Associates LLC, especializada en Derecho internacional público, Washington, D.C. (Estados Unidos).

Resumen: El artículo estudia la práctica del Grupo de Inspección del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento y de la Asociación Internacional de Desarrollo, así como del Asesor en Materia de Observancia de la Corporación Financiera Internacional y de la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones, que forman parte del Grupo del Banco Mundial. El objetivo es analizar cómo estos mecanismos integran los derechos económicos, sociales y culturales en la labor del Banco Mundial, a la vista de que el Banco tradicionalmente se ha centrado en el Estado como sujeto del desarrollo económico y no de la posición jurídica de cada persona individualmente considerada. Todo parece indicar que se ha producido un cambio de paradigma desde una concepción centrada en el Estado a otra concepción en que las personas individuales han adquirido una relevancia jurídica importante en la articulación del desarrollo económico, precisamente para hacerlo sostenible a largo plazo y compatible con las reclamaciones de todos los afectados por ese desarrollo.

Palabras clave: Banco Mundial; Grupo de Inspección; Asesor en Materia de Cumplimiento; derechos económicos, sociales y culturales; desarrollo sostenible.

Abstract: The article analyzes the practice of the Inspection Group of the International Bank for Reconstruction and Development, and the International Development Association, as well as the Compliance Advisor/*Ombudsman* of the International Finance Corporation and the Multilateral Investment Guarantee Agency, which form part of the World Bank Group. The aim is to examine how these mechanisms integrate economic, social and cultural rights into the performance of the World Bank, given that the Bank

has traditionally had a State-centered vision about economic development. In doing so, the Bank did not deal with the legal position of each person considered individually. The study suggests that a paradigm shift has taken place from a State-centered concept towards one whereby individuals have acquired a certain legal significance in the articulation of economic development. This shift allows a long-term sustainable development consistent with the interests and rights of all those affected by this development.

Keywords: World Bank; Inspection Panel; Compliance Advisor/Ombudsman; Economic, social and cultural rights; sustainable development.

Artículo recibido: 31/07/2012 Aceptado: 15/09/2012

Sumario

1. **Introducción: la tensión entre el desarrollo económico y los derechos económicos y sociales de personas adversamente afectadas**
2. **El marco normativo de derechos económicos y sociales vigente para el Banco Mundial**
 - 2.1. **La competencia normativa del Banco Mundial en materia social y medioambiental**
 - 2.2 **Evolución de las reglas sociales y medioambientales**
3. **Creación de mecanismos de control para los derechos económicos, sociales y culturales en el Banco Mundial**
 - 3.1. **El Grupo de Inspección**
 - 3.2. **El Asesor en Materia de Observancia**
4. **La protección de los derechos económicos, sociales y culturales de personas afectadas adversamente por proyectos del Banco Mundial**
 - 4.1. **La protección de los pueblos indígenas**
 - 4.2. **El reasentamiento de poblaciones: protegiendo la sostenibilidad económica de las poblaciones**
 - 4.3. **La protección del derecho al trabajo**
 - 4.4. **La protección del derecho a la salud**
 - 4.5. **La protección del derecho a la cultura propia**
5. **Conclusiones**
6. **Bibliografía**

1. Introducción: la tensión entre el desarrollo económico y los derechos económicos y sociales de personas adversamente afectadas

El Grupo del Banco Mundial es una agencia especializada de las Naciones Unidas dedicada al desarrollo económico y social de sus Estados miembro. El Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF)¹ y la Asociación Internacional de Desarrollo (AID)² son dos instituciones del Grupo del Banco Mundial que trabajan con los gobiernos de los Estados miembro para mejorar los niveles de desarrollo económico y social. La ejecución de los programas apoyados por el Banco queda en manos de los Estados. La Corporación Financiera Internacional (CFI)³ y la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA)⁴, que también pertenecen al Grupo del Banco Mundial, ayudan a las empresas en la ejecución de proyectos destinados al desarrollo económico en los Estados miembro; la primera, a través de créditos; y la segunda, a través de garantías a la inversión. El Grupo del Banco Mundial ha contribuido, mediante esta cooperación con los gobiernos y las grandes empresas, a fomentar el desarrollo económico y social. Muchos de los logros obtenidos se inscriben plenamente en el contenido de las normas internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales, tales como

1 Acuerdo constitutivo del BIRF, entrado en vigor el 27 de diciembre de 1945, publicado 2 UNTS 134; modificado el 17 de diciembre de 1945, publicado en TIAS No. 5929; 16 UNTS 1942. Las ampliaciones de capital del Banco decididas en 1987 y 2010 no tienen relevancia para el presente estudio, porque no afectaban las obligaciones jurídicas internacionales de la institución.

2 Acuerdo constitutivo de la AID, entrado en vigor el 24 de septiembre de 1960, publicado en 6333 UNTS 439.

3 Acuerdo constitutivo de la CFI, adoptado el 5 de diciembre de 1955, publicado en los Estados Unidos en 7 U.S.T. 2197. La versión consolidada es de 28 de abril de 1993, <http://www.ifc.org>.

4 Acuerdo constitutivo de MIGA, adoptado el 11 de octubre de 1985 y entrada en vigor el 12 de abril de 1988. Utilizaremos la abreviatura inglesa MIGA (“Multilateral Investment Guarantee Agency”) por conveniencia, puesto que generalmente se le denomina así también en español.

el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵, el Protocolo de San Salvador⁶ y los tratados de la Organización Internacional del Trabajo sobre condiciones mínimas de trabajo⁷.

Sin embargo, estos logros se producen a un nivel muy general, en que importan los números estadísticos macroeconómicos para demostrar, por ejemplo, una subida del PIB, la reducción de la tasa de desempleo, la reducción del analfabetismo, etc. A pesar de la obvia relevancia de estos indicadores para medir el desarrollo sostenible, estos datos no demuestran que a menudo hay grupos de personas adversamente afectadas por la ejecución de alguno de los proyectos apoyados por el Banco Mundial⁸. Un caso típico son las personas desplazadas por la construcción de una presa hidroeléctrica y la explotación minera. Aunque los indicadores macroeconómicos prometen un incremento significativo del nivel de desarrollo económico y social con la realización de estos proyectos, habrá personas concretas que no mejorarán su condición económica y social con el proyecto, sino que incluso se vean perjudicadas por ello.

5 Adoptado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, Res. de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2200 A (XXI), 21 UN GAOR Supp. (nº 16), p. 49; y 993 UNTS 3; entrado en vigor el 3 de enero de 1976.

6 Adoptado en San Salvador el 17 de noviembre de 1988, publicado en Serie de Tratados de la OEA nº 69 (1988); entrado en vigor el 16 de noviembre de 1999.

7 Entre estos tratados se suelen contar los siguientes: Convenio nº 87 de la OIT sobre la libertad de asociación y protección del derecho a organizarse; Convenio nº 98 sobre el derecho a organizarse y de negociación colectiva; Convenio nº 29 sobre trabajo forzoso; Convenio nº 105 sobre la abolición del trabajo forzoso; Convenio nº 138 sobre la edad mínima para trabajar; Convenio nº 182 sobre las peores formas de trabajo infantil; Convenio nº 100 sobre remuneración igualitaria; Convenio nº 111 sobre discriminación en el empleo y trabajo.

8 Debe tenerse en cuenta que la propia CFI reconoció que, en el año 2008, el 25% de sus proyectos no han alcanzado objetivos de desarrollo económico en los Estados de inversión; cfr. Independent Evaluation Group, 2008, xiii. Sigue siendo, por tanto, un alto porcentaje de casos que, no solo no avanzan los objetivos de las instituciones financieras, sino que potencialmente pueden causar perjuicio a las personas afectadas por estos proyectos.

Esta tensión entre el desarrollo sostenible de la población de un determinado Estado y la situación particular de las personas afectadas adversamente por este mismo desarrollo, es el que ha llevado al Banco Mundial a crear mecanismos específicos cuyo objetivo consiste en hacer genuinamente sostenible el desarrollo económico y social⁹. Estos mecanismos son el Grupo de Inspección¹⁰ y el Asesor en Materia de Cumplimiento (CAO)¹¹ de la CFI y MIGA. El presente estudio se plantea cómo estos mecanismos han contribuido a la efectiva aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales en situaciones concretas por parte del Banco Mundial. Para abordar este estudio, la sección 2 se ocupa del marco normativo en el que actúan los mencionados mecanismos; la sección 3 analiza el funcionamiento de dichos mecanismos; y la sección 4 analiza su eficacia en la protección de concretos derechos económicos y sociales. Estos derechos fueron seleccionados por su relevancia en la práctica, y se refieren a la protección de los pueblos indígenas, el reasentamiento de poblaciones, la protección en el ámbito del trabajo, el derecho a la salud y la protección de la cultura. En la sección 5 se resumen las conclusiones a las que llega el presente estudio.

2. El marco normativo de derechos económicos y sociales vigente para el Banco Mundial

2.1. La competencia normativa del Banco Mundial en materia social y medioambiental

Los tratados constitutivos de las instituciones del Grupo del Banco Mundial son discretos sobre el alcance de la competencia de adoptar regu-

9 Sobre la evolución general de estos mecanismos a partir de 1993, vid. Suzuki y Nanwani, 2005, 187.

10 Utilizamos la traducción española de “Grupo de Inspección”, utilizada por el propio Banco Mundial, para el término inglés de “Inspection Panel”.

11 Utilizamos la abreviatura CAO en este trabajo porque también la propia institución la emplea en sus documentos adoptados en lengua española. La abreviatura CAO se compone de las letras con las que comienza el nombre inglés de la institución (“Compliance Advisor/*Ombudsman*”).

lación en materia de derechos económicos y sociales. Parece que los Estados, al crear dichas instituciones en Bretton Woods en 1944, consideraban que la competencia para adoptar las normas específicas aplicables sobre derechos económicos y sociales debían permanecer en sus manos y no ser transferidas al Banco Mundial, por tratarse de temas centrales de la política (económica) de cada Estado.

Es así que el art. IV, sección 10, del tratado constitutivo del BIRF veda cualquier ingerencia en los asuntos políticos de sus miembros:

Sección 10. Prohibición de actividad política. El Banco y sus funcionarios no podrán intervenir en asuntos políticos de ningún miembro ni tampoco permitirán que la clase de gobierno de un miembro o de miembros interesados sea factor que influya en sus decisiones. Todas sus decisiones se inspirarán únicamente en consideraciones económicas, y estas consideraciones deberán aquilatarse en forma imparcial con miras a lograr los objetivos enunciados en el Artículo 1¹².

La misma regla se ve incorporada también en los tratados constitutivos de la AID¹³ y la CFI¹⁴. El tratado constitutivo de MIGA es de 1985, por lo cual es más moderno que los tratados anteriormente citados. En este tratado más moderno no existe una prohibición expresa de interferir en los asuntos políticos, sino meramente una referencia al respeto de las políticas del Estado receptor y que MIGA deba atender a aspectos eminentemente económicos¹⁵.

Por tanto, ante la falta de competencia en materia de derechos humanos y medio ambiente – que en los primeros años del funcionamiento de esas instituciones financieras fue considerado de índole política – se generó una amplia discusión sobre la forma de expandir este tenor restrictivo. Al principio de su existencia, el Banco Mundial interpretaba literalmente su

12 Art. IV, Sección 10, del tratado constitutivo del BIRF.

13 Sección 6 del art. V del tratado constitutivo de la AID.

14 Sección 9 del tratado constitutivo de la CFI.

15 Art. 12.d del Tratado constitutivo de MIGA.

tratado constitutivo, con el resultado de que no tenía competencia para aplicar normas de derechos humanos¹⁶. A partir de los años ochenta, esta estricta concepción comenzó a abrirse, admitiéndose que puede haber consideraciones “relevantes” que lleven a tomar en cuenta aspectos de naturaleza política (Shihata, 1988, 42–43). En el contexto de esta evolución, el Congreso estadounidense adoptó una ley que condicionaba la actuación del representante norteamericano en la Junta de Directores Ejecutivos del Banco, así como las aportaciones de fondos de dicho Estado, a medidas que respetaran los derechos humanos y el medio ambiente¹⁷. Esta medida fue el origen para que el Banco paralizara algunos proyectos a partir de 1987. En 1989, el Banco Mundial comenzó a exigir a los Estados prestatarios que elaborasen Planes Nacionales Ambientales (Sanahuja, 1994, 59).

Los derechos humanos y el medio ambiente se fueron abriendo camino en el Banco Mundial, hasta que, a partir de 1998, el Banco reconoció expresamente obligaciones internacionales sobre algunos derechos humanos y sobre consideraciones medioambientales. Al principio de este proceso de reconocimiento, se consideró que una acción directa del Grupo del Banco Mundial en esta materia excedía de su competencia como institución de desarrollo, pero que su acción podía contribuir indirectamente a mejorar la situación de los derechos humanos, en particular de los derechos económicos, sociales y culturales¹⁸. Esta postura ya valoraba ciertos derechos

16 A principios de los años cincuenta del siglo XX, cuando se estaba elaborando el texto del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tanto el BIRF como el Fondo Monetario Internacional rechazaron la invitación para participar en las sesiones porque consideraban que la materia de los derechos económicos, sociales y culturales no formaba parte de sus competencias; cfr. Gianviti, 2005, 115.

17 22 U.S.C. §§ 262d y 262p.

18 Cfr. World Bank, 1998, 3. El consejero general I.H.I. Shihata señaló en su informe sobre las actividades políticas del Banco Mundial de 1995, que el Banco Mundial debe considerar los derechos económicos, aunque manteniendo una postura más estricta frente a los derechos políticos. Estos últimos solo serían directamente aplicables por el Banco si estuviera obligado a ello, por ejemplo, a través de una resolución del Consejo de Seguridad. Vid. “Prohibition of Political Activities in the Bank’s Work. Legal Opinion

humanos como factor relevante para sus políticas, y esta valoración se extendió progresivamente hasta que se consideraron prácticamente todos los derechos humanos integrados en la agenda de trabajo del Banco Mundial. Esta generalización de la presencia de los derechos humanos en el Banco Mundial fue en gran medida debida al consejero general Roberto Dañino durante su mandato entre 2003 y 2006¹⁹.

Este enfoque bastante amplio seguido actualmente por el Grupo del Banco Mundial reafirma el carácter universal e indivisible de los derechos humanos. A la amplia atención que el Banco Mundial presta en la actualidad a los derechos humanos en los proyectos que financia, se añade que en ejecución de su facultad reguladora de las condiciones de concesión de proyectos haya creado un régimen autónomo de derecho internacional en materia de estándares sociales y medioambientales, que exponemos a continuación.

2.2 Evolución de las reglas sociales y medioambientales

La labor normativa del Banco Mundial encuentra su origen en los “indicadores de gobernabilidad” (*governance indicators*) del Instituto del Banco

of the General Counsel, 11 July 1995, SecM95-707, de 12.07.1995”, en Shihata, *The World Bank Legal Papers*, 2000, 234. Vid. también “International Financial Institutions & Human Rights Law. Legal Analysis by the Center for International Environmental Law”, Organization of American States, Inter-American Commission on Human Rights, 127th Regular Period of Sessions – March 1, 2007, Public Hearing: Human rights violations and responsibility of international financial institutions, p. 3.

19 Cfr. el informe del consejero jurídico del Grupo del Banco Mundial, Dañino, 2006, 8. Esta concepción de los derechos humanos se evidencia también en la actual revisión de las políticas de sostenibilidad de la CFI. En la introducción a las políticas de sostenibilidad se incluye el siguiente párrafo: “IFC recognizes the responsibility of the private sector to respect human rights. [...] IFC demonstrates its commitment to respect human rights through its due diligence of the level and quality of the risks and impacts identification process carried out by its clients against the requirements of the Performance Standards, informed by country, sector, and sponsor knowledge”; cfr. “Policy on Social and Environmental Sustainability – V2”, de 1 de diciembre de 2010, p.11.

Mundial (Kaufmann, Kraay y Mastruzzi, 2007). El Banco Mundial adoptó dichos indicadores tras observar que no se podía luchar contra la pobreza aplicando solamente variables macroeconómicas, sino que una lucha efectiva contra la pobreza abarca necesariamente el pleno goce de los derechos humanos, tanto civiles como económicos (Shihata, *The Dynamic Evolution...*, 2000, 249).

Las cuatro instituciones financieras adoptaron normas sociales y medioambientales para desarrollar y aplicar los indicadores de gobernabilidad. El resultado de este proceso normativo fue que en la actualidad el BIRF y la AID cuentan con las Políticas Operacionales del Banco Mundial (conocidas en inglés por sus siglas OPs), y los Procedimientos Bancarios (conocidas en inglés por sus siglas BPs)²⁰. Las Políticas Operacionales son declaraciones cortas y precisas que se fundamentan en los tratados constitutivos de las instituciones del Banco, y que establecen las condiciones generales y las políticas aprobadas por los Directores Ejecutivos. Las Políticas Operacionales establecen los parámetros para la realización de las operaciones, y especifican y describen las circunstancias en que son admisibles excepciones a esas políticas²¹. Los Procedimientos Bancarios explican cómo el personal del Banco debe ejecutar las políticas establecidas en los programas operativos²², estableciendo los procedimientos y la documentación necesarios para garantizar la coherencia y la calidad de la labor financiera del Banco. Finalmente, los Memorandos

20 Vid. la Resolución que estableció el Grupo de Inspección, de 22 de septiembre de 1993. Antes de la introducción de las denominaciones de Política Operacional y Procedimiento Bancario, estas normas se denominaron Directiva Operacional (*Operational Directive* – OD).

21 Para un listado completo de las Políticas Operacionales, <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/PROJECTS/EXTPOLICIES/EXTOPMANUAL/0,,menuPK:64701763~pagePK:64719906~piPK:64710996~theSitePK:502184,00.html> (28 de julio de 2012). Conviene destacar que algunas OP se ocupan directamente de derechos económicos, sociales y culturales, como la referida a la de los pueblos indígenas (OP 4.10); el patrimonio histórico (OP 4.11); y género y desarrollo (OP 4.20).

22 Para un listado completo de los Procedimientos Bancarios, <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/PROJECTS/EXTPOLICIES/EXTOPMANUAL/0,,menuPK:4564187~pagePK:64719906~piPK:64710999~theSitePK:502184,00.html> (28 de julio de 2012).

operacionales son las instrucciones provisionales destinadas a la elaboración de modificaciones a las Políticas Operacionales y los Procedimientos Bancarios. Una vez que las instrucciones que aparecen en los Memorandos operacionales son incorporadas en las revisiones de los programas operativos pertinentes, los Memorandos pierden su vigencia.

El Banco Mundial se considera vinculado exclusivamente por estas normas propias o internas de la organización, y solo incorpora otros instrumentos internacionales, mejores prácticas, resoluciones de organizaciones internacionales y otros textos internacionales de derechos humanos en casos muy concretos y puntuales, expresamente recogidos en las Políticas Operacionales²³.

La CFI y la MIGA tienen sus propias normas sociales y medioambientales, denominadas generalmente “políticas de salvaguardia”. Al principio, cada una de las instituciones adoptó sus propias normas²⁴, pero en 2006 las dos instituciones adoptaron textos homogéneos con el título genérico de “Políticas y Procedimientos de Sostenibilidad Social y Medioambiental”. Estas Políticas y Procedimientos consistían en varios documentos que regulan la actividad de ambas instituciones financieras. Entre ellos, se encuentran las “Políticas de Sostenibilidad Social y Medioambiental”, que fijan las funciones y responsabilidades de la CFI y MIGA cuando financian o garantizan la realización de proyectos propuestos por empresas privadas²⁵.

23 Por ejemplo, la OP 4.11 sobre recursos culturales materiales indica en su apartado 3 que “[t]he impacts on physical cultural resources resulting from project activities, including mitigating measures, may not contravene either the borrower’s national legislation, or its obligations under relevant international environmental treaties and agreements.” Al respecto de los tratados internacionales menciona expresamente la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural de 1972.

24 El nombre en inglés de estos documentos varía. En el caso de la CFI, se hablaba de *Safeguard Policies*, adoptadas en septiembre de 1998, y en el caso de MIGA se denominaban *Environmental Policy and Procedures*, adoptadas en julio de 1999; vid. CAO, 2002, iv-v. Vid. más en general sobre los documentos adoptados por la CFI en esta materia, IFC, 2006, 1-2.

25 Estos documentos son: *IFC’s Policy on Social and Environmental Sustainability*, adoptado el

En sus relaciones con el sector privado, la CFI y MIGA adoptaron, respectivamente en 2006 y 2007, las “Políticas y Normas de Desempeño sobre Sostenibilidad Social y Ambiental”, que en su versión abreviada se denominan Normas de Desempeño (ND)²⁶ y que han sido regularmente actualizadas y progresivamente desarrolladas. El paso más reciente en esta actualización se ha producido en mayo de 2011, cuando la CFI aprobó una amplia reforma de las reglas sobre sostenibilidad social y medioambiental²⁷, reconociendo expresamente la importancia de los derechos humanos tanto para la propia CFI como para las empresas clientes²⁸. Las normas de desempeño fueron complementadas con algunos otros documentos adicionales²⁹.

30 de abril de 2006, www.ifc.org; y *Política del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA) sobre sostenibilidad social y ambiental*, adoptada el 1 de octubre de 2007, www.miga.org.

26 *Performance Standards on Social and Environmental Sustainability*, de la CFI, en su versión del 30 de abril de 2006; y *Performance Standards on Social and Environmental Sustainability*, de MIGA, en su versión de 1 de octubre de 2007. La versión revisada entró en vigor el 1 de enero de 2012. Al igual que las respectivas *Políticas*, también las *normas* se pueden encontrar en las páginas Web de ambas instituciones.

27 Durante el año 2010 se produjo una amplia consulta internacional, involucrando a la sociedad civil, con el fin de modificar la Política de Sostenibilidad y la normas de desempeño. La CFI adoptó la nueva Política y las normas de desempeño el 12 de mayo de 2011, entrando en vigor el 1 de enero de 2012.

28 Vid. IFC, *International Finance Corporation's Policy on Environmental and Social Sustainability*, 1 de enero de 2012, para. 12. En este apartado, la CFI reconoce tanto la “responsabilidad” directa de las empresas en el campo de los derechos humanos, como su propia “debida diligencia” para supervisar a las empresas en la aplicación de los derechos humanos.

29 Las normas de desempeño son objeto de explicación detallada en las notas de orientación; para la versión más reciente de las Notas de Orientación, conocidas en inglés como *Guidance Notes*, vid. CFI, “Notas de Orientación: Normas de Desempeño sobre Sostenibilidad Social y Ambiental” de 1 de enero de 2012, web del *Sustainability Framework*, www1.ifc.org. Además, existen las Guías Generales sobre Medio Ambiente, Sanidad y Seguridad, que se ocupan de los aspectos técnicos de carácter

Una característica de estas normas es su doble función de determinar las obligaciones de los Estados o las empresas clientes, y el nivel de diligencia que las instituciones financieras deben observar a la hora de conceder créditos u otorgar garantías. En esta constelación, los mecanismos de aplicación de estas normas tienen una doble función: cuando la labor de los mecanismos se refiere a la fase en que las instituciones financieras aplican sus normas al Estado o a la empresa cliente y la población afectada por un proyecto, actúan como mediadores o conciliadores para solucionar controversias entre las partes. Cuando su actuación se refiere a la supervisión de la relación entre las instituciones financieras y los Estados o las empresas clientes a la hora de valorar la situación de las personas afectadas por un proyecto, actúan como genuinos mecanismos de aplicación de normas. En el siguiente apartado analizaremos cómo se articulan estas funciones en los dos mecanismos.

3. Creación de mecanismos de control para los derechos económicos, sociales y culturales en el Banco Mundial

3.1. El Grupo de Inspección

La Junta de Directores Ejecutivos del Banco Mundial creó el Grupo de Inspección en septiembre de 1993³⁰, y el Grupo inició su trabajo en agosto de 1994. El Grupo de Inspección es un mecanismo independiente para facilitar la supervisión y aplicación de las políticas y procedimientos internos del Banco en el ámbito social y medioambiental³¹.

El Grupo de Inspección se ocupa de las situaciones en que personas concretas han sido adversamente afectadas por un proyecto del Banco, y

medioambiental, sanitario y de seguridad referidos en las normas de desempeño; vid. "Environmental, Health and Safety Guidelines", de MIGA, en la versión de 30 de julio de 2007.

30 Resolución No. 93-10 del BIRF y Resolución No. 93-6 de la AIF, "Grupo de Inspección del Banco Mundial", de 22 de septiembre de 1993.

31 Cfr. *Inspection Panel, Annual Report 2010-2011*, The World Bank, Washington, D.C., 2011, p. XIV.

que se dirigen al Banco mediante una “solicitud de investigación”. El Grupo de Inspección realiza una investigación independiente para determinar si el Banco Mundial había seguido sus políticas y procedimientos de operación en las fases de diseño, estudio y aplicación de los proyectos que financia. El Grupo de Inspección elabora unas conclusiones sobre cada investigación y las remite a la Junta de Directores para que tomen las decisiones oportunas para responder ante eventuales violaciones de las políticas del Banco, sean éstas atribuibles al propio Banco o al Estado afectado.

El Grupo de Inspección, en la actualidad, constituye el único mecanismo internacional de supervisión o control con un ámbito de actuación universal al que particulares pueden pedir la investigación de situaciones que pueden constituir violaciones de las obligaciones de los Estados, y del propio Banco, en materia de derechos económicos, sociales y culturales³².

El Grupo de Inspección se compone de tres miembros, nombrados por los Directores Ejecutivos para un período no renovable de cinco años³³. Todos los miembros son seleccionados sobre la base de su capacidad para resolver las solicitudes de inspección presentadas al Grupo de Inspección de manera justa e independiente de los órganos de gestión del Banco Mundial³⁴. El Grupo de Inspección solo responde e informa a los Directores Ejecutivos. Existen diversas reglas para proteger la independencia de los miembros del Grupo de Inspección, lo que subraya la idea de que el Grupo, si bien carece de funciones judiciales, debe emitir informes objetivos e independientes de la gestión del Banco³⁵.

32 Otros mecanismos internacionales son sectoriales, como la protección de la libertad sindical en la OIT; o regionales, como el mecanismo del Comité de Derechos Sociales, que supervisa las Cartas Sociales europeas; y el Protocolo de San Salvador, que permite a las personas en América presentar peticiones individuales por la violación de la libertad sindical y del derecho a la educación, ante la Comisión –y, eventualmente– la Corte Interamericanas de Derechos Humanos.

33 Resolución No. 93–10 del BIRF y Resolución No. 93–6 de la AIF, “Grupo de Inspección del Banco Mundial”, de 22 de septiembre de 1993, párr. 3.

34 *Ibíd.*, párr. 4.

35 Así, los miembros del Grupo solo pueden ser removidos de su cargo por decisión de

El Grupo recibirá solicitudes de inspección que le presente una parte afectada en el territorio del prestatario que no sea un individuo (es decir, que sea un grupo de personas, tal como una organización, asociación, sociedad u otra agrupación de individuos), o el representante local de tal parte afectada, u otro representante en los casos excepcionales en que la parte que presenta la solicitud alegue que no existe una representación local apropiada y los Directores Ejecutivos estén de acuerdo con tal alegación en el momento en que consideren la respectiva solicitud de inspección. Dadas las responsabilidades institucionales que tienen los Directores Ejecutivos en cuanto a la observancia por el Banco de sus políticas y procedimientos operacionales, en casos especiales en que se alegue que ha habido una grave infracción de esas políticas y procedimientos, un Director Ejecutivo podrá solicitarle al Grupo que inicie una investigación³⁶.

En la investigación sobre una queja, los miembros del Grupo tendrán acceso a todos los funcionarios que puedan proporcionarles información, así como a todos los registros pertinentes del Banco, y podrán consultar, en la medida que lo considere necesario, a los Directores Ejecutivos, al Departamento de Evaluación de Operaciones, y al Auditor Interno. El prestatario y el Director Ejecutivo que represente al país prestatario (o garante) serán consultados sobre la materia de la solicitud, tanto antes de que el Grupo emita una recomendación sobre si deberá seguir adelante con la investigación, como en el curso de ésta. Para realizar la inspección en el territorio del país, deberá obtenerse previamente su consentimiento. El Grupo deberá someter su informe a los Directores Ejecutivos y al Presidente del Banco. El informe deberá abarcar todos los hechos relevantes y deberá terminar con las conclusiones del Grupo acerca de si el Banco ha observado todas

los Directores Ejecutivos, y se les prohíbe trabajar para el Banco Mundial después de su término, vid. paras. 5, 6, y 8 de la Resolución No. 93-10 del BIRF y Resolución No. 93-6 de la AIF, "Grupo de Inspección del Banco Mundial", de 22 de septiembre de 1993.

36 Para. 12 de la Resolución No. 93-10 del BIRF y Resolución No. 93-6 de la AIF, "Grupo de Inspección del Banco Mundial", de 22 de septiembre de 1993.

sus políticas y procedimientos pertinentes³⁷. Sobre la base del informe elaborado por el Grupo de Inspección, los Directores Ejecutivos del Banco pueden adoptar las medidas que consideren apropiadas para corregir las eventuales violaciones.

3.2. El Asesor en Materia de Observancia

Después de la primera iniciativa de crear un mecanismo de control social y medioambiental en 1993 con el Grupo de Inspección, otras instituciones financieras internacionales le siguieron, hasta que en 1998 también la CFI y MIGA recibieron el suyo³⁸. Este mecanismo fue llamado Asesor en Materia de Observancia (CAO), y comenzó a funcionar en julio de 1999 con el mandato de dirigir la atención de la CFI y de MIGA a los impactos sociales y medioambientales de los proyectos que financian o garantizan.

El presidente del Grupo del Banco Mundial nombra el CAO y éste depende directamente de él. Su mandato no tiene una duración claramente delimitada y, por lo tanto, puede ser cambiado en todo momento, si se estimara que ya no ejerce adecuadamente sus funciones.

La función general de rendición de cuentas y solución de diferencias³⁹ se ve desarrollada en las tres actividades que mencionan sus directrices operativas: la función de *ombudsman* para conocer de reclamaciones individuales; la función de consultoría de cumplimiento para apoyar el proceso de control interno de la CFI y MIGA; y la función de asesoramiento al personal de estas instituciones y al presidente del Banco Mundial⁴⁰. Analicemos brevemente cada una de estas funciones.

El CAO dedica la mayor parte de su labor a la solución de las reclamaciones de personas afectadas por proyectos de la CFI y MIGA, que

37 Paras. 21 y 22 de la Resolución No. 93-10 del BIRF y Resolución No. 93-6 de la AIF, "Grupo de Inspección del Banco Mundial", de 22 de septiembre de 1993.

38 Vid. el documento "CAO Terms and Reference", de 1998, <http://www.cao-ombudsman.org>.

39 Vid. CAO, "Informe Anual 2006-2007", p. 2.

40 Vid. las Directrices Operativas (*Operational Guidelines*) de abril de 2007, www.cao-ombudsman.org.

se denomina función de *ombudsman*, en alusión a la institución que en muchas jurisdicciones internas sirve para dirimir controversias entre la administración y los particulares sin la necesidad de que intervengan los tribunales de justicia.

La función de *ombudsman* consiste en la conciliación para mitigar los impactos sociales y medioambientales adversos que podrían conllevar los proyectos de la CFI y MIGA⁴¹. Esto significa que el CAO se limita a trabajar junto con las personas afectadas y la empresa que ejecuta el proyecto, para llegar voluntariamente a acuerdos que satisfagan los intereses de ambas partes⁴².

41 Esto incluye la revisión de la práctica de la CFI y MIGA en lo que se refiere a la calificación de los proyectos en función de su impacto social y medioambiental. Esto se produjo en relación con el proyecto de ampliación de las plantaciones de soja en Mato Grosso (Brasil) por parte del Grupo André Maggi Participações Limitada, presentada el 1.11.2004. Este proyecto había sido calificado como proyecto de categoría B, pero por parte de las poblaciones afectadas fue reclamada su calificación como categoría A. El presidente del Banco Mundial exigió una Evaluación de Cumplimiento, en la que el CAO señaló que la CFI debía asegurarse de que todos los riesgos medioambientales y sociales estuviesen mitigados, <http://www.cao-ombudsman.org>. El asunto fue cerrado en junio de 2005. El CAO criticó una situación parecida en el asunto de la actividad de producción y refinamiento de aceite de palma por el Grupo Wilmar en Indonesia. La empresa había logrado que sus proyectos fueran clasificados en las categorías B y C, y no A, pero las actividades resultaban tener un impacto negativo muy significativo en las poblaciones locales y en el medio ambiente. La razón que había llevado a esta baja clasificación fueron las presiones financieras por la competencia en los mercados financieros internacionales. Cfr. CAO, "Audit of IFC's investments in: Wilmar Trading (IFC No. 20348), Delta-Wilmar CIS (IFC No. 24644), Wilmar WCap (IFC No. 25532) and Delta-Wilmar CIS Expansion (IFC No. 26271)", C-I-R6-Y08-F098, de 19 de junio de 2009, p. 2.

42 Vid. CAO, "Informe Anual 2006-2007", p. 10. Sobre la importancia de la buena voluntad de ambas partes, vid. CAO, "Informe de evaluación Ombudsman para las partes interesadas, referente a preocupaciones de miembros de comunidades vecinas con respecto a las granjas de PRONACA, Santo Domingo-Ecuador", de junio de 2011, p. 9.

Si la labor mediadora del CAO tiene éxito y se alcanza un acuerdo, el CAO considera cerrado el asunto y publica un informe de salida. Este informe de salida contiene una valoración de los hechos a la luz de las normas de desempeño, y una serie de conclusiones y recomendaciones dirigidas a la CFI o MIGA, que no tienen carácter vinculante. Por el contrario, si el CAO no puede contribuir a encontrar una solución de común acuerdo, puede remitir el asunto a la función de cumplimiento⁴³.

La función de cumplimiento consiste en que el CAO lleva a cabo una auditoría interna sobre un proyecto financiado por la CFI o garantizado por MIGA, determinando si estas instituciones han violado o no sus normas de desempeño. Esto significa que mientras la función de *ombudsman* persigue encontrar soluciones pragmáticas para los conflictos entre las empresas y las personas afectadas por los proyectos, en la función de cumplimiento el CAO trata de indagar en los aspectos en que las instituciones financieras no han supervisado la ejecución del proyecto por parte de la empresa.

Se puede iniciar una auditoría de cumplimiento por tres vías. En primer lugar, la puede iniciar el presidente del Grupo del Banco Mundial o los directores de la CFI o MIGA. También es posible iniciarla cuando el CAO no logra encontrar una solución a una reclamación individual a través de la función de *ombudsman*. Finalmente, el CAO puede decidir iniciar la auditoría *motu proprio*. En todo caso, una condición necesaria es que la CFI o MIGA haya estado activamente involucrada en el proyecto en el momento de producirse los hechos que son objeto de la auditoría. Si dichos hechos se produjeron después de la salida de la CFI o MIGA, el CAO ya no entraría a conocer del asunto⁴⁴.

El CAO realiza también una función de asesoramiento independiente para el presidente del Grupo del Banco Mundial y la gerencia de la CFI y MIGA. El asesoramiento versa sobre directrices, políticas o tendencias de carácter general que tengan que ver con cuestiones sociales o medioambientales.

43 *Ibíd.*, para. 3.3.1., p. 21.

44 *Vid.* el asunto del proyecto Ramky, “Ramky Enviro Engineers Ltd. (REEL) hazardous waste management facilities”, CAO Appraisal for Audit of IFC, CAO Compliance, CI-R6-Y08-F097, de 16 de junio de 2008, p. 7, en que el CAO emplea este argumento para inadmitir el asunto.

Así, por ejemplo, esta función de asesoramiento le ha permitido contribuir a la revisión de las políticas de salvaguardia de la CFI, que llevaron a la adopción de la Política de Sostenibilidad Social y Medioambiental y a las normas de desempeño en febrero de 2006⁴⁵, y a la enmienda de las normas de desempeño en 2011.

4. La protección de los derechos económicos, sociales y culturales de personas afectadas adversamente por proyectos del Banco Mundial

4.1. La protección de los pueblos indígenas

La realidad social confirma que no siempre se concilia la realización de un proyecto de desarrollo económico apoyado por el Banco Mundial, con los intereses de los pueblos indígenas que viven en las tierras afectadas por la implantación del proyecto. Especialmente susceptibles de conflictos son los proyectos mineros, porque la población local no ve la dimensión de desarrollo económico, sino la degradación medioambiental y la reducción del suelo indígena. En los proyectos de desarrollo financiados a través de los Estados, destacan además los proyectos de infraestructura y de generación eléctrica. En estos proyectos, el hecho de que el Estado tenga que desplazar a los indígenas de las zonas que serán objeto de inundaciones o construcciones de carreteras genera conflictos que el Banco Mundial, con la aplicación de su Política Operacional sobre pueblos indígenas, intenta prevenir.

El carácter litigioso se observa, por ejemplo, en el caso de la Minera Yanacocha en Perú. En este caso, la ONG *Project Underground* asistió a la Federación de Rondas Campesinas Femeninas del Norte del Perú para presentar una reclamación ante el CAO porque la empresa Newmont, una compañía de extracción de oro, no les había consultado durante la elaboración del estudio de impacto medioambiental preparatorio para la implantación

45 Particular mención merece aquí la publicación por parte del CAO del informe “A Review of IFC’s Safeguard Policies. Core Business: Achieving Consistent and Excellent Environmental and Social Outcomes”, de enero de 2003, donde se recogen las recomendaciones del CAO para mejorar los instrumentos jurídicos de la CFI; en particular, para lo relevante a efectos de derechos humanos, vid. p. 30-35.

de esta mina de oro, la más grande de Latinoamérica. Además, la empresa no había reconocido a la comunidad de campesinos como pueblos indígenas, por lo que carecían de la protección de las normas de desempeño⁴⁶. Ante la oposición de los campesinos y la inercia de la compañía minera, el CAO solo logró establecer una “mesa de diálogo” que empleó técnicas de negociación inapropiadas para lograr sus objetivos⁴⁷.

En el asunto de la mina Marlin en Guatemala, el CAO también hizo referencia a una serie de derechos de los pueblos indígenas, cuyo cumplimiento la CFI debería haber exigido a la empresa Montana Exploradora de Guatemala S.A. y al Estado. En particular, se exigía al Estado una mayor transparencia sobre la distribución de los beneficios de impuestos generados por el proyecto⁴⁸. Por el contrario, ni el CAO ni el presidente del Grupo del Banco Mundial obligaron a la empresa a reconocer un referéndum realizado por los indígenas en el que expresaron su rechazo a la mina⁴⁹. Este conflicto

46 Vid. la nota de prensa “US NGO challenges Peru mine inspection process”, Bretton Woods Project, de 17 de septiembre de 2002, p. 1.

47 En su informe en capacidad de *ombudsman*, el CAO se esforzó por crear un ambiente favorable a la negociación, aunque sin profundizar en los asuntos de fondo del caso. Por el contrario, el CAO no profundizó en las alegaciones de las partes de que no habían sido reconocidas como pueblo indígena, sino que se centró en el derecho al medio ambiente sano. Vid. CAO, “Informe de Salida con respuesta a las dos reclamaciones presentadas a la CAO en relación a Minera Yanacocha, Cajamarca, Perú”, de febrero de 2006, p. 3. Conviene tener en cuenta también que se trataba del tercer asunto admitido a trámite por el CAO, y que por tanto este órgano aún no tenía la experiencia que tiene en la actualidad para administrar casos muy complejos. Además, conviene señalar que la controversia entre la mina y las poblaciones afectadas persiste hasta la actualidad, aunque la CFI ya no está involucrada en este caso. Vid. *The Economist*, 19 November 2011, <http://www.economist.com/node/21538788> (31 de julio de 2012).

48 Cfr. CAO, “Assessment of a complaint submitted to CAO in relation to the Marlin Mining Project in Guatemala”, de 7 de septiembre de 2005, p. 27.

49 El CAO, en su informe sobre la reclamación de la Mina Marlin, indicó meramente que las partes deberían “[e]stablish a framework for on-going dialogue and consulta-

ha continuado a lo largo del tiempo, a pesar de que el CAO había cerrado la reclamación en mayo de 2006 y de que la CFI saliera del proyecto⁵⁰.

El CAO también solo pidió una amplia consulta en el asunto de la terminal de contenedores de la empresa TCBuen S.A. en el puerto de Buenaventura, Colombia. El CAO observó que la empresa había realizado un amplio proceso de consulta a los habitantes afrodescendientes en la zona de realización del proyecto. En sus conclusiones eludió pronunciarse sobre el alcance del alegado derecho de consulta/consentimiento previo, libre e informado, señalando que se trata de una discusión pública que el reclamante debería mantener directamente con las autoridades gubernamentales competentes, y el CAO no tiene jurisdicción en esta cuestión⁵¹.

La práctica del Grupo de Inspección también es prolija, con casos de pueblos indígenas similares a los tratados por el CAO. Los temas más significativos son el respeto a la consulta previa de los indígenas antes de la puesta en marcha de algún proyecto, y la elaboración y cumplimiento de un plan de desarrollo indígena. En particular, con respecto a Honduras hubo un proyecto que sirvió al Grupo para aclarar una serie de elementos necesarios en todo proceso de consulta con los indígenas. Según el párrafo 8 de la Directiva Operacional 4.20 aplicable entonces, los pueblos indígenas tienen el derecho a la participación informada en las cuestiones relativas a ellos. Además de eso, esta regla establece que se deben identificar las preferencias locales y

tion which moves the agenda beyond the legal dispute over the popular consultation and referendum that occurred in June 2005”; cfr. CAO, “Assessment of a complaint submitted to CAO in relation to the Marlin Mining Project in Guatemala”, de 7 de septiembre 2005, p. 38.

50 Después de 2006, los indígenas afectados por la mina establecieron un mecanismo de solución de controversias *ad hoc*, el Comité Internacional Independiente, para realizar un estudio de impacto de derechos humanos sobre las operaciones de minería de oro en la mina Marlin en San Marcos (Guatemala), a iniciativa del arzobispo de la localidad de San Marcos. Existe información sobre este comité en Physicians for Human Rights, 2010, 4.

51 Cfr. CAO, “Informe de Evaluación del Ombudsman. Reclamación relacionada a TCBuen S.A., Buenaventura – Colombia”, de agosto de 2010, p. 12.

que los conocimientos indígenas deben ser incorporados en la planificación y ejecución del proyecto. Así, en el caso del Proyecto de Administración de Tierras en Honduras, la Junta de Directores de la Agencia Internacional de Desarrollo aprobó en 2004 un crédito para un proyecto de desarrollo de tierras. En enero de 2006, el Grupo de Inspección recibió una solicitud de inspección de parte de la *Organización Fraternal Negra Honduras*⁵², que actuaba en nombre de la población indígena de Honduras, los garífunas⁵³. El objetivo del proyecto era desarrollar un marco de políticas y fortalecimiento institucional para la creación y el funcionamiento de un Sistema de Administración de la Propiedad Nacional a fin de aumentar, en última instancia, el crecimiento económico, dado que la seguridad jurídica de la propiedad privada fomenta la inversión privada⁵⁴.

El proyecto consistía principalmente de tres partes, que debían contribuir a alcanzar estos objetivos. La primera parte fue la sistematización de la regulación, la segunda parte era el título y el registro de las tierras en la zona del proyecto y la última parte fue el monitoreo y evaluación del proyecto en el área⁵⁵.

El solicitante alegó, fundamentalmente, que el componente del proyecto de legalización, titulación y registro de tierras garífunas no reflejaba las preferencias e intereses de las personas afectadas y que la consulta no se había llevado a cabo adecuadamente⁵⁶. Alegaron que las consultas se habían

52 La Organización Fraternal Negra Honduras (OFRANEH) señaló que era una federación cuyos miembros son elegidos cada tres años por las comunidades garífunas; cfr. World Bank Inspection Panel, *Land Administration Project (Honduras), Investigation Report* (2007), p. ix.

53 World Bank Inspection Panel, “Land Administration Project (Honduras), Investigation Report” (2007), p. ix.

54 World Bank Inspection Panel, “Land Administration Project (Honduras), Eligibility Report” (2006), p. 1, párr. 3; *idem*, “Land Administration Project (Honduras), Investigation Report” (2007), p. 8, párr. 48.

55 World Bank Inspection Panel, “Land Administration Project (Honduras), Eligibility Report” (2006), 4. p. 1–2.

56 World Bank Inspection Panel, “Land Administration Project (Honduras), Investigation

producido a menudo sólo con personas que no podían considerarse representantes de las comunidades garífunas, ya que no fueron elegidos como tales por las propias comunidades⁵⁷.

En su análisis, el Grupo de Inspección subrayó la importancia de la cuestión de la representación de los pueblos indígenas, y señaló que “effective channels for communicating local preferences and traditional leaders should be brought into the planning process, with due concern for ensuring genuine representation of the indigenous population”⁵⁸. Además, el Grupo señaló que, para garantizar una consulta efectiva, las personas deben recibir el material pertinente sobre el proyecto de manera oportuna antes de la celebración de la consulta y que el material debe ser proporcionado en un idioma y en la forma comprensible y accesible a los consultados⁵⁹.

El Grupo de Inspección concluyó que el Banco Mundial no había cumplido con los diversos aspectos de la consulta previa y pidió que mejorara su práctica en la materia.

Otro caso de interés es el referido al proyecto PRONAT en Panamá, investigado por el Grupo de Inspección. En este asunto, el Grupo señaló que no se aplicaron correctamente las Políticas Operacionales del Banco Mundial en materia de pueblos indígenas porque no se había identificado y consultado adecuadamente con las poblaciones indígenas afectadas en la zona de implantación del proyecto. Esta falta de consulta al inicio del proyecto puede llevar a que no se elabore un plan de desarrollo indígena. Es así que el Grupo de Inspección señalara que:

[D]urante la preparación del Proyecto no se preparó un documento separado de IPDP [Plan de Desarrollo de los Pueblos Indígenas], con el argumento de que el subcomponente de proyecto que trataba con territorios indígenas serviría como IPDP. Si bien el Panel entiende por qué el personal del Banco puede haber [adoptado] este enfoque,

Report” (2007), p. 37, párr. 127.

57 *Ibíd.*, p. 37, párr. 128.

58 *Ibíd.*, p. 38, párr. 134.

59 *Ibíd.*, p. 38, párr. 135.

nuestra investigación ha demostrado que esta falta de un documento separado de IPDP preparado por medio de un proceso participativo llevó a consecuencias adversas, en especial para el pueblo Ngäbe de las Áreas Anexas. Como este caso señala, las políticas de salvaguardia, en particular en proyectos de tierras que tienen que ver con indígenas, desempeñan una función crucial en prever y prevenir un daño y, por lo tanto, evitar posibles quejas futuras. Esto refuerza la necesidad de asegurar que no solamente el *contenido* sino también el *propósito* de las políticas de salvaguardia y las *consecuencias potenciales* de la falta de cumplimiento de las políticas sean comprendidas adecuadamente por el personal⁶⁰.

Además, el Grupo señaló que también es necesario que en la realización de proyecto se tome una actitud proactiva, y que se asignen los recursos necesarios para una aplicación efectiva de las disposiciones de la Política Operacional sobre pueblos indígenas, incluidas las disposiciones sobre representación y participación de estas poblaciones⁶¹.

4.2. El reasentamiento de poblaciones: protegiendo la sostenibilidad económica de las poblaciones

Determinados proyectos, como presas hidroeléctricas o explotaciones mineras, pueden afectar a las propiedades de las personas que han vivido en los territorios afectados por los proyectos. El Banco Mundial fue la primera institución financiera internacional que elaboró directrices políticas relativas al reasentamiento de poblaciones afectadas por grandes proyectos de infraestructura, cuando adoptó el Manual Operacional sobre Reasentamiento Involuntario en el año 1980⁶². Este Manual fue reemplazado posteriormente

60 Vid. “Panamá: Proyecto de Administración de Tierras (Préstamo No. 7045–PAN)”, Informe de Investigación del Grupo de Inspección de 16 de septiembre de 2010, p. 84, párr. 347.

61 *Ibid.*, p. 84, párr. 348.

62 Se trataba del documento “Operational Manual Series – OMS 2.33, Social Issues Associates with Involuntary Resettlement in Bank Financed Projects”.

por la Directiva Operacional 4.30 sobre Reasentamiento Involuntario, que entró en vigor en junio de 1990, y en diciembre de 2001 esta Directiva fue sustituida por la Política Operacional del Banco Mundial OP 4.12.

A lo largo de los años, el Grupo de Inspección y el CAO han tenido oportunidad de concretar el contenido del proceso de reasentamiento involuntario. De este modo, puede afirmarse que este proceso consiste en los siguientes pasos: consulta pública, la realización de un estudio inicial para identificar las necesidades de tierras, y la identificación del uso de la tierra, la identificación de todos los recursos afectados y de los hogares que deban reasentarse y la estimación de una compensación adecuada⁶³.

El Banco Mundial exige a los gobiernos de los Estados que en todos los casos elaboren un plan de reasentamiento, llamado Plan de Acción de Reasentamiento⁶⁴. Este plan sirve, entre otros, para determinar si en un caso concreto exista un vínculo de causalidad entre el reasentamiento de la población y la implantación del proyecto⁶⁵.

En el Plan de Acción de Reasentamiento se establece que “los habitantes deben recibir la asistencia necesaria para poder establecerse y mantenerse con sus propios medios a la mayor brevedad posible y con un estándar de vida que al menos sea el mismo que tenían antes del reasentamiento”⁶⁶.

63 World Bank Inspection Panel, “Chad Petroleum and Pipeline Project (Chad/Cameroon), Inspection Panel Investigation Report” (2001), 175. pp. 52-53.

64 World Bank Inspection Panel, “Arun III Project (Nepal), Investigation Report” (1995), 30. p. 10; e idem, “NTPC Project (India), Inspection Panel Investigation Report” (1997), p. 3.

65 El CAO se ocupó de la prueba de la relación entre el reasentamiento y la realización de un proyecto en el asunto del pueblo indígena de los *san* en Botswana. Vid. CAO, “Assessment Report. Complaint Regarding IFC’s investment in Kalahari Diamonds Ltd, Botswana”, de junio de 2005, pp. 10-11.

66 El texto original en inglés señala “settlers are afforded opportunities to become established and economically self-sustaining in the shortest possible period, at living standards that at least match those before resettlement”; cfr. World Bank Inspection Panel, “Arun III Project (Nepal), Inspection Panel Investigation Report” (1995), 30. p. 10.

El alcance y nivel de detalle del Plan de Acción de Reasentamiento puede variar con la magnitud y complejidad del reasentamiento⁶⁷.

A menudo, el Banco Mundial se encontró con situaciones en que las poblaciones objeto de reasentamiento fueron comunidades indígenas. Estos casos son especialmente complejos, puesto que los indígenas suelen reclamar la titularidad histórica de las tierras que habitan. Por ejemplo, al examinar el Plan de Acción de Reasentamiento para el Proyecto de Qinghai en China en 2000, el Grupo de Inspección encontró una serie de deficiencias con respecto al trato conferido a los indígenas⁶⁸. El problema principal fue que la gestión del Banco había considerado que, además de un Plan de Acción de Reasentamiento, no había sido necesario que existiera un Plan de Desarrollo Indígena⁶⁹. El Grupo de Inspección consideró que esta interpretación de las políticas del Banco había sido incorrecta⁷⁰. El Grupo explicó que la Directiva Operacional OD 4.30 sobre Reasentamiento Involuntario, y la Directiva Operacional OD 4.20 sobre Pueblos Indígenas, están formalmente interrelacionadas y que el cumplimiento de una no se puede lograr sin el cumplimiento de la otra⁷¹.

Además de esto, el Grupo decidió que el propio Plan de Reasentamiento era incompleto. La gestión del Banco defendió el Plan con unos contenidos breves y poco profundos, señalando que los impactos económicos y físicos fueran insignificantes⁷². El Grupo de Inspección no compartió este punto de vista y decidió que el Plan de Reasentamiento no estaba en cumplimiento con la Directiva Operacional OD 4.30 sobre Reasentamiento

67 Vid. The World Bank, "Involuntary Resettlement Sourcebook: Planning and Implementation in Development Projects", de 2004, p. 27.

68 World Bank Inspection Panel, "Qinghai Project (China), Investigation Report" (2000), 408. p. 155.

69 World Bank Inspection Panel, "Qinghai Project (China), Eligibility Report" (1999), p. 10.

70 *Ibid.*, p. 10.

71 World Bank Inspection Panel, "Qinghai Project (China), Investigation Report" (2000), 397. p. 151.

72 World Bank Inspection Panel, "Qinghai Project (China), Management Response" (1999), p. 31; e *idem*, "Qinghai Project (China), Investigation Report" (2000), 405. p. 154.

Involuntario⁷³. Esta decisión del Grupo se explica porque un impacto “menor” por parte de un proyecto no significa que no se tenga que tratar en los estudios previos a la implantación de un proyecto.

El gobierno chino se opuso a la aplicación de las recomendaciones del Grupo de Inspección, a pesar de intensas negociaciones entre los Directores Ejecutivos del Banco, con la intermediación del Presidente del Banco Mundial⁷⁴. China retiró el proyecto del Banco Mundial, y en su lugar, lo desarrolló por sí solo. Este caso pone de manifiesto la importancia que en el actual esquema de funcionamiento de la ayuda al desarrollo tiene la actuación coherente del Estado receptor de la financiación del Banco Mundial. Los Estados no solo pueden beneficiarse de la financiación internacional, sino que deben cumplir sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos⁷⁵.

73 World Bank Inspection Panel, “Qinghai Project (China), Investigation Report” (2000), 408. p. 155.

74 Vid. la nota de prensa del Banco Mundial “China to Implement Qinghai Component of the China Western Poverty Reduction Project with its Own Resources”, Press Release No. 2001/004/EAP, <http://web.worldbank.org/> (28 de julio de 2012).

75 Esto lo reitera también el “Informe del Experto independiente sobre las consecuencias de las políticas de reforma económica y la deuda externa para el goce efectivo de todos los derechos humanos, en particular los derechos económicos, sociales y culturales, Bernards Andrew Nyamwaya Mudho”, UN Doc. A/HRC/7/9, de 1 de febrero de 2008, párr. 30, donde se señala lo siguiente: “Aunque puede ponerse en duda que instituciones financieras internacionales estén obligadas por las obligaciones de derechos humanos como parte del derecho internacional consuetudinario, es indudable que se trata de actores multiestatales gobernados por sus Estados miembros. Los Estados que integran las instituciones financieras internacionales están obligados por las normas internacionales de derechos humanos, ya que son signatarios y partes en los instrumentos de derechos humanos. Si se aumentara la coherencia entre las instituciones multilaterales en relación con los principios de los derechos humanos se reduciría el peligro de ofrecer asesoramiento de políticas contradictorio y la necesidad de hacer concesiones inaceptables cuando entran en conflicto las experiencias macroeconómicas y las obligaciones de derechos humanos. De ese modo

4.3. La protección del derecho al trabajo

Los derechos laborales enumerados en las normas de desempeño de la CFI y MIGA contienen numerosas referencias a los tratados internacionales en materia laboral, de manera que el CAO pueda actuar como órgano de control sobre la aplicación de dichos tratados⁷⁶. No obstante, solo recientemente se han presentado las primeras reclamaciones en esta materia. La Confederación de Sindicatos Turcos Türk-İş es autora de dos de estas reclamaciones. La primera se dirige contra la empresa de componentes sellantes para automóviles Standard Profil, la segunda contra el productor de láminas de aluminio Assan Alüminyum. Una tercera reclamación fue presentada contra la empresa azucarera nicaragüense NSEL por un brote de enfermedades del riñón entre sus trabajadores, y recientemente fue presentada una reclamación contra un instituto de lengua inglesa en México.

En el asunto que involucraba a Standard Profil, así como en el asunto contra NSEL⁷⁷, el CAO analizó la normativa aplicable. En el caso contra Standard Profil, el CAO empleó exclusivamente las normas propias de la CFI

los gobiernos de los países en desarrollo estarían en mejores condiciones de cumplir sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos al negociar con los donantes y los acreedores”.

76 En relación con las normas aplicables a la CFI, puede mencionarse la Norma n° 2 (Trabajo y condiciones de trabajo), en cuya introducción se menciona que “the requirements set out in this Performance Standard have been in part guided by a number of international conventions negotiated through the International Labour Organization (ILO) and the United Nations (UN)”. Esta Norma n° 2 incorpora las siguientes convenciones internacionales: Convenio n° 87 de la OIT sobre la libertad de asociación y protección del derecho a organizarse; Convenio n° 98 sobre el derecho a organizarse y de negociación colectiva; Convenio n° 29 sobre trabajo forzoso; Convenio n° 105 sobre la abolición del trabajo forzoso; Convenio n° 138 sobre la edad mínima para trabajar; Convenio n° 182 sobre las peores formas de trabajo infantil; Convenio n° 100 sobre remuneración igualitaria; Convenio n° 111 sobre discriminación en el empleo y trabajo; así como el art. 32.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (sobre prohibición de trabajo infantil).

77 Vid. infra, en el apartado 4.4 (salud).

para determinar los estándares laborales que la empresa estaba obligada a cumplir⁷⁸. En primer lugar, el CAO indicó que la empresa debe promover el conocimiento de las normas de desempeño y otras normas aplicables entre los trabajadores⁷⁹. Además, exigió la formación de los trabajadores con el fin de garantizar una correcta aplicación de estas normas. El CAO también pidió a Standard Profil que realizara una auditoría independiente sobre la aplicación de las normas⁸⁰.

El caso referido a la empresa Assan Aluminyum fue presentado en un momento en que la CFI aún no había terminado su propio análisis de debida diligencia para decidir si financiaría el proyecto. El CAO se comunicó con la CFI para pedirle que prestara especial atención a los aspectos del proyecto que tuvieran consecuencias para el derecho laboral, por lo que la CFI exigió a la empresa que proteja la libertad de asociación, adoptara políticas de igualdad de oportunidades y no discriminación, confirmara la aplicabilidad de los estándares laborales más importantes, y educara sobre los derechos y obligaciones de los empleados⁸¹.

En enero de 2012, el CAO admitió una queja contra Harmon Hall, y a través de su función de *ombudsman* el CAO inició una evaluación para explorar las opciones para una solución colaborativa de las cuestiones planteadas por las partes. Harmon Hall es una gran cadena de escuelas de idiomas en México⁸². La CFI proporcionó a Harmon Hall una inversión de 7,9 millones de dólares. En diciembre de 2011, el CAO había recibido la

78 Cfr. CAO, "Stakeholder Assessment Regarding Labor Rights Concerns at Standard Profil, Turkey", de 02.02.2009, p. 5, para. 5 (Recommended Actions).

79 Cfr. *ibid.*, pp. 5-6; y CAO, "Stakeholder Assessment Report Regarding Community and Civil Society concerns in relation to activities of the Nicaraguan Sugar Estates Limited (NSEL), Nicaragua", de diciembre de 2008, p. 12.

80 Cfr. CAO, "Stakeholder Assessment Regarding Labor Rights Concerns at Standard Profil, Turkey", de 2 de febrero de 2009, pp. 5-6.

81 Cfr. CAO, "Assan Aluminyum Project – Complaint Conclusion Report", de agosto de 2010.

82 La descripción de este caso puede accederse en http://www.cao-ombudsman.org/cases/case_detail.aspx?id=183 (16 de mayo de 2012).

reclamación sobre las preocupaciones sobre derechos laborales, de salud, compensación, y el tratamiento equitativo de los trabajadores de Harmon Hall. En concreto, los reclamantes sostienen que las malas condiciones laborales, salarios insuficientes, y las extensas horas de trabajo son contrarios a las normas legales mexicanas y la legislación laboral. Los reclamantes solicitaron la confidencialidad. El caso continúa pendiente⁸³.

4.4. La protección del derecho a la salud

La salud de las personas está íntimamente relacionada con la preservación del medio ambiente; por esta razón, el derecho a la salud es presentado a menudo al calor de las alegaciones sobre el medio ambiente. Esto quedó manifiesto, entre otros, en el asunto sobre las papeleras en Uruguay ante el CAO. El asunto alegó violaciones al derecho a la salud, aunque lo hizo en el contexto de sus consideraciones sobre el medio ambiente. En su intervención en el caso, el CAO logró que la CFI presionara para una reducción de la dioxina en el proceso de blanqueación de la masa papelera⁸⁴. A esto se añade que ha habido algunos casos específicamente orientados hacia la salud de las personas afectadas por un proyecto.

Un caso muy relevante de la práctica del CAO fue el referido a la compañía Nicaragua Sugar Estates Limited (NSEL) para aumentar e intensificar el cultivo y procesamiento de la caña de azúcar en los Departamentos nicaragüenses de León y Chinandega de Nicaragua. El proyecto incluyó la construcción de una planta para producir y exportar etanol y el préstamo de la CFI se estructuraba en varias aportaciones por un total de 55 millones de dólares.

Entre los más de mil empleados de NSEL se había extendido una grave enfermedad de riñón, la llamada insuficiencia renal crónica, que en la mayoría de los casos causa una muerte muy dolorosa. En su informe de evaluación, el CAO exigió que la empresa apoyara la investigación de las causas

83 *Ibid.*

84 *Vid.* sobre la evaluación de los resultados de la acción del CAO en este caso, Granger, 2007, 1340.

de la enfermedad, y que asistiera a las personas enfermas y a las viudas⁸⁵.

En 2009, el CAO creó una mesa de diálogo para discutir los asuntos relacionados con la insuficiencia renal crónica. Además, encargó un estudio sobre cómo mejorar la sanidad y el apoyo a personas afectadas por la enfermedad y a sus familiares. Estas iniciativas contribuyeron a alcanzar un acuerdo para prestar ayuda a las familias afectadas, que incluye ayuda para la comida durante dos años y asistencia para los servicios sanitarios. Finalmente, se decidió que la Escuela de Salud Pública de la Universidad de Boston realizara un estudio epidemiológico independiente sobre la enfermedad en Nicaragua, consistente en dos fases⁸⁶. La primera fase, terminada en 2010, arrojó el resultado de que no se pueden encontrar correlaciones entre los químicos utilizados en las plantaciones de azúcar y el brote de la enfermedad renal. Este resultado negativo se confirmó de manera definitiva al término de la segunda fase de la investigación, en la cual no se pudo demostrar la responsabilidad de la empresa por el brote de la enfermedad (McClellan, 2012, 50-54). Además, existen indicios que apuntan a que esta enfermedad es un problema también en otras regiones de Nicaragua y en otros Estados de América Central⁸⁷.

4.5. La protección del derecho a la cultura propia

El derecho a la cultura es igualmente objeto de protección ante los mecanismos del Banco Mundial. Entre otros ejemplos, conviene destacar el asunto que tuvo como objeto la construcción de una planta hidroeléctrica en Uganda. En este caso, el CAO se ocupó de las reclamaciones de indígenas cuyos antepasados se encontraban enterrados en una isla del Nilo que se vería inundada por la presa. El CAO no pidió que el proyecto fuera modificado para evitar la inundación de la isla; sin embargo, buscó vías para

85 Cfr. CAO, "Stakeholder Assessment Report Regarding Community and Civil Society concerns in relation to activities of the Nicaragua Sugar Estates Limited (NSEL), Nicaragua", de diciembre de 2008, pp. 10-11.

86 Cfr. CAO, "Progress Report. NSEL - Nicaragua", de 15 de mayo de 2009, p. 1.

87 Cfr. CAO, "Construyendo las Bases para la Confianza y Sanación: NSEL, ASOCHIVIDA y la Salud Comunitaria", abril de 2011, p. 2.

desenterrar las fosas y trasladarlas a otros lugares susceptibles de ser usados como cementerios⁸⁸. Como puede verse, el CAO se aproximó a este caso con la intención de hacer compatible la realización del proyecto de la presa hidroeléctrica con la dignidad de los lugares de entierro de los indígenas.

5. Conclusiones

Los tratados constitutivos de las instituciones financieras internacionales del Grupo del Banco Mundial, que se remontan a la conferencia internacional de Bretton Woods de 1944, establecen la competencia de trabajar para un mejor desarrollo económico de sus Estados miembro. La idea era ayudar a los Estados de la Europa devastada por la Guerra Mundial en la reconstrucción de sus economías. Los tratados que surgieron de la conferencia no regulaban los derechos individuales de las personas adversamente afectadas por este desarrollo. Esta situación es un reflejo del hecho de que al inicio de la existencia de estas instituciones financieras se consideraba que en Derecho Internacional el titular del derecho al desarrollo económico y social fueran los Estados. El proceso de descolonización, que siguió casi inmediatamente a la Segunda Guerra Mundial, solo consolidó esta concepción, puesto que el Banco Mundial adquirió un protagonismo fundamental para el financiamiento de esta ola de creaciones de nuevos Estados entre los años cincuenta y ochenta del siglo XX.

Esta situación ha cambiado desde que el Banco Mundial observara que los proyectos de desarrollo podían conllevar efectos adversos para ciertos grupos o personas. La preocupación por los derechos humanos de estas personas llevó a que en 1993 se decidiera la creación del Grupo de Inspección y, en 1998, del CAO. Ambos órganos han impulsado un cambio paradigmático en el Banco, desde una postura centrada en los Estados a una postura que toma en cuenta los derechos e intereses de las personas

88 Un problema particularmente agudo para el CAO fue concordar con los descendientes afectados un método para llevarse de la isla también a los “espíritus” de los muertos; cfr. CAO, “Assessment Report. Complaint filed to the CAO regarding the Uganda Bugajali Hydropower Project”, de septiembre de 2001, en particular pp. 5 y 6.

directamente afectadas por sus proyectos. Por tanto, el Banco Mundial ha reconocido que el derecho al desarrollo económico, social y cultural no es solo de los Estados como representantes jurídicos de las distintas naciones y culturas del mundo, sino que cada persona individualmente considerada también tiene un derecho a este desarrollo. En esencia, se ha producido un cambio de una concepción colectiva de estos derechos a una concepción individual de los mismos.

Gracias al Grupo de Inspección y el CAO, personas concretas pueden presentar quejas o reclamaciones al Banco Mundial por la afectación de sus derechos económicos, sociales y culturales. Ambos mecanismos siguen un determinado procedimiento para solucionar el caso o al menos para alertar a los Directores Ejecutivos de una disfunción en el Banco. Estas son características de un genuino mecanismo de control internacional de derechos económicos, sociales y culturales, y algo similar se podría decir de los derechos civiles y políticos. En todo caso, es especialmente llamativa la existencia de estos mecanismos para aplicar los derechos económicos, sociales y culturales, puesto que para estos derechos no existen otros mecanismos que tengan vocación universal y, con mucha más razón todavía, que tengan alguna eficacia práctica para las víctimas. Como hemos comprobado en este estudio, solo existe algún mecanismo muy especializado y sectorial con vocación universal, o la víctima tiene que acudir a los mecanismos regionales de derechos humanos allí donde existan – en particular en Europa y América – para supervisar ciertas obligaciones de los Estados en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Por tanto, el Banco Mundial es la única institución internacional con un mecanismo de quejas individuales en lugares como China, aún si la aplicación de la posición del Banco dependa de la voluntad de los Estados afectados, algo que en el caso chino dificultó la aplicación de las recomendaciones del Grupo de Inspección sobre el proyecto de Quinghai. En todo caso, las bases están sentadas para que el Banco Mundial aplique los derechos económicos, sociales y culturales en todos sus 188 Estados miembro.

6. Bibliografía

- CAO. 2002. *Extracting sustainable advantage? A review of recent experience with IFC & MIGA extractive industries projects*. Final Report, Washington DC, October.
- Dañino, R. 2006. *Legal Opinion on Human Rights and the Work of the World Bank. Senior Vice President and General Counsel*. Informe de 27 de enero. Washington DC: Banco Mundial.
- Gianviti, F. 2005. Economic, Social and Cultural Human Rights and the International Monetary Fund. En *Non-State Actors and Human Rights*, editado por Ph. Alston, 113–138. Oxford: Oxford University Press.
- Granger, C. L. 2007. The Role of International Tribunals in Natural Resource Disputes in Latin America. *Ecology L. Q.* (Berkeley–University of California) 34: 1297–1347.
- IFC. 2006. *Consultation Advisory No. 14: New IFC Sustainability Policy, Performance Standards and Disclosure Policy Now in Force*, 30 de abril. Washington DC: IFC.
- Independent Evaluation Group. 2008. *Independent Evaluation of IFC's Development Results 2008: IFC's Additionally in Supporting Private Sector Development*. Washington DC: IFC.
- Kaufmann, D., A. Kraay y M. Mastruzzi. 2007. *Governance Matters VI: Governance Indicators for 1996–2006*. Washington DC: Instituto del Banco Mundial. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=999979# (11 de julio de 2012).
- McClean, M. et al. 2012. *Informe de muestreo biológico: Marcadores biológicos de daño renal e insuficiencia renal crónica en trabajadores del Occidente de Nicaragua*, 26 de abril. Boston: Escuela de Salud Pública de la Universidad de Boston.
- Physicians for Human Rights. 2010. *Toxic Metals and Indigenous Peoples Near the Marlin Mine in Western Guatemala. Potential Exposures and Impacts on Health*. Washington, D.C., April 2010. http://www.ciel.org/Law_Communities/Guatemala/guatemala_toxic_metals_may10.pdf (10 de octubre de 2012).
- Sanahuja, J. A. 1994. *Cambio de rumbo: propuestas para la transformación del Banco Mundial y el FMI*. Informe del Centro de Investigación para la

- Paz (Madrid) y del Seminario de Investigación para la Paz (Zaragoza) 9.
- Shihata, I. F. I. 1988. Environment, Economic Development, and Human Rights: A Triangular Relationship? *Am. Soc'y Int'l L. Proc.* (Washington, D.C., ASIL) 82.
- Shihata, I. F. I. 2000. *The World Bank Legal Papers*. The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers.
- Shihata, I. F. I. 2000. The Dynamic Evolution of International Organizations: The Case of the World Bank. *Journal of the History of International Law*, (Dordrecht: Brill) 2: 217-249.
- Suzuki, E. y S. Nanwani. 2007. Responsibility of International Organizations: the Accountability Mechanisms of Multilateral Development Banks. *Mich. J. Int'l L.* (Michigan-University of Michigan) 27: 177-225.
- World Bank. 1998. *Development and Human Rights: the Role of the World Bank*. Washington DC: Banco Mundial.

La importancia de los fallos que reconocen derechos económicos, sociales y culturales como realización social efectiva en la teoría de la justicia

Agustín Parma

Abogado por la Universidad Nacional de Cuyo (Argentina), Diplomado en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales por el Instituto Universitario Ortega y Gasset (España), Candidato a Doctor por la Universidad Complutense de Madrid (España).

Resumen: El presente artículo aborda el concepto de realización social concreta como elemento de una teoría de justicia comparativa que se propone (a diferencia de una teoría trascendental de justicia que busca criterios de justicia aplicables a todo tiempo y lugar) estudiar situaciones concretas e intentar que esas situaciones concretas sean menos injustas.

Dada la imposibilidad de determinar las condiciones de justicia que demanda cada caso concreto, analizaremos el caso de los derechos económicos, sociales y culturales, por existir un consenso en el hecho de que su aplicación y reconocimiento implica una situación de justicia.

Estos derechos, a pesar de su carácter positivo, encuentran una gran resistencia al momento de ser reconocidos, sobre todo por la falta de presupuesto que argumentan los Estados para ejecutarlos.

Así, analizaremos el reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, mediante el cual se reconoce el derecho a vivienda en una situación determinada, como ejemplo de realización social concreta.

Palabras clave: derechos humanos; teoría de justicia; teoría trascendental de justicia; teoría comparativa de justicia; filosofía del derecho; derechos económicos sociales y culturales.

Abstract: This article discusses the concept of “specific social execution” as part of a comparative theory of justice (as opposed to a transcendental justice theory that seeks justice criteria applicable to all times and places) that studies specific situations trying to make them less unjust.

Given the impossibility of determining the conditions of justice demanded by every particular case, we deal with the case of economic, social and cultural rights, since there is a consensus on the fact that its application and recognition implies a situation of justice.

These rights, despite its positive nature are highly resisted when being recognized, especially by the argument of the States lack of funds in order to implement them. Thus, we will analyse a recent case by the Argentina Supreme Court where it is recognized the right to housing in a particular situation, as an example of specific social execution.

Keywords: Human Rights; Theory of Justice; transcendental theory of justice; comparative theory of justice; Law Philosophy; Economic, social and cultural rights.

Artículo recibido: 15/08/2012 Aceptado: 15/09/2012

Sumario

1. Introducción
2. Aproximación ética a los derechos humanos
3. La importancia de las realizaciones sociales en la teoría de la justicia
 - 3.1. La teoría de justicia trascendental de Rawls
 - 3.2. La teoría comparativa de Sen
 - 3.3. Las realizaciones sociales como elemento de la teoría de la justicia comparativa
4. Los fallos judiciales de reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales como realización social
5. Conclusión
6. Bibliografía

1. Introducción

El presente trabajo intenta resaltar la importancia de los fallos judiciales que reconocen la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales como realizaciones sociales concretas dentro de la teoría de la justicia.

Entendemos por realizaciones sociales concretas una acción que permita efectivizar, convertir en real una situación de justicia, o hacer cesar una situación de injusticia. Como existe una dificultad y una limitación natural para determinar de manera exacta que es lo justo y que no, puesto que responderá a cada ámbito jurídico, a cada momento y las condiciones de cada persona que analice el caso. El presente trabajo tomará el caso de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos plenamente aceptados y, dentro de ellos, la situación abordada por un caso concreto.

Para ello, en primer lugar se exponen sucintamente las líneas generales de la teoría de justicia trascendental de John Rawls y una teoría de justicia comparativa propuesta por Amartya Sen, para luego resaltar la importancia de los fallos judiciales de reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales como elementos mediante los cuales se logra una realización social efectiva, es decir, se convierte una realidad existente que es injusta en más justa a través del reconocimiento de los mencionados derechos (en concreto será un caso de la Corte Suprema de Argentina en el que se reconoce el derecho a la vivienda). Destacando así, el importante rol que cumplen los tribunales para la efectivización de los derechos económicos, sociales y culturales.

2. Aproximación ética a los derechos humanos

La fundamentación de los derechos humanos puede abordarse desde distintos aspectos como el histórico, el político, el filosófico o el ético, siendo todas estas aproximaciones igualmente válidas ya que no existe un abordaje absoluto, dado que ello llevaría a una comprensión reduccionista de los derechos humanos.

En el presente trabajo, sin perjuicio de aceptar los diversos abordajes arriba mencionados, partiremos de la aproximación ética de los derechos humanos, es decir, la fundamentación axiológica o valorativa fundadora de

los derechos humanos en tanto derechos morales, íntimamente ligada a la idea rectora de dignidad humana¹.

La apreciación desde la ética tiene íntima relación con la concepción de los derechos humanos como manifestación de la dignidad humana cuestión que debe tenerse en cuenta para determinar su alcance. La dignidad humana debe ser entendida como valor en sí mismo dissociado de su relación con el concepto de naturaleza humana (iusnaturalismo) y como límite de lo que debemos entender como derechos morales.

El concepto de dignidad humana no está exento de problemas. La determinación de qué derechos humanos son inherentes a la dignidad humana (como por ejemplo el planteo en torno al derecho a la propiedad) o la determinación del grado que implica una violación a la dignidad humana, presentan controversias no resueltas aún (Wlasic, 2006, 16).

Por ello, nos adherimos al concepto de derechos humanos que sostiene que son aquellos que protegen la dignidad de la persona humana y sus valores derivados, libertad e igualdad, a través de la efectiva y plena satisfacción de sus necesidades, tanto físicas, psíquicas como morales y que derivan en características y principios propios, de carácter general y normas jurídicas básicas de protección (Ibíd., 30).

1 La aproximación de derechos humanos como derechos morales implica comprender los derechos humanos no como derechos positivos en un sentido técnico-jurídico, sino además como derechos que implican una concepción de justicia implícita, es decir que esos derechos implican razones que actúan como legitimación de los criterios de validez adoptados por quienes aceptan esos derechos. En otras palabras, el aspecto moral sería el fundamento de los derechos humanos técnicamente positivados. No obstante esta posición implica una problemática en relación al mínimo de justicia de cada derecho. Al respecto se ha dicho "Los derechos humanos como derechos morales no son sino el fundamento de los derechos humanos reconocidos positivamente, en tanto que en esta última situación aquéllos constituyen el mínimo que afecta por igual a quienes aceptan. Y es desde ese mínimo desde el que cabe reivindicar el cambio o la profundización de los derechos ya reconocidos, pero también la inclusión de otros nuevos. La dificultad radica, indudablemente, en llegar a concluir cuál sea ese mínimo" (Giménez, 1998). Puede verse también: Ruiz, 1990, 149.

Los derechos humanos tienen características propias de universalidad e imperatividad, indivisibilidad e interdependencia que los hacen ser un conjunto de derechos aplicables a todas las personas, sin posibilidad de jerarquización y selectividad interna en cuanto a los derechos humanos a proteger, ni en cuanto al sujeto pasivo de la protección, que lleve a una fragmentación, ya que son integrales y están relacionados íntimamente unos con otros².

No obstante su carácter indivisible, una de las clasificaciones más importantes que existe en el ámbito de los derechos humanos es la que distingue entre “derechos civiles y políticos” y “derechos económicos, sociales y culturales”, llevando a una cierta fragmentación. Esta fragmentación implica abordar los derechos civiles y políticos como derechos con características distintas de los derechos económicos, sociales y culturales, que genera un tratamiento distinto. No encuentra asidero jurídico, puesto que todos los derechos humanos son exigibles, efectivos y responden a la misma naturaleza jurídica; por ende, son pasibles de igual tratamiento jurídico³.

Aunque en la realidad, en relación a los derechos económicos, sociales y culturales, se ha relativizado la obligación de asegurar su cumplimiento. Ello se observa en los límites a una revisión jurisdiccional (justiciabilidad) en los ordenamientos internos (Remiro et al., 2007, 1184).

2 Así lo ha entendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sucesivos fallos.

Por ejemplo en el Caso Caballero Delgado y Santana” 08/10/1995, párrafo 55, tiene dicho que “De conformidad con el artículo 1.1 de la Convención los Estados Parte están obligados a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”. No obstante reconocemos la existencia de doctrina en contra.

3 El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 2.1 asigna a estos derechos el carácter progresivo que implica el compromiso del estado de lograr progresivamente la plena efectividad en la medida de los recursos económicos disponibles hasta el máximo de los recursos que disponga.

3. La importancia de las realizaciones sociales en la teoría de justicia

3.1. La teoría de justicia trascendental de Rawls

Rawls en “Teoría de la Justicia” (1971) desarrolla una teoría filosófica de la justicia como base de los derechos y obligaciones políticos en la cual coloca como sujeto central a las instituciones y, en segundo lugar, a las estructuras básicas de las sociedades modelos a las que él llama avanzadas. Tradicionalmente, en filosofía política se ha dado un debate entre dos teorías. Por un lado, el utilitarismo y, por el otro, el intuicionismo. Así, Rawls con su teoría intentó un abordaje intermedio proponiendo su idea de justicia como equidad concediendo prioridad al deber (rights) por sobre los bienes (goods).

La idea de justicia como equidad busca representar los elementos de la justicia para una sociedad modelo, y para ello se parte del establecimiento de principios fundamentales. Para poder llegar a establecer principios, Rawls piensa en principios que sean aceptados por un conjunto de seres racionales en una situación de “igualdad inicial”. Esta situación de igualdad supone que los sujetos pueden ponerse de acuerdo y decidir imparcialmente, a su vez ésta imparcialidad (equidad) va a definir la justicia llevando a tomar una decisión justa a los individuos racionales y desinteresados que decidirán imparcialmente. En la situación inicial quienes intervienen tienen un velo de ignorancia, mediante el cual (imaginariamente) se despojan de todos los aspectos de su existencia (estatus social, vivencias, etc.) lo que va a garantizar la imparcialidad.

Una vez en esta posición, Rawls formula sus dos principios fundamentales de justicia que surgen del modelo arriba descrito y que serán tenidos en cuenta para la aplicación de criterios justos:

1) Toda persona tiene igual derecho a un régimen plenamente suficiente de libertades básicas iguales que sea compatible con un régimen similar de libertades para todos.

2) Las desigualdades sociales y económicas han de satisfacer dos condicionantes: 1- deben estar asociadas a cargos y posiciones abiertos a todos en las condiciones de equitativa igualdad de oportunidades y 2- deben promover el máximo beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad (Rawls, 1990, 33).

Estos principios de justicia serán el fundamento de una sociedad justa, universal, y ontológicamente anterior a cualquier contingencia empírica (Camps,1990,23) y llevarán al desarrollo del concepto de “bienes comunes” en donde Rawls identifica cinco tipos de bienes primarios.

Los bienes primarios son:

- 1- las libertades básicas
- 2- la libertad de movimiento y trabajo
- 3- la posibilidad de ocupar posiciones de responsabilidad
- 4- el ingreso y las riquezas
- 5- Las bases sociales del auto-respeto.

Con respecto a los bienes comunes, puede interpretarse que será una persona más o menos favorecida en tanto tenga un mayor o menor acceso a estos bienes primarios⁴.

Los bienes primarios son aceptados sobre la base de una determinada concientización de la personalidad moral, la cual subyace a la teoría de la justicia como equidad de Rawls, ello implica que los seres de una sociedad *bien ordenada* deben concebirse a sí mismos como “moralmente libres” (significa que pueden elegir en la forma que más les convenga) y como “moralmente iguales” (implica que cada cual es capaz de entender la concepción pública de la justicia y colaborar con ella) y “capaces de cooperar” (Rawls, 1980, 515–572).

De ahí surgen las dos potestades para determinar la libertad y la igualdad: 1) tener un sentido del deber y de la justicia (potestad de ser razonable) 2) concebir y perseguir sus bienes particulares (potestad de ser racional). Ambos constituyen “la condición necesaria y suficiente para ser considerado un miembro pleno e igual de la sociedad en cuestiones de justicia política” (Rawls, 1990, 45).

En la *posición original* que Rawls describe a las partes no les mueve ninguna concepción previa del deber o de la justicia, están liberados de todas ellas y por ello la justicia surge como resultado del procedimiento (por lo que la teoría de Rawls es una justicia procedimental), pero sí les mueve

4 Rawls, John. *Social Unity and primary goods*. En Amartya Sen, Bernard Williams (comps.), *utilitarianism and beyond*, Cambridge University Press (Camps,1990, 14).

el interés moral, es decir, la capacidad de ser equitativos, que se aprecia específicamente en la formulación de los *bienes primarios* (Camps,1990,16).

3.2. La teoría comparativa de Sen

En su libro “La Idea de Justicia” Amartya Sen desarrolla una *teoría comparativa*, en contraposición a la teoría trascendental de Rawls. A diferencia de ésta última no busca ser aplicable en todo tiempo y en toda sociedad sino que coloca a la persona en situaciones reales concretas. Reformula la pregunta ¿cuáles serían las instituciones perfectamente justas?, ¿cómo debería promoverse la justicia? Ello la lleva a tomar una ruta comparativa en la cual se pone el foco en las realizaciones reales de las sociedades estudiadas más que en sus instituciones y reglas (Sen, 2011, 47).

Sen acusa a las teorías transcendentales de inviables e irreales. Las ataca diciendo que, en primer lugar, no son factibles, porque aún bajo las estrictas condiciones de imparcialidad y escrutinio razonable (que se prescriben para la *posición original* de Rawls) puede no haber consenso razonado. Y, en segundo lugar, por ser redundantes, ya que un ejercicio de razón práctica como es el que exige Rawls para elegir la situación de justicia ideal no puede hacerse mediante la identificación de una situación perfecta (que posiblemente no esté disponible), sino que se necesita un esquema para comparar las diversas posibilidades de justicia y escoger según las alternativas factibles. Esto último justifica, según Sen, el abordaje del concepto de justicia a través de una justicia comparativa.

Sen busca el desarrollo de una teoría de justicia comparativa y remarca la necesidad de enfocarse en las realizaciones y conquistas reales (en lugar de definir lo que puede identificarse como las instituciones y reglas concretas) a partir del análisis de las realizaciones sociales (y no solamente centrarse en esquemas organizacionales).

Así, se pone el foco en tratar de incrementar la justicia existente y no en pretender una aplicación universal (que resulta probablemente impracticable). Es, en definitiva, una teoría filosófica que invita a la acción concreta, tratando de reducir circunstancias injustas en casos concretos a través de acuerdos que se den en la discusión pública.

3.3. Las realizaciones sociales como elemento de la teoría de la justicia comparativa

La teoría comparativa de Sen busca elementos que ayuden a reducir la brecha de las injusticias en casos concretos y coloca en un lugar central a las realizaciones logradas en este sentido.

Los derechos económico, sociales y culturales encuentran muchos problemas de aplicación, sobre todo por su dificultad de operativizarlos debido a la falta de estructuras existentes y/o la falta de presupuesto de los Estados. No obstante, cuando estos derechos se operativizan y se aplica a un caso concreto a través de un reconocimiento judicial, se está logrando una realización social, una situación justa, una sociedad más justa.

Esta realización social tiene un valor en sí mismo como fin propio de la existencia de los derechos económicos, sociales y culturales. Así, el reconocimiento mediante el cual un tribunal, analizando una situación concreta, decide operativizar estos derechos, genera una realización social concreta en el sentido expuesto por la teoría comparativa.

4. Los fallos judiciales de reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales como realizaciones sociales concretas

Recientemente, la Corte Suprema de la Nación Argentina emitió el fallo de fecha 24 de abril de 2012, el cual reconoce la operatividad del derecho social a la vivienda de a una madre con un hijo discapacitado a su cargo en “situación de calle” y manifiesta la obligación del estado en asegurarlo⁵.

El fallo gira en torno al reclamo interpuesto por una señora de nacionalidad boliviana que desde el año 2000 vive en la ciudad de Buenos Aires y busca trabajo. En el año 2005 nació su hijo, quien padece una enfermedad

5 Fallo CSJN “Q.64 XLVI”. http://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCcQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.infojus.gov.ar%2Farchivo.php%3Farchivo%3Dqcsy.pdf&ei=h_coUOnaBIa16wH9uYHwCA&usg=AFQjCNHgNO3dGAxKNGkpEtPY4aETsZC2kw

Recientemente fallo de Cortes locales han seguido esta línea, puede verse Moser, Carlos Luis S/Amparo S/Apelacion” (Expte. N 25889/12–STJ–).

que le provoca una incapacidad motriz, visual, auditiva y social. Y después de desvincularse del padre del niño comenzaron a deambular por diversos paradores, hogares y hoteles hasta que, finalmente, quedaron en situación de calle. Esa situación motivó a recurrir al Gobierno de la Ciudad y obtener la inclusión en el programa de subsidios regulado por el Decreto 960/08 y 167/11 por el plazo de diez cuotas que la normativa preveía. Vencido dicho plazo pidió continuar con el beneficio, pero el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires se negó con sustento en que no podía excederse el tope normativo allí fijado, ello la condujo nuevamente a la situación de desamparo⁶.

La situación de calle en que se encontraba esta madre y la ausencia de respuestas por parte del Estado, la llevó a interponer acción de amparo por sí y en representación de su hijo menor de edad contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, con el objeto de que ambos pudieran acceder a una vivienda adecuada y en condiciones dignas⁷.

La recurrente consideraba que

... la demandada no reconocía su derecho a un techo pues les había negado la inclusión en alguno de los programas habitacionales vigentes, a pesar de persistir en situación de emergencia habitacional...

y como medida cautelar solicitó

... que los incorporase en alguno de ellos, solución que de consistir en un subsidio permitiese abonar en forma íntegra el valor del alojamiento...

y la inconstitucionalidad de los arts. 5 y 6 del Decreto 690/06, por establecer un monto de subsidio incompatible con el goce de un derecho a una solución habitacional adecuada.

En primera instancia, la jueza en lo contencioso administrativo y tributario N° 12 de la Ciudad de Buenos Aires hizo lugar a la medida cautelar

6 Considerandos 1 al 3 del voto de la Dra. Argibay.

7 Considerandos 1 al 5 del voto de la Dra. Argibay.

solicitada y ordenó a la demandada que incluyera a la familia de la actora en “un programa de emergencia habitacional que asegure la unidad del grupo familiar” y que permita costear una vivienda.

La decisión fue ratificada en segunda instancia donde la sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario dijo que el “... Estado local se encuentra alcanzado por numerosas normas que consagran el derecho a la vivienda y le imponen el deber de hacer. Que resulta fundamental en el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en cuanto prevé que cada uno de los Estados partes se compromete a adoptar medidas ... hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente ... la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. Y que, constatada la situación de emergencia habitacional de la actora y su hijo, corresponde otorgar certeza a la cobertura que brinda auxilio económico al grupo familiar de la demandante⁸.

Finalmente, el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires rechazó la petición de la demandante e hizo lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires revocando el fallo y reenviando la causa a la Cámara de Apelaciones que intervino para que falle acorde al mismo. El tribunal dijo que el derecho a vivienda

... no brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda, los subsidios son medios paliativos que pueden ostentar carácter parcial y temporario sin que corresponda a los jueces asignarlos aunque a ellos toca asegurar que esa asignación respete las prioridades previstas en el art. 31 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, pudiendo presumirse que la vigencia del beneficio debe mantenerse cuando el accionante cumple con la carga de probar su situación prioritaria en relación con otros posibles destinatarios del régimen,

y que

8 Considerando 4 del voto de la Dra. Argibay.

no existe un derecho subjetivo de cualquier persona para exigir en forma inmediata y directa de la Ciudad de Buenos Aires la plena satisfacción de su necesidad habitacional. Sí, en cambio, para que el universo de destinatarios a quienes el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires debe asistir, pueda requerir cobertura habitacional indispensable – sea a través de hogares o paradores.

Dicho pronunciamiento originó el recurso extraordinario ante la Corte Suprema, con el argumento central de que la interpretación que hace el Tribunal Superior del derecho constitucional a la vivienda, desconoce su verdadero alcance, contenido y naturaleza operativa en el orden nacional e internacional. Ello debido a que el Tribunal Superior le asigna al principio de progresividad un alcance restrictivo que ignora el umbral mínimo para el efectivo goce del referido derecho e impide la evaluación sobre el máximo esfuerzo que debe realizar el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires para lograr con los recursos disponibles la plena efectividad del derecho a vivienda reclamado⁹.

En su fallo, la Corte Suprema determina en primer lugar la legislación mediante la cual resolverá la controversia: la Constitución Argentina (Art. 14 bis), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 25), el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 11.1), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (Art. XI), la Convención Sobre los Derechos del Niño (Art. 24 y Art. 27.1), la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Art. 7 ap. 1 y 2), la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad (Art. 3) y, finalmente, la Constitución de Buenos Aires (Art. 31).

Luego, advierte que los derechos económicos, sociales y culturales no son meras declaraciones, sino normas "operativas con vocación de efectividad". En ese contexto, sostiene que "garantizar" significa "mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas"¹⁰.

9 Cfr. Considerando 3 del voto mayoritario.

10 La Corte cita aquí la Observación General Nro. 5 del Comité de Derechos Económi-

La Corte establece que la operatividad de las normas de derechos económicos, sociales y culturales tiene un carácter derivado en la medida en que se consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado y este grado de operatividad significa, en principio, que su implementación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su implementación¹¹. Y agrega que los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial; y lo razonable en estos casos está relacionado con el principio que

manda desarrollar las libertades y derechos individuales hasta el más alto nivel compatible con su igual distribución entre todos los sujetos que conviven en una sociedad dada, así como introducir desigualdades excepcionales con la finalidad de maximizar la porción que corresponde al grupo de los menos favorecidos¹².

El Tribunal hace lugar a la demanda y establece que el derecho a vivienda debe garantizarse en el caso concreto porque "sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad". Interpretación que "permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando éstos piden el auxilio de los jueces"¹³.

cos, Sociales y Culturales y los que considera aplicables ya que son "condiciones de vigencia" de los Pactos "incorporados" a la Constitución Nacional. Ver Considerando 10 del voto mayoritario.

11 Cfr. Considerando 11 del voto mayoritario.

12 Rawls, John. 1971. *A theory of Justice*, Harvard College, citado en considerando 12 voto mayoritario.

13 Cfr. Considerando 12 del voto mayoritario. Cabe resaltar, por último, el aspecto del voto particular del Juez Petracchi en el cual en concordancia con el voto mayoritario que sostenía "el hecho de que los recursos sean limitados no constituye en sí mismo

5. Conclusión

Si bien los derechos económicos, sociales y culturales enfrentan obstáculos mayores que los Derechos Civiles y Políticos, la realización social de uno de ellos implica un fortalecimiento, en tanto que se avanza a una sociedad más próxima a la idea de justicia como equidad. El caso que hemos expuesto representa un claro ejemplo de realización social concreta logrado a través de un fallo judicial en el cual se efectiviza el derecho a la vivienda de manera plena¹⁴.

Las realizaciones sociales que se logran a través de la efectivización mediante fallos judiciales de reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales son un logro en sí mismo, una realización efectiva de los Derechos Humanos en un caso concreto, es decir, una acción que hace una situación menos injusta.

La dificultad de la concesión de los derechos económicos, sociales y culturales salta a la vista sobre todo por la limitación presupuestaria y el gasto que implica a las arcas públicas. Esa discusión debe seguir adelante en busca de criterios de equilibrio que mantengan las finanzas de los Estados sin descuidar la efectivización de los derechos económicos, sociales y culturales¹⁵.

Resulta interesante el razonamiento con el que la Corte sustenta su

una justificación para no adoptar medidas” va más allá al colocar la carga de la prueba en cabeza del Estado, toda vez que es el mismo Estado quien está encargado de demostrar que efectivamente no posee recursos o que no puede redistribuirlos para atender a la demanda. Ver considerando 17 voto Juez Petracchi.

14 Podemos también citar otros fallos de la Corte de Justicia de la Nación Argentina en este sentido.

15 Nadie duda de que existe una relación compleja entre el titular de la pretensión, el legitimado pasivo directo que es el Estado y el legitimado pasivo indirecto que es el resto de la comunidad que, en definitiva soporta la carga y reclama de otros derechos, tal como ha dicho la Corte en el caso referido “es incuestionable que no es función de la jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno”. Cfr. Considerando 13 del voto mayoritario.

capacidad de controlar la razonabilidad de la protección de los derechos económicos, sociales y culturales invocando la teoría de justicia como equidad de Rawls que implica: “desarrollar las libertades y derechos individuales hasta el nivel más alto compatible con su igual distribución entre todos los sujetos que conviven en una sociedad dada, así como introducir desigualdades excepcionales con la finalidad de maximizar la porción que corresponde al grupo de los menos favorecidos”¹⁶.

A pesar de la importancia que representa la existencia de una teoría trascendental de la justicia que pueda aplicarse a lo largo del tiempo y en toda sociedad con los influyentes aportes de filósofos contemporáneos como Habermas o Rawls, la teoría comparativa resalta la gran importancia de las realizaciones sociales efectivas a través del reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales como medio para lograr una sociedad más justa (a través del mejoramiento de situaciones injustas).

En este esquema, los fallos judiciales de reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales, como el reseñado, ocupan un lugar central de máxima importancia, dado que son instrumentos de realización social efectiva que hacen menos injusta una situación concreta; dicho de otra manera, es contribuir a una sociedad más justa.

6. Bibliografía

- Camps, Victoria. 1990. Introducción. En *Sobre las libertades*, Rawls, John. Barcelona: Paidós.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).
- Caso *Caballero Delgado y Santana*. Sentencia de 08 de octubre de 1995.
- Giménez, José. 1998. La fundamentación de los derechos humanos. Los derechos humanos como derechos morales. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del derecho* 1, Universidad de Granada. http://www.uv.es/CEFD/Index_1.html

16 Dicho de otro modo el principio de libertad más el principio de diferencia es igual a la idea de justicia como equidad. Cfr. Considerando 12 del voto mayoritario.

- Rawls, John. 1980. Kantian Constructivism in Moral Theory. En *The Journal of Philosophy* 77 (9), Setiembre.
- Rawls, John. 1990. *Sobre las libertades*. Barcelona: Paidós.
- Remiro, Antonio y otros. 2007. *Derecho Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ruiz, Alfonso. 1990. Los derechos humanos como derechos morales. *Anuario de derechos humanos* 6. Madrid: Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid.
- Sen, Amartya. 2011. *La idea de la Justicia*, Madrid: Taurus.
- Wlasic, Juan. 2006. *Manual Crítico de Derechos Humanos*. Buenos aires: La Ley.

La operatividad de la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo

Irene Victoria Massimino

Abogada por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata (Argentina). Maestría en Leyes "American Law for Foreign Lawyers", Miembro de la Lista de Honores del Decano de la Facultad de Derecho, Becaria de la Indiana University School of Law (Estados Unidos). Maestría en Derechos Humanos "MA in Understanding and Securing Human Rights". Becaria de la School of Advanced Study, University of London (Reino Unido).

Resumen: El propósito de este trabajo es determinar los cambios necesarios que deben hacerse dentro de los instrumentos jurídicos internacionales que regulan y protegen el derecho al desarrollo, con el fin de crear un orden pragmático legal para lograr resultados concretos. Para analizar este asunto, es necesario profundizar en la noción histórica del desarrollo, la evolución del marco legal, su concepto actual y los instrumentos de regulación que derivaron en la creación de un derecho humano al desarrollo. Por lo tanto, el objetivo principal será el análisis del contenido de la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo (la Declaración), con la finalidad de descubrir sus defectos fundamentales y establecer una forma de eliminarlos para generar un marco legal con una orientación práctica hacia el cumplimiento de sus fines primordiales.

Palabras clave: desarrollo; derecho humano al desarrollo; pobreza; igualdad; sistemas económicos; responsabilidad.

Abstract: The purpose of this paper is to determine the necessary changes that should be done within the international legal instruments that regulate and protect the right to development, in order to create a pragmatic legal order to achieve concrete results. To analyse this matter it will be necessary to deepen into the historical notion of development, the

evolution of the legal framework and the current concept and regulatory instruments that derived in the creation of a human right to development. Thus, the main objective will be analysing the content of the 1986 United Nations Declaration on the Right to Development (the Declaration) with the aim of discovering its fundamental flaws and defining a way of eliminating them in order to create a legal framework with a practical orientation towards meeting its primary objectives.

Key Words: development; human right to development; poverty; equality; economic systems; responsibility.

Artículo recibido: 26/08/2012 Aceptado: 15/09/2012

Sumario

1. Orígenes del derecho al desarrollo
2. El derecho al desarrollo en la agenda legal internacional
3. Problemas emergentes en la Declaración
4. Conclusión
5. Bibliografía

1. Orígenes del derecho al desarrollo

Las nociones de desarrollo y derecho al desarrollo son relativamente nuevas. Fueron creadas en el período post-colonial, inmediatamente posterior a la crisis económica mundial de 1930 y a la Segunda Guerra Mundial¹, en América Latina. Los estudiosos de esta región, elaboraron el concepto de desarrollo con un carácter puramente económico, justificado en una

¹ Los procesos descolonizadores, la crisis de 1930 y la Segunda Guerra Mundial profundizaron las diferencias entre países desarrollados y subdesarrollados, lo que facilitó el origen de teorías que buscaron las razones de la desigualdad económica y las maneras de eliminarlas.

serie de principios recogidos de las Teorías de la Dependencia² (Kirchmeier, Lüke y Kalla).

Fue el economista argentino Raúl Prebisch³, quien durante la década de 1950 creó los ejes centrales de las Teorías de la Dependencia, cuyo primer eje se basa en la idea de que la expansión universal del progreso tecnológico de los países desarrollados al resto del mundo se hizo de manera irregular y lenta; su segundo eje, en la existencia de asimetrías internacionales que generan desigualdad mundial; y el tercer eje, en que la existencia de estas asimetrías determina la necesidad de un cambio en las estructuras económicas internacionales, comprendiendo también la necesidad de crear cambios internos en los países subdesarrollados⁴ de acuerdo a sus circunstancias y necesidades particulares (Ocampo, 2001). Como se demuestra con estas premisas, las construcciones teóricas en torno al derecho al desarrollo tenían claramente una connotación económica, debido a que el crecimiento de la desigualdad global se convirtió en una de las principales características de la organización económica internacional, limitando el desarrollo progresivo, continuo y equitativo de los países del tercer mundo (Ibíd.).

En este contexto, fue en los países de América Latina donde las Teorías de la Dependencia se crearon para explicar el desarrollo, pero también fue en esta región donde comenzó el movimiento hacia un mundo más equitativo, basado justamente en el derecho al desarrollo. Para la mayoría de los países desarrollados y dominantes del mundo, estas teorías de las

2 Raúl Prebisch es el principal fundador y exponente de las Teorías de la Dependencia (Ocampo, 2001). Él desarrolló su trabajo más influyente a fines de 1940 y 1950, luego de la crisis de 1930, con el objetivo de abordar la desigualdad global (Ibíd.).

3 Las teorías de la dependencia se basaron en el hecho de que los países en vías de desarrollo o periféricos eran productores de materias primas y, por lo tanto, dependientes de aquellos industrializados para la mayoría de los productos elaborados y las tecnologías (Ocampo, 2001). Por ello, los países en desarrollo deben industrializarse para llegar a ser económicamente desarrollados (Ibíd.).

4 Los artículos 1 a 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos incluyen los derechos civiles y políticos; los artículos 22 al 28, los derechos económicos, sociales y culturales (1948).

desventajas estructurales de los países subdesarrollados y de la colaboración regional y la producción industrial para eliminar la desigualdad, fueron y continúan siendo teorías revolucionarias, cuando no utópicas (Hetne, 1982).

Sin embargo, a pesar de las nuevas teorías sobre el derecho al desarrollo y de la presión internacional de los países en desarrollo para cambiar la estructura económica mundial, no fue sino hasta 1970 que el derecho al desarrollo se propuso públicamente como un derecho humano (Marks y Andreassen, 2007), y hasta 1972 que las discusiones sobre este asunto se llevaron al mundo académico por el juez senegalés Kéba Mbaye (Kirchmeier, Lucas y Kalla).

Por lo tanto, está claro que los orígenes del derecho al desarrollo tuvieron un profundo impacto económico debido a las enormes diferencias entre países. También está claro que las teorías de la dependencia amenazaron los intereses y los roles principales de los países industrializados y desarrollados del mundo, proponiendo un cambio en la estructura económica global y exigiendo la cooperación para el desarrollo industrial de aquellos denominados periféricos⁵. Sin embargo, y como se podrá apreciar, nada de sus orígenes se vio plasmado en la Declaración sobre cuyo análisis se centra este trabajo.

2. El derecho al desarrollo en la agenda legal internacional

Los derechos humanos son y serán siempre un tema polémico en la política nacional e internacional de los Estados (Kirchmeier, 2006). Más que cualquier otra área política, la cuestión de la protección de los derechos humanos muestra la tensión entre la soberanía del Estado y el orden gubernamental supranacional, y más aún cuando se trata de intereses económicos (Ibíd.). El derecho al desarrollo no ha sido ajeno a esta polémica.

Sin embargo, como lo expresó la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos:

el derecho al desarrollo puede encontrarse entre las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Dere-

5 Traducción no oficial de la autora.

chos Humanos y los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos, antes que fuese plasmado en una declaración separada⁶ (2005).

Igualmente, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el primer cuerpo jurídico internacional en dar, por escrito, reconocimiento exclusivo y amplio a los derechos humanos, incorpora expresiones que refieren al derecho al desarrollo no sólo dentro de la esfera de los derechos económicos, sino también en la esfera de los derechos civiles y políticos, así como los sociales y culturales⁷ (Sengupta, 2000). En la Carta de las Naciones Unidas los Estados miembros también asumieron el compromiso de

promover el progreso económico y social de todos los pueblos, [...] realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos... (Carta de la ONU de 1945, Preámbulo y artículo 1 (3)).

En 1957, la Asamblea General mediante Resolución 1161 (XII) dio un paso importante hacia el reconocimiento del derecho al desarrollo, cuando expresó

que un desarrollo económico y social equilibrado e integrado contribuiría a fomentar y mantener la paz y la seguridad, el progreso social y un mejor nivel de vida, así como la observancia y el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos.

Además, durante la Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos, celebrada en Teherán, República Islámica del Irán, en abril/mayo de 1968, se reconoció la

6 Traducción no oficial de la autora.

7 Traducción no oficial de la autora.

responsabilidad colectiva de la comunidad internacional para garantizar el cumplimiento de las normas mínimas de vida que sean necesarias para el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales por todas las personas en todo el mundo (UN, 1968,14)⁸.

Asimismo, en el Acta Final de la conferencia, se solicitó a los países desarrollados ajustar sus relaciones económicas y financieras globales de manera que faciliten la transferencia de recursos y tecnologías adecuadas hacia los países en vías de desarrollo (Ibíd.).

En 1969, la Asamblea General aprobó la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, mediante Resolución 2542 (XXIV), con el objetivo de aumentar en forma constante las normas materiales y espirituales de la vida (OHCHR). La Comisión de Derechos Humanos, a través de la Resolución 4 (XXXIII), de febrero de 1977, decidió prestar atención y consideración especiales a los obstáculos que impiden la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales, así como a las acciones nacionales e internacionales necesarias para asegurar la protección de esos derechos (Ibíd.). En 1979, un estudio sobre las dimensiones del derecho al desarrollo como derecho humano en relación con otros derechos humanos fue presentado y examinado por dicha comisión (Ibíd.).

Un paso importante hacia el reconocimiento del derecho al desarrollo como un derecho humano fue efectuado por la Comisión de Derechos Humanos cuando, por Resolución 36 (XXXVI) de marzo de 1981, estableció un “Grupo de Trabajo de 15 expertos gubernamentales para estudiar el alcance y contenido del derecho al desarrollo y el medio más eficaz para asegurar su efectividad” (OHCHR).

En 1981, la comunidad internacional comenzó a reconocer legal y regionalmente el derecho al desarrollo como un derecho humano. La Carta

8 Las documentos internacionales no vinculantes se caracterizan por una sustancia vaga (M. Dixon y McCorquodale R., 2003). Estas normas precarias son particularmente comunes en materia económica y política, y se utilizan para proteger los intereses nacionales de los países influyentes (Ibíd.). Sin embargo, todo lo que la proliferación de estas normas hace es debilitar el sistema normativo internacional (Ibíd.).

Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos incorporó el derecho al desarrollo como un derecho individual y colectivo⁹. Finalmente, el derecho al desarrollo fue proclamado como un derecho humano por primera vez en la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo aprobada por Resolución 41/128 de la Asamblea General del 4 de diciembre de 1986.

3. Problemas emergentes en la Declaración

“Las brechas de desarrollo humano dentro de los países son tan severas como las diferencias entre países”¹⁰ (Steiner, Alston y Goodman, 2007, 308). Estas brechas se traducen en oportunidades injustas, económicamente desiguales y socialmente desestabilizadoras para todas las personas como consecuencia de su género, riqueza, ubicación social o identidad de grupo (Ibíd.). “Superar las fuerzas estructurales que crean y perpetúan la desigualdad extrema es una de las rutas más eficientes para superar la pobreza extrema y mejorar el bienestar de la sociedad”¹¹ (Ibíd.). La Declaración sobre el Derecho al Desarrollo podría haber sido la herramienta perfecta para el cambio de esas fuerzas estructurales.

La Declaración es el principal instrumento internacional en establecer los principios rectores para la protección y el cumplimiento del derecho al desarrollo como un derecho humano, que la constituye en una herramienta fundamental y esencial, a la vez que hasta única, para dichos fines. Sin embargo, no se ha hecho mucho progreso en este campo¹², impidiendo

9 Según A. Sengupta, el derecho al desarrollo es un derecho colectivo; es decir, se disfruta de manera individual pero se ejerce colectivamente a través de las instituciones y políticas de un país (2000).

10 Traducción no oficial de la autora.

11 Traducción no oficial de la autora.

12 A 25 años de su firma, la mayor parte de la población mundial continúa viviendo en condiciones de extrema pobreza, y muchos países (por lo general poco desarrollados) se enfrentan a las consecuencias devastadoras del cambio climático, la escasez de alimentos, los conflictos armados, el aumento del desempleo y otros problemas graves que impiden un desarrollo equitativo (UN-OHCHR).

la realización de los propósitos establecidos en su texto. Muchos son los defectos derivados de la Declaración y su redacción ambigua. Es necesario efectuar un análisis detallado de su naturaleza y contenido a fin de determinar sus errores principales para transformarla en un instrumento orientado a resultados concretos cuyos objetivos sean enfrentar la desigualdad extrema vigente mundialmente, que justamente impide un desarrollo holístico sostenible e igualitario.

Uno de los problemas principales que surgen de la Declaración es la propia *naturaleza* de este documento. A diferencia de los tratados y convenciones, la declaración no es un documento vinculante para los Estados signatarios¹³. La declaración consiste simplemente en la expresión de la voluntad o el deseo de los Estados que votaron a su favor; es meramente una enumeración de derechos y de titulares de obligaciones no vinculantes, principalmente Estados acompañados por la colaboración de la comunidad internacional (Sengupta, 2000). Por lo tanto, la Declaración necesita complementarse con una base legislativa que convierta a las obligaciones moralmente aceptadas en obligaciones legalmente vinculantes, además de un acuerdo sobre los procedimientos a seguir y los programas que deben realizarse por dichos sujetos de deberes para cumplir con los objetivos intrínsecos del derecho al desarrollo (Ibíd.).

Aunque el derecho al desarrollo ha sido reconocido como un derecho humano en la Declaración, y no hay duda de que los derechos humanos no necesitan reconocimiento legislativo para ser considerados tales, sería útil e importante para su realización que dicho derecho esté contenido en una legislación obligatoria (Sengupta, 2000). El reconocimiento jurídico vinculante de un derecho debe tener la finalidad de formular y adoptar instrumentos legislativos adecuados para garantizar la realización de las pretensiones de dicho derecho, una vez que fuera aceptado por consenso. Lo cual, a su

13 Las documentos internacionales no vinculantes se caracterizan por una sustancia vaga (Dixon y McCorquodale, 2003). Estas normas precarias son particularmente comunes en materia económica y política, y se utilizan para proteger los intereses nacionales de los países influyentes (Ibíd.). Sin embargo, todo lo que la proliferación de estas normas hace es debilitar el sistema normativo internacional (Ibíd.).

vez, daría a estos derechos respaldo mediante reclamos justiciables frente a tribunales y demás autoridades de aplicación (Ibíd.).

El derecho al desarrollo, más que cualquier otro derecho humano, necesita un plan de acción y ejecución, dado que es considerado un proceso de cumplimiento temporal, quizás hasta infinito si se razona que el progreso humano no tiene límites. Por lo tanto, como complemento de su reconocimiento legal, la Declaración debería haber creado un *órgano consultivo y de seguimiento* con el fin de controlar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados y con el objetivo de tomar reclamos de los titulares de derechos, ya sea de manera individual o colectiva.

El Sistema de las Naciones Unidas incluye órganos que supervisan los derechos contenidos en los respectivos instrumentos de derechos humanos. Un mecanismo para el seguimiento del derecho al desarrollo tendría que observar el cumplimiento y la aplicación de todos y cada uno de los distintos derechos incluidos en el concepto de desarrollo, tanto de manera individual como global (Sengupta, 2007).

Aunque la Declaración no es un documento vinculante, Arjun Sengupta explica que un órgano de vigilancia o control de esta naturaleza no necesita una declaración, sino únicamente el consenso amplio de los miembros de las Naciones Unidas basado en las nociones del derecho al desarrollo construidas teóricamente y sobre la base de un plan de desarrollo para promover el crecimiento económico y el progreso tecnológico (2007). Por ello la observación del cumplimiento de la normativa sobre desarrollo tendría que hacerse en el contexto de un proceso de desarrollo que sea directamente proporcional a un crecimiento económico justo y equitativo (Ibíd.). Cabe destacar que los órganos de aquellos tratados ya existentes, tales como los comités creados en virtud de los Pactos de 1966, podrían colaborar para examinar la aplicación de los derechos incluidos en sus textos y establecidos también dentro del concepto de derecho al desarrollo (Ibíd.).

Otro problema importante que surge de la declaración es que la propia *naturaleza del derecho al desarrollo* deriva de una definición muy amplia, aún poco clara. Como se explica a través de la historia del concepto y la evolución jurídica de este derecho, el uso del concepto *desarrollo* ha cambiado en los últimos sesenta años, así como su significado y naturaleza

(Marks y Andreassen, 2007). A pesar de que esta evolución en el concepto ha proporcionado el contexto correcto y las circunstancias propicias para la puesta en práctica¹⁴ del derecho al desarrollo, su significado se ha vuelto incierto en los instrumentos escritos. Esta falta de claridad lo ha hecho relativamente inútil para hacer frente a la desigualdad económica generadora de pobreza extrema global y otras consecuencias significativamente negativas emergentes en el mundo (Ibíd.).

En el Preámbulo y en el artículo 1 de la Declaración se pueden extraer unos pocos intentos de definición de los conceptos de *desarrollo* y *derecho al desarrollo*:

el desarrollo es un proceso global económico, social, cultural y político, que tiende al mejoramiento constante del bienestar de toda la población y de todos los individuos, [...] el desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político [...] el derecho humano al desarrollo implica también la plena realización del derecho de los pueblos a la libre determinación (1986).

Todas estas definiciones se podrían incorporar en una versión unificada creada por Sengupta:

El derecho al desarrollo, que es un derecho humano inalienable, es el derecho a un proceso particular de desarrollo en el que todos los derechos humanos y las libertades fundamentales pueden estar plena y progresivamente realizados (2007)¹⁵.

El concepto de *desarrollo* solía ser simplista, puramente identificado con el crecimiento del ingreso per cápita; pero, cuando este concepto se

14 La expresión poner en práctica implica implementar un derecho a través de su reconocimiento legal y un plan de acción concreto.

15 Traducción no oficial de la autora.

consideró insuficiente para mejorar las necesidades básicas de la vida, se introdujo la idea de *necesidades básicas* como indicadores del desarrollo (Sengupta, 2007). El concepto continuó desarrollándose alrededor del uso de indicadores de desarrollo humano “en el espacio de las capacidades y el funcionamiento, tales como la esperanza de vida, la supervivencia infantil y la alfabetización de adultos”, para terminar en un concepto tan amplio que en realidad podría ser interpretado como el derecho de todas las personas a desarrollar su potencial humano absoluto (Marks y Andreassen, 2007, xii; Howard, 1989). Como Sengupta explica, en las definiciones del derecho al desarrollo establecido por la Declaración existe la necesidad de “construir indicadores apropiados para cada uno de los diferentes derechos, de modo que un aumento en el valor de ese indicador implicaría una mejora en la realización de ese derecho” (Sengupta, 2007, 13).

Aunque las definiciones hacen hincapié en la realización de los derechos económicos, sociales, culturales, políticos y civiles, no especifica lo que el término *realización* implica, ni cuándo se debe considerar como logrado. Por lo tanto, Sengupta cree que la incorporación de indicadores apropiados, tales como el indicador de necesidades básicas, en el texto de la Declaración sería útil para determinar la evolución en el cumplimiento y la protección de un derecho (2007). Sin embargo, el problema de los indicadores yace en determinar cuáles son los indicadores fundamentales que deben ser incorporados, ya que, por ejemplo, para medir el desarrollo cultural y social de un determinado país deben incluirse conceptos que puedan ser adaptados a la historia de cada país y su población.

Si bien los indicadores de desarrollo humano serían de gran ayuda para definir y medir los derechos ya establecidos en la Declaración y muchos de los derechos incluidos pueden deducirse de la necesidad de eliminar la pobreza, sería esencial para este instrumento jurídico mencionar explícitamente a la pobreza como una violación del derecho al desarrollo y su eliminación como un objetivo de desarrollo indiscutible para todos los Estados. Esto parecería necesario elevarlo a un plano superior, sobre todo en un mundo donde las distintas facetas del desarrollo son difíciles de lograr si no se tienen los medios económicos necesarios para su alcance.

Otro elemento que debe ser elaborado para crear una definición ade-

cuada y operativa del desarrollo es el concepto de *proceso de desarrollo* (Sengupta, 2007). El Preámbulo de la Declaración expresa claramente que “el desarrollo es un proceso global económico, social, cultural y político” (1986). La redacción del artículo 2 también implica la existencia de un proceso al afirmar que “la persona humana [...] debe ser el participante activo y el beneficiario del derecho al desarrollo” o al mencionar la necesidad de “mejorar constantemente el bienestar de la población entera y de todos los individuos” (Ibíd.). El artículo 8 también se refiere explícitamente al *proceso de desarrollo*, al afirmar la necesidad de un papel activo de las mujeres en dicho proceso; y, finalmente, el artículo 10 también lo incorpora al establecer la necesidad de “asegurar el pleno ejercicio y la consolidación progresiva del derecho al desarrollo” (1986). Por lo tanto, el derecho al desarrollo implica el derecho a ser partícipes de ese *proceso*, y también el derecho al disfrute de los resultados de ese *proceso*, lo cual significa que la definición de *desarrollo* tendría que incorporar sustancialmente los derechos que el mismo conlleva y los métodos para lograrlos (Sengupta, 2007). El concepto de *proceso* debería incluir ciertos estándares para llevarlo a cabo, basados en los derechos humanos, la equidad y la rendición de cuentas, una política y acción de Estado concretas, y en principios de participación y no discriminación (Ibíd.).

Si bien el concepto del derecho al desarrollo incluye todas las generaciones de derechos¹⁶ –económicos, sociales, culturales, civiles y políticos–, la definición tiene que poner más énfasis en el logro del crecimiento económico. Todos los demás derechos humanos incluidos en la Declaración han sido previamente reconocidos por otros tratados internacionales de derechos humanos, excepto el derecho al crecimiento económico sustentable y equitativo, único capaz de eliminar la pobreza extrema imperante en el mundo (Sengupta, 2007). Cuando se habla de la adquisición de un derecho de manera progresiva, a través de un período de tiempo, no es más que lógico incorporar el crecimiento económico como uno de los pilares de ese derecho, en este caso el derecho al desarrollo, e incluso más lógico todavía cuando muchos de estos derechos no pueden llevarse a cabo sin un cierto

16 Derechos humanos de primera, segunda y tercera generación; división creada por académicos luego de la sanción de los Pactos Internacionales de 1966.

nivel de vida dado por una situación económica específica (Ibíd.). Koen De Feyter considera que el crecimiento económico es el requisito esencial para la consecución de los objetivos no económicos del desarrollo (2001). Siendo este crecimiento económico el resultado de la voluntad política de un Estado para actuar a nivel nacional y de un clima internacional propicio (Ibíd.).

A pesar de que el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y distintas agendas de las Naciones Unidas¹⁷, como la de 1994, han reconocido al crecimiento económico como motor del desarrollo global, el concepto debe estar claramente definido en la Declaración y debe incorporar un plan de acción. Si el crecimiento económico, logrado a través de sistemas económicos nacionales e internacionales basados en la igualdad y la justicia, es la principal herramienta para luchar contra el flagelo de la pobreza que impide el cumplimiento de un desarrollo integral, es necesario decidir cuales son los factores para construir un sistema económico beneficioso, equitativo y justo.

El Preámbulo de la Declaración estipula que deben realizarse “esfuerzos para establecer un nuevo orden económico”, pero no menciona cómo ni cuáles estructuras económicas internacionales y sistemas deben ser modificados o desarrollados, con el fin de lograr un desarrollo justo y equitativo (1986). Según Koen De Feyter debería establecerse que “el crecimiento económico requiere el libre comercio internacional” (2001). Más específicamente, se debería incorporar de manera explícita en el texto de la Declaración que se requiere la eliminación de las barreras comerciales, la promoción de la inversión, la transferencia de tecnología y conocimientos, el desarrollo de una mayor cooperación, una solución duradera al problema de la deuda de los países en desarrollo, y un sistema de comercio abierto, basado en normas equitativas, seguras, no discriminatorias, transparentes y predecibles (Ibid). Rhoda Howard, de una manera menos específica, también destaca la importancia de los derechos económicos cuando afirma que

los derechos económicos especifican el estándar mínimo necesario

17 El PNUD es un programa establecido por las Naciones Unidas para implementar medidas que combatan el subdesarrollo. Se puede conocer más acerca de este programa en www.undp.org/content/undp/es/home/

para un régimen basado en la protección de derechos, y no confunden derechos individuales con los métodos que podrían protegerlos o con los objetivos 'nacionales' (estatales) (1989, 215)¹⁸.

La falta de establecimiento de reglas claras para crear estructuras económicas y sistemas justos a nivel internacional responde, por lo general, al interés político y económico de las naciones más desarrolladas del mundo, que no quieren arriesgar su posición dominante y no tienen ningún interés nacional (interno) en apoyar el crecimiento económico de los países subdesarrollados.

Otra cuestión que surge a partir de la definición poco clara de desarrollo, es la clasificación de los países en *desarrollados* o *en vías de desarrollo*, división constantemente utilizada en los organismos internacionales. La Declaración reconoce un enfoque amplio e integral del derecho humano al desarrollo, por lo que se establece el derecho al desarrollo económico, social, cultural, civil y político en todos aspectos de la persona y de los pueblos. Sin embargo, como se ha explicado anteriormente, no describe lo que es lograr el desarrollo en esas áreas, ni se estipula la forma de medir dichos logros. Como consecuencia directa de esta ambigüedad es difícil clasificar qué países son *desarrollados* o están *en vías de desarrollo*.

La importancia de determinar el nivel de desarrollo de un país o región radica en la necesidad de implementar diferentes planes de acción de acuerdo a los niveles de desarrollo. Aunque hoy en día las organizaciones internacionales tienen diferentes criterios de clasificación, la clasificación actual más conocida es la utilizada por el Banco Mundial, que clasifica a los países según sus ingresos; una clasificación puramente económica (De Freytes, 2001). A pesar de su popularidad, esta clasificación es muy incompleta pues sólo permite determinar el desarrollo económico relativo de un país, dejando al resto de los derechos sin clasificar y sin siquiera una protección parcial. La Declaración debería contener el concepto de países desarrollados y en vías de desarrollo, su forma de clasificarlos y de determinar su crecimiento.

Es importante también destacar aquello que la Declaración establece

18 Traducción no oficial de la autora.

en cuanto a la *responsabilidad* de garantizar el derecho al desarrollo. En este sentido, tanto el Preámbulo como varios artículos estipulan que son los Estados quienes tienen la responsabilidad principal de garantizar el derecho al desarrollo para cada persona dentro de su territorio, pero también hace hincapié en la necesidad de una cooperación internacional entre éstos (1986). En los artículos 2 al 9, la Declaración menciona explícitamente la obligación de los Estados de

formular políticas de desarrollo nacional adecuadas, [...] crear condiciones nacionales e internacionales para la realización del derecho al desarrollo, [...] cooperar mutuamente para lograr el desarrollo, [...] adoptar [...] medidas para formular políticas adecuadas de desarrollo internacional, [...] eliminar las violaciones masivas y patentes de los derechos humanos, [...] eliminar los obstáculos al desarrollo,

entre muchas otras (1986). Sin embargo, una vez más, la Declaración no especifica un programa de acción a seguir por los Estados a fin de garantizar la realización del derecho al desarrollo, y el desarrollo mismo, a nivel internacional. Esta falta de especificidad y claridad se debe a una renuencia general estatal para transferir las nociones de justicia desde el sistema interno al internacional –o supranacional– debido al hecho de que “los errores políticos tienden a limitar la posibilidad de traducir el compromiso al más alto nivel en prácticas para el desarrollo y obligaciones legales”¹⁹ (Marks y Andreassen, 2007, ix-x).

De acuerdo con David Beetham, la obligación del derecho al desarrollo debe ser definida negativamente, como una de no causar daño o perjuicio (2007). Por lo tanto, los gobiernos deben evitar la ejecución o apoyo a políticas nacionales o internacionales o a acuerdos institucionales que perjudiquen el desarrollo económico de un país o fomenten el desarrollo desigual (Ibid). Con este punto de vista, Beetham minimiza la importancia de la formulación de la obligación positiva de brindar asistencia porque “refuerza

19 Traducción no oficial de la autora.

la dependencia unilateral y transmite una imagen de benevolencia”²⁰ y, en su lugar, hace hincapié en la infracción (Ibíd, 84). Esta posición se conoce en el ámbito internacional de los derechos humanos como el deber de abstenerse de interferir o llevar a cabo una acción específica que pueda causar la violación de un derecho (Skogly, 2006). Entre los académicos y estudiosos esta posición fue apoyada mayoritariamente al hablar de derechos civiles y políticos, no así al referirse a los derechos económicos, sociales y culturales, pues muchos consideraron que en referencia a éstos debían establecerse obligaciones positivas (Ibíd.).

Si bien la posición de *no injerencia o deber de abstenerse* no ha sido bien acogida en la mayoría de los tratados internacionales de derechos humanos y documentos, la Carta de las Naciones Unidas, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Convenio Europeo para la Protección de los de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblo, así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y muchos comentarios generales, han establecido la responsabilidad integral de los Estados, que incluye la obligación de cooperar para asegurar y garantizar los derechos humanos y las libertades fundamentales (Skogly, 2006). Por lo tanto, ahora se reconoce e interpreta que todos los grupos de derechos suelen acompañarse tanto de obligaciones positivas como negativas (Ibíd.).

El derecho al desarrollo no puede ser cumplido integral y totalmente sin la cooperación de todas las naciones. En un mundo globalizado, donde la interdependencia se ha convertido en una característica intrínseca de las relaciones entre Estados, un concepto holístico de *desarrollo* no puede ser individual y exclusivamente realizado y protegido por un Estado aisladamente.

Continuando con el tema de la *responsabilidad*, es importante mencionar que la Declaración tampoco incluye la cooperación de los agentes no estatales, como las corporaciones multinacionales, para la promoción del derecho al desarrollo. Las corporaciones multinacionales, también conocidas como empresas transnacionales, tienen un papel importante y

20 Traducción no oficial de la autora.

fundamental en la conformación de la economía mundial y la promoción de la globalización económica. A pesar de que funcionan en los campos de la producción, el comercio internacional y la inversión extranjera, aspectos de la interacción global que tienen un enorme impacto en la vida y derechos de las personas, todavía no son considerados garantes de obligaciones de derechos humanos. Por ello, las empresas multinacionales no tienen la obligación jurídica internacional de respetar y contribuir a la aplicación del derecho al desarrollo. De acuerdo con las normas de derechos humanos los Estados tienen la responsabilidad primordial de respetar, promover, proteger y realizar los derechos humanos (Steiner, Alston y Goodman, 2007). Sin embargo, en los últimos años, el derecho internacional de los derechos humanos ha evolucionado claramente hasta reconocer que las empresas multinacionales tienen la responsabilidad de defender los derechos humanos dentro de su área de influencia y control (Ibíd.).

Por otra parte, la complicidad corporativa –una teoría legal emergente en el derecho internacional y a la cual se le ha dado suma importancia– refiere a situaciones en las que una empresa “a sabiendas, ha financiado, apoyado o se ha beneficiado de abusos a los derechos humanos”, o a situaciones en las que ha sido “testigo mudo de abusos cometidos por otros”²¹ (Khan, 2005, en Steiner, Alston y Goodman, 2007, 1390). En esta teoría, las cuestiones de moralidad emergen como más importantes que las cuestiones de legalidad, así como surgen con gran relevancia el concepto de buenas prácticas y su significado, los interrogantes sobre qué conductas son buenas o malas, o justas e injustas y sobre los límites de éstas (Ibíd.).

Asimismo, según han explicado Marks y Andreassen, si el desarrollo sostenible emergiese como una norma imperativa de derecho internacional, convirtiéndose en *jus cogens*, podría generar la obligación de realizar acuerdos de inversión y otros tratados concernientes a empresas transnacionales sin contravenir las normas que rigen el derecho al desarrollo (2007).

A pesar de que todavía queda mucho por aclarar y decidir con respecto a las obligaciones de los agentes no estatales hacia los derechos humanos, la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo debería, por lo

21 Traducción no oficial de la autora.

menos, incluir específicamente la responsabilidad moral y ética de estos sujetos de derecho internacional, sobre todo con respecto a las empresas multinacionales.

Otra de las cuestiones derivadas de la Declaración es el problema de la *repetición de derechos*, que contribuye a la poca claridad de lo que se entiende y debería entenderse como desarrollo y su derecho correlativo. El Preámbulo de la Declaración, junto a muchos de sus artículos, repite derechos ya protegidos por otros instrumentos internacionales de derechos humanos, como los dos Pactos de 1966, entre otros. Estos instrumentos, a diferencia de la Declaración, tienen carácter vinculante. Sin embargo, el problema realmente no yace en esta repetición de derechos o en el carácter vinculante, sino en la falta de definición y explicación acerca de cuáles son los nuevos aspectos de esos derechos ya protegidos que se encuentran amparados exclusiva y únicamente por esta Declaración. El hecho de que un documento aparte se haya escrito sobre el derecho al desarrollo significa que se necesitan definiciones, objetivos, requisitos y protección específicos para la correcta realización de este derecho. Este problema se conecta directamente con la falta de una definición clara del derecho al desarrollo y los derechos que abarca. Una vez que el desarrollo y su proceso estén claramente definidos, también lo estarán los derechos que estos conceptos incorporan.

4. Conclusión

A pesar de que la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo no es un documento jurídicamente vinculante, y a pesar de los muchos errores que se encuentran en su texto y que han sido previamente señalados, ha logrado establecer el derecho al desarrollo como un derecho humano, con todas las implicancias que esto conlleva.

La Declaración representa también el reconocimiento de la comunidad internacional del derecho al desarrollo, de la posibilidad de reclamar este derecho individual o colectivamente, y constituye un reconocimiento de la existencia de una obligación impuesta a los Estados y a toda la comunidad internacional para proteger y cumplir con el derecho al desarrollo (Sengupta, 2007).

A pesar de sus fallas, de no mencionar específicamente a la pobreza como flagelo mundial e impedimento para cualquier tipo de desarrollo, y de un contenido general con poco compromiso político y económico para los Estados firmantes, la Declaración representa el punto de partida de una agenda global que comenzó a centrarse en la lucha contra las principales causas de la pobreza y el subdesarrollo. Por ello, hoy es posible decir que ha habido esfuerzos de la comunidad internacional para tratar de ampliar el alcance del derecho al desarrollo y para especificar las formas de lograr el desarrollo económico.

Aunque una crítica a la Declaración como si fuera el único documento sobre el derecho al desarrollo otorga un enfoque limitado, la Declaración continúa siendo el principal instrumento internacional rector cuando se habla del derecho al desarrollo. Sin embargo, actualmente se complementa de un conjunto de normas internacionales, programas y medidas que se han generado en los últimos veinte años, por lo que una nueva interpretación puede efectuarse de manera holística, teniendo en cuenta el resto de los instrumentos que modifican el concepto y los objetivos del desarrollo.

Como Arjun Sengupta expresó, ahora queda llevar a cabo programas y medidas para poner en acción el derecho al desarrollo, y que así sea posible para todos disfrutar de este derecho (Sengupta, 2007, 35). Para ello, será necesario trabajar en la creación de una conciencia internacional sobre la importancia de eliminar la desigualdad económica interna y entre los países del mundo.

5. Bibliografía

Instrumentos

Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 1981.

Carta de las Naciones Unidas, 1945.

Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, 1986.

Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948.

Declaración y Programa de Acción de Viena, 1993.

Resolución 1161 (XII) de la Asamblea General (XII), 1957.

Doctrina

- Andreassen, B. y S. Marks. 2007. *Development as a Human Right*. Harvard: Harvard University Press.
- De Feyter, K. 2001. *World Development Law: Sharing Responsibility for Development*. Antwerpen: Intersentia.
- Dixon, M. and R. McCorquodale. 2003. *Cases and Materials on International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Final Act of the International Conference on Human Rights, Tehran. 1968. http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/fatchr/Final_Act_of_TehranConf.pdf
- Hetne, B. 1982. *Teorías del Desarrollo y el Tercer Mundo*. www.lapaginadelprofe.cl/sociologia/teordes/dependenciatres.htm Accessed 2 May 2011.
- Howard, R. E. 1989. Human Rights, Development and Foreign Policy. En *Human Rights and Development: International Views*, D. Forsythe. Basingstoke: Macmillan.
- Kirchmeier, F. 2006. *The Right to Development – where do we stand? State of the debate on the Right to Development*. <http://library.fes.de/pdf-files/iez/global/50288.pdf>
- Kirchmeier, F., M. Lüke y B. Kalla. *Towards the Implementation of the Right to Development: Field-testing and fine-tuning the UN Criteria on the Right to Development in the Kenyan-German Partnership*. <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/genf/05105.pdf>
- Ocampo, J. A. 2001. Raúl Prebisch y la Agenda del Desarrollo en los Albores del Siglo XXI. *Revista de la CEPAL* 75. www.un.org/esa/desa/ousg/articles/pdf/ocampo.pdf
- Rodriguez, O. 1981. *On Peripheral Capitalism and its Transformation*. CEPAL Review No. 13. www.rrojasdatabank.info/pericap/pericap2.pdf
- Sengupta, A. 2000. *The Right to Development as a Human Right*. http://www.harvardfxbcenter.org/resources/working-papers/FXBC_WP7--Sengupta.pdf Accessed 2 May 2011.
- Sengupta, A. 2007. The Human Right to Development. En *Development as a Human Right*, B. Andreassen and S. Marks. Harvard: Harvard University Press.
- Skogly, S. 2006. *Beyond National Borders: States' Human Rights Obligations in International Cooperation*. Antwerpen: Intersentia.

- Steiner, H. J., P. Alston y R. Goodman. 2007. *International Human Rights Law in Context: Law, Politics, Morals*. Oxford: Oxford University Press.
- United Nations. 1968. *Final Act of the International Conference on Human Rights*. New York: United Nations Publications.
- United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights. *Background on the Right to Development*. www.ohchr.org/EN/Issues/Development/Pages/Backgroundrtd.aspx

El Estado negado: balance de los derechos económicos, sociales y culturales en México en el marco de la Estrategia de Seguridad de Felipe Calderón

Emmanuel Soriano Morales

Licenciado en Ciencias de la Comunicación con especialidad en Comunicación Organizacional por la Universidad Nacional Autónoma de México (México).
Coordinador de Rayuela, Revista Iberoamericana sobre Niñez y Juventud en Lucha por sus Derechos.

Resumen: A través del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ICESCR por sus siglas en inglés), ratificado por México en 1981, los Estados Parte se comprometen a adoptar las medidas necesarias para lograr, progresivamente, la efectividad de los derechos reconocidos en el mismo. Desde el año 2006, el presidente de México Felipe Calderón ha abanderado una lucha contra el crimen organizado, principalmente contra el narcotráfico, generando un clima de muerte, violencia e inseguridad en todo el país. Con base en la idea de que el incumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales está asociado a las violaciones de otros derechos como el de la paz, es necesario realizar un balance de su situación, colocando la realidad actual de la niñez, adolescencia y juventud mexicana como el reflejo de un Estado que no ha sabido ser garante de los derechos humanos.

Palabras clave: niñez; derechos humanos; paz; seguridad; violencia.

Abstract: Through the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR by its acronym in English), ratified by Mexico in 1981, the States Parties undertake to adopt the necessary measures to achieve progressively the effectiveness of the rights recognized in the Covenant. Since 2006, the President of Mexico, Felipe Calderon, has championed a fight against organized crime, mainly drug trafficking, generating a climate of death, violence and insecurity throughout the country. Based on the idea that a failure to comply with the DESC is associated with violations of other rights such as peace, it is necessary to carry out an assessment of

the situation, placing the current reality of Mexican childhood, adolescence and the youth as the reflection of a State that has not been a guarantor of human rights.

Keywords: childhood; human rights; peace; security; violence.

Artículo recibido: 30/08/2012 Aceptado: 15/09/2012

Sumario

1. Introducción
2. Transición política en México: la ruta trazada
3. Daños colaterales: el principio del fin
4. Una aspiración legítima: el derecho a un nivel de vida adecuado
5. Derecho a la educación: la gran paradoja
6. Una disyuntiva: la informalidad o el crimen organizado
7. Una cultura de paz
8. Conclusiones
9. Bibliografía

*Es mejor y más segura una paz cierta
que una victoria esperada*

Tito Livio

1. Introducción

Los derechos humanos son producto de una serie de conquistas históricas forjadas por diversos grupos de personas que fueron violentados, sojuzgados y privados de sus libertades elementales. Estas luchas buscaron la desconcentración y diversificación del poder, para que cada individuo tuviera la oportunidad de desarrollar su proyecto de vida de manera digna, libre y autónoma.

Así, los derechos humanos contienen el conjunto de condiciones mínimas para aspirar a una vida digna. Desde la perspectiva de los derechos

humanos, el Estado tiene el deber de defender, promocionar y garantizar la realización de este mínimo de condiciones para que las personas que se encuentran dentro de su jurisdicción puedan lograr un pleno desarrollo.

Dentro del universo de los derechos humanos se encuentran los Económicos, Sociales y Culturales (DESC), que están vinculados con el reconocimiento y cumplimiento de los derechos a la educación, salud, trabajo, alimentación, vivienda, cultura, etc. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ICESCR) es el instrumento¹ que recoge la esencia de los DESC y los dota de reconocimiento.

Los DESC son tan importantes que su respeto, promoción y realización podrían contribuir a erradicar fenómenos históricos como el analfabetismo, la falta de empleos bien remunerados, la desnutrición, la pobreza, el trabajo infantil, asimismo, garantizarían el acceso a servicios básicos como la salud y el agua potable y permitirían preservar las diversas manifestaciones culturales. En síntesis, la realización de los DESC permitiría reducir las desigualdades sociales a nivel mundial.

Dentro de los tratados internacionales de derechos humanos vinculantes con el espíritu del ICESCR se encuentra la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), con la cual es coincidente en los siguientes derechos:

- *Derecho al goce del más alto nivel posible de salud y a recibir servicios de salud* (artículo 24 de la CDN): incluido en el artículo 12 del ICESCR.
- *Derecho a un nivel de vida adecuado* (artículo 27 de la CDN): el ICESCR lo retoma en su artículo 11, incluyendo alimentación, vestido y vivienda.
- *Derecho a la educación* (artículos 28 y 29 de la CDN): comprendido en el artículo 13 del ICESCR.

Por su parte el artículo 10 del ICESCR reconoce a la familia como un

¹ Existen diversos instrumentos internacionales que reconocen a los DESC como derechos humanos es el caso de: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD); Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW); Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), entre otros.

elemento fundamental de la sociedad, por ello insta a los Estados Parte a otorgarle protección y asistencia. De igual manera, hace hincapié en proteger a la niñez y adolescencia contra la explotación económica y social (artículo 32 de la CDN), su empleo en actividades laborales² nocivas para su moral y salud o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal³.

En este sentido, el *principio del interés superior de la niñez* establece que los Estados deberán construir las condiciones necesarias para garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible, incluso en las coyunturas políticas, sociales y económicas, deben asignarse todos los recursos posibles para garantizar este desarrollo⁴.

México vive una crisis humanitaria producto de la lucha del ejecutivo contra el crimen organizado, principalmente contra el narcotráfico, bajo este contexto ¿cómo puede el Estado garantizar los DESC y los derechos humanos en general?

2. Transición política en México: la ruta trazada

Para las y los mexicanos el año 2000 vino acompañado de la llamada “Transición Política”, según José Woldenberg el país se hizo más complejo, diverso y plural, por lo que el sistema político unipartidista que rigió a México durante 71 años, encabezado por el Partido Revolucionario Institucional (PRI), comenzó a ser disfuncional, tanto, que permitió la alternancia política en México.

La expectativa de un cambio, generada durante la campaña presidencial de Vicente Fox, se diluyó, pues el país no presentó síntomas de mejoría.

2 Se instan a los Estados Parte a establecer los límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

3 OHCHR. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>.

4 REDIM. *El principio del interés superior de la niñez*. http://www.derechosinfancia.org.mx/Derechos/conv_3.htm

En la percepción colectiva de los mexicanos se acuñó la idea de que la llamada “transición” sirvió de muy poco.

El informe de Amnistía Internacional presentado en 2007 sobre la gestión de Vicente Fox⁵ refiere que durante su gestión existió violencia contra las mujeres, procedimientos judiciales sin garantías, detenciones arbitrarias, discriminación, uso excesivo de la fuerza, intimidación y hostigamiento judicial de defensores y defensoras de los derechos humanos, periodistas asesinados, corrupción, etc. Referente a los DESC menciona lo siguiente:

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU señaló que, a pesar de los esfuerzos del gobierno, 40 millones de personas seguían viviendo en la pobreza, en particular comunidades indígenas y otros grupos socialmente desfavorecidos.

Es importante mencionar que el primer caso de desapariciones forzadas durante su administración ocurrió en el estado de Colima, en la colonia Placetas Estadio. El 30 de junio de 2001 Alejandro Martínez Dueñas y José de Jesús González Medina, fueron detenidos por la Policía Judicial Federal (PJF) y agentes estatales, desde entonces, sus familiares desconocen su paradero⁶.

... Alejandro inauguraba la primera generación de desaparecidos durante los gobiernos de la “*transición política*” (Turati, 2010, 198).

El domingo 2 de julio del 2006 México celebró elecciones para Presidente de la República, así como para diputados y senadores; los resultados presentados por la autoridad electoral otorgaron al candidato del Partido Acción Nacional (PAN), Felipe de Jesús Calderón Hinojosa una ventaja de 0,56% respecto al abanderado de la *Coalición por el Bien de Todos*, conformada por los partidos del PRD, PT y Convergencia, Andrés Manuel López Obrador.

El PAN aseguró la continuidad en el poder y las y los mexicanos

5 Amnistía Internacional. *México – Informe 2007, Derechos Humanos en los Estados Unidos Mexicanos*. <http://www.amnesty.org/es/region/mexico/report-2007>

6 La desaparición fue documentada por la CNDH en el expediente que derivó en la recomendación 09/2005. Ningún funcionario fue sancionado.

serían testigos de una crisis humanitaria sin precedentes en el país; el partido de la alternancia tomaría una dirección contraria al espíritu de los tratados internacionales de derechos humanos, abanderado bajo el lema del “Presidente del Empleo”, Felipe Calderón es el principal responsable de uno de los pasajes más oscuros de la historia contemporánea de México, donde la violación sistemática de los derechos humanos es la constante.

3. Daños colaterales: el principio del fin

El 11 de diciembre de 2006 el gobierno federal anunció el primer operativo contra el crimen organizado, este acontecimiento fue el presagio de lo que se convertiría en el eje del sexenio *calderonista*. El 7 de marzo del 2007, Felipe Calderón presentó⁷ la *Estrategia Integral de Prevención del Delito y Combate a la Delincuencia*, la cual tendría como objetivo principal restablecer el sentido original de la función de seguridad pública del Estado; el programa contemplaba 8 ejes⁸:

- Alinear las capacidades del Estado mexicano contra la delincuencia.
- Operación policial.
- Prevención del delito y participación ciudadana.
- Desarrollo institucional.
- Sistema penitenciario.

7 Analistas y opositores acusaron a Felipe Calderón de iniciar la guerra contra el crimen organizado como una forma de legitimar su llegada al poder, luego de que los resultados de la elección presidencial mostraron que la mitad de la población no lo reconocía como primer mandatario. Para el jurista René González de la Vega la guerra del presidente representa “una mera escenificación del gran teatro político que se justificó en un momento de debilidad gubernamental (2006) y se estimó necesaria para incrementar la legitimación”.

8 Secretaría de Seguridad Pública. *Programa de Seguridad. Estrategia Integral de Prevención del Delito y Combate a la Delincuencia*. <http://pdba.georgetown.edu/Security/citizenssecurity/mexico/programas/estrategia.pdf>

- Combate a la corrupción.
- Tecnología. Plataforma México.
- Indicadores de medición establecidos con la sociedad civil.

Desde el principio de las hostilidades el mandatario mexicano advirtió que la lucha traería “pérdidas” y a los primeros decesos civiles les llamó “Daños colaterales”⁹, en lugar de víctimas, justificando con este eufemismo las pérdidas y el dolor causados por su guerra.

La violencia no se puede afrontar sin consecuencias, ¿cuántas muertes ha dejado el enfrentamiento contra el crimen organizado en México? El Gobierno Federal intentó, a través de la *Base de Datos de Fallecimientos Ocurridos por Presunta Rivalidad Delincuencial*¹⁰, transparentar e informar a la ciudadanía sobre este rubro, sin embargo desde el 30 de septiembre de 2011 este instrumento no se ha actualizado¹¹. Hace unos días el Gobierno Federal informó al periódico *Reforma* que no habrá una cifra actualizada sobre el número de ejecutados o muertos relacionados con el crimen organizado¹².

Pero la lucha de Felipe Calderón no debe dimensionarse sólo por el número de decesos, a continuación otras cifras relevantes:

- Según el ACNUR, en 2011 cerca de 160 mil personas se vieron forzadas a desplazarse dentro del territorio nacional a causa de la violencia provocada por el enfrentamiento entre los cárteles del narcotráfico; hasta abril del 2012 se calculaba que han dejado sus hogares unas 24 mil 500 personas sólo en Ciudad Juárez¹³.
- El Índice de Víctimas Visibles e Invisibles de Delitos Graves contabiliza

9 Expresión atribuida al ejército de Estados Unidos de América durante la guerra de Vietnam.

10 <http://www.presidencia.gob.mx/base-de-datos-de-fallecimientos/>

11 Hasta entonces contabilizaba 47 mil 515 muertos relacionados al crimen organizado.

12 Henia Prado. *Sepultan –también– cifra de ejecutados*, en: *Reforma*, 15 de agosto de 2012.

13 *Desplaza guerra del narco a 160 mil personas en México: Antonio Gutiérrez*. <http://www.animalpolitico.com/2012/04/desplaza-guerra-del-narco-a-160-mil-personas-en-mexico-onu/>

88 mil 361 homicidios dolosos durante el gobierno de Felipe Calderón. En 27 entidades federativas aumentó el promedio mensual de homicidios de 2007 a la fecha; en 19 entidades federativas aumentó el número de víctimas de extorsión en los últimos cinco años; en 24 entidades federativas aumentó el promedio mensual de víctimas de secuestro de 2007 a la fecha; en 25 entidades aumentó el robo con violencia en los últimos cinco años¹⁴.

- Datos de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CDHDF) indican que de 2006 a lo que va de 2012 se ha registrado 5 mil 397 expedientes de personas reportadas como extraviadas o ausentes¹⁵. El mismo organismo menciona que el saldo del conflicto armado en México es de 4 mil niñas y niños muertos y 3 mil 700 huérfanos¹⁶.
- Cifras del Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) ubican a México en el tercer lugar en trata de personas en América Latina y el Caribe¹⁷.
- Según el Informe Infancia y Conflicto Armado en México, de la REDIM, desde diciembre del 2006 hasta octubre del 2010, 994 menores de 18 años han perdido la vida y 3,664 se encuentran detenidos por supuestos delitos relacionados con el crimen organizado. Los estados con mayor número de adolescentes entre 15 y 17 años muertos son Chihuahua, Baja California y Sinaloa, donde operan cárteles de la droga.
- Según el Informe 2011 de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE) el principal mercado de drogas del mundo, con “niveles elevados” de producción, fabricación, tráfico y consumo de sustancias ilícitas, está en los países que integran América del Norte: México, Estados Unidos y Canadá; cada año fallecen más de 45 mil

14 Leticia Ramírez de Alba Leal. *Índice de víctimas visibles e invisibles de delitos graves*. http://www.altoalsecuestro.com.mx/INDICE_VICTIMAS_VISIBLES_INVISIBLES.pdf

15 José Gil Olmos. *Sexenio de desaparecidos*. <http://www.proceso.com.mx/?p=300356>

16 CDHDF. *Boletín 451/2011*. <http://www.cd hdf.org.mx/index.php/boletines/1916-boletin-4512011>

17 Ana Langner. *México, tercer lugar en trata de personas en AL*. <http://eleconomista.com.mx/sociedad/2012/06/20/mexico-tercer-lugar-trata-personas>

personas en la región por causas relacionadas con las drogas, lo que constituye el índice anual más elevado de mortalidad relacionada con las drogas a nivel mundial¹⁸. En el fondo de estas cifras se encuentra la llamada “Iniciativa Mérida”. Este tratado internacional establecido por los Estados Unidos en acuerdo con México y los países de Centroamérica puso en práctica una serie de programas para combatir el tráfico de drogas y armas¹⁹, lo que incluyó el reforzamiento de la frontera entre México y Estados Unidos.

El Congreso estadounidense ha aprobado mil 600 millones de dólares²⁰ en ayuda para México hasta este momento. “La Barbie”, “El Jefe de Jefes”, “El Indio”, “La Reyna del Pacífico”, “El Mochomo”, “El Rey”, “El Vicentillo”, “La Mano con Ojos”, “Tony Tormenta”, “El Amarillo”, son parte del botín del sexenio *calderonista*²¹, pero también lo son todas y todos los mexicanos

18 Silvia Otero. *ONU: México, eje en mercado de drogas*. <http://www.eluniversal.com.mx/primera/38917.html>

19 Según la ONU Estados Unidos es el principal vendedor de armas y consumidor de drogas en el planeta. <http://www.avn.info.ve/contenido/onu-revela-que-estados-unidos-es-mayor-consumidor-drogas-mundo>

20 Jorge Ramos. *El daño colateral de la Iniciativa Mérida*. <http://www.eluniversal.com.mx/notas/848939.html>

21 Según el general Ricardo Trevilla Trejo, en entrevista para Reporte Índigo, el balance a tres meses de que finalice el sexenio de Felipe Calderón es el siguiente: 2 mil 494 operativos y enfrentamientos en los que los militares ultimaron a 2 mil 959 personas, hirieron a 405 y detuvieron a 2 mil 560. Fallecieron 158 militares, y 938 resultaron heridos. Se desmantelaron 800 laboratorios clandestinos y se decomisaron 74 toneladas de metanfetaminas, 13.5 millones de pastillas psicotrópicas, 118 mil 640 armas de todos tipos, 12 millones de cartuchos de todos los calibres, 9 mil granadas, 538 aeronaves, 48 mil 456 vehículos terrestres, 219 embarcaciones y la destrucción de 3 mil 817 pistas clandestinas. También se liberó a mil 959 personas secuestradas y se capturaron 10 capos, 118 lugartenientes y 46 mil delincuentes.

En materia de derechos humanos la *Secretaría de la Defensa Nacional* (SEDENA) recibió alrededor de 7 mil quejas por presuntas violaciones, lo que se tradujo en 105 recomen-

representados en estas cifras, incluidos niños, niñas, adolescentes y jóvenes.

El cumplimiento de los derechos humanos requiere de la cooperación internacional, lamentablemente los resultados de esta estrategia de seguridad regional son inversos a los planteados. La región vive un clima general de inseguridad y el aumento de las actividades relacionadas al crimen organizado es palpable en todos los países; casos como el programa “Rápido y Furioso”²² son muestra del fracaso de una ideología colonizadora. ¿Cuántas muertes han dejado este operativo? Nunca lo sabremos.

Una niña de 8 años murió luego de recibir un disparo durante un enfrentamiento entre soldados mexicanos y presuntos sicarios en un poblado del estado norteño de Chihuahua, informó hoy la Fiscalía estatal²³.

4. Una aspiración legítima: el derecho a un nivel de vida adecuado

Tener una vivienda digna y alimento son indicadores para aspirar a un nivel de vida adecuado; sin embargo este derecho no sólo alude a bienes materiales, también tiene que ver con el acceso a oportunidades, calidad de vida, así como el bienestar y satisfacción de las personas que comparten un mismo territorio. Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), la calidad de vida es:

daciones por parte de la CNDH y 350 militares sujetos a investigación. <http://www.reporteindigo.com/reporte/mexico/radiografia-en-verde-para-un-sexenio-en-rojo>

22 Operativo donde la Agencia estadounidense de Alcohol, Tabaco y Armas (ATF) liberó, de manera intencional, 2.000 armas de fuego hacia el sur de la frontera mexicana; el plan consistía en rastrear la ubicación de narcotraficantes cuando éstos se hicieran del arsenal, sin embargo la operación fracasó luego que se perdiera el rastro de unas 1.400 armas. Según el congresista Elijah Cummings el programa “Rápido y Furioso” fue el cuarto desde 2006 que utilizó una estrategia similar y el más amplio. <http://www.redpolitica.mx/actualidad/reporte-revela-que-rapido-y-furioso-fue-la-cuarta-operacion-de-su-tipo>

23 *Muere niña de ocho años en fuego cruzado*. <http://www.sandiegored.com/noticias/5709/Muere-nina-de-ocho-anos-en-fuego-cruzado/>

... la percepción que un individuo tiene de su lugar en la existencia, en el contexto de la cultura y del sistema de valores en los que vive y en relación con sus objetivos, sus expectativas, sus normas, sus inquietudes. Se trata de un concepto muy amplio que está influido de modo complejo por la salud física del sujeto, su estado psicológico, su nivel de independencia, sus relaciones sociales, así como su relación con los elementos esenciales de su entorno.

La violencia e inseguridad siempre han estado presentes, pero en este sexenio se han intensificado. Actualmente niños, niñas, adolescentes y jóvenes crecen y se desarrollan en ambientes nocivos para su integridad, son víctimas de una lucha que ellos y ellas no decidieron. Son testigos de masacres, “levantones”, tiroteos en las calles, muertes, desapariciones forzadas y en muchas ocasiones blanco de ataques directos, experimentan terror, tristeza, angustia, desesperanza e incertidumbre. También se encuentran reclusos en sus propios hogares, con miedo de salir a las calles, lo que restringe sus espacios de juego y socialización²⁴.

24 Uno de los ejes temáticos de la reciente *Consulta Infantil 2012* fue seguridad ciudadana, algunos datos sobresalientes fueron: cerca de la mitad de las niñas y los niños de 6 a 9 años señala que por donde vive hay gente que roba, frente al 24.6% que en este grupo de edad afirma que por donde viven hay balaceras y muertos. En general, la percepción de inseguridad se incrementa con la edad, de tal manera que el mayor porcentaje de respuestas afirmativas a la presencia de balaceras y muertes se reporta entre las población de 15 años, entre quienes alcanza un 33.5%. Quienes no asisten a la escuela tienen una mayor percepción de la inseguridad, pues el porcentaje de respuestas afirmativas a esta pregunta se eleva a 45.0%. La invitación a formar parte de grupos delictivos se incrementa con la edad y es mayor entre los hombres (13.5%) que entre las mujeres (7.8%), y entre quienes no asisten a la escuela (22.2%) que entre quienes cuentan con escolaridad (10%). Los estados en los que los adolescentes reportan con más frecuencia que los delinquentes les invitan a formar parte de su grupo son Chihuahua (17.8%), Baja California (13.6%), Quintana Roo (12.5%) y Durango (12.3%). http://www.ife.org.mx/documentos/DECEYEC/consultaInfantilJuvenil2012/Informe_ejecutivo_consulta2012.pdf

En la casa siento miedo porque tiran piedras los cholos y le pegan al portón y un día que mi tío se fue encontramos balas afuera. Jorge, 6 años. (Ramírez, 2010, 29).

Bajo este contexto es difícil que su crecimiento se dé en condiciones favorables, y con pleno respeto a sus derechos. Hace unos días tuvo lugar la firma del *Acuerdo para la Atención a Niñas, Niños y Adolescentes en Escenarios de Delincuencia Organizada*, el cual busca coordinar a las instituciones de seguridad y justicia para que los niños, niñas, adolescentes y jóvenes involucrados en situaciones de violencia criminal reciban un trato digno y atención especializada. El acuerdo contiene cuatro fases: coordinación de las instituciones de seguridad, capacitación del personal involucrado en los operativos, protección de la identidad del menor de edad y atención adecuada a su edad y género.

Este acuerdo constituye una acción dirigida a mitigar los estragos de la lucha contra el crimen organizado pero no es parte de una estrategia integral para garantizar los derechos humanos de la niñez, adolescencia y juventud, incluidos los derechos a la seguridad y justicia.

Me siento (Raúl Plasencia, presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos) profundamente indignado como servidor público, como abogado y como padre de familia por la agresión y la humillación directa que las víctimas y sus familias tienen que sufrir por parte de la delincuencia, pero peor aún, me ofende la frecuente falta de interés para atender su exigencia de justicia y que los delitos queden en la impunidad²⁵.

De acuerdo con la herramienta “Tú índice para una vida mejor”²⁶ de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE),

25 Verónica Sánchez. *Reprocha CNDH el trato a víctimas de violencia*. <http://noticias.terra.com.mx/mexico/reprocha-cndh-el-trato-a-victimas-de-violencia,0d87355844116310Vg-nVCM3000009af154d0RCRD.html>

26 <http://www.oecdbetterlifeindex.org/>

México posee uno de los más bajos niveles de calidad de vida entre los 34 que integran al organismo, sólo por arriba de Turquía. Esta herramienta mide 11 variables: educación, salud, vivienda, ingresos, medio ambiente, empleo, comunidad, gobernanza, satisfacción ante la vida, equilibrio personal-laboral y seguridad.

De todas las variables que retoma el índice, las relativas al empleo y educación son representativas. En ambas, México se encuentra en último lugar.

5. Derecho a la educación: la gran paradoja

La educación es un derecho básico pues permite desarrollar capacidades y habilidades, físicas y mentales, en los niños y niñas. Es un elemento esencial para el desarrollo de su personalidad. La educación debe inculcar y fortalecer el respeto de los derechos humanos, así como las libertades fundamentales de toda persona.

México ocupa el último lugar en educación a pesar de ser el país con mayor porcentaje (20.6%) de gasto público destinado a este rubro dentro de los países de la OCDE. También llaman la atención los siguientes números:

– A pesar de que a México le tomó 80 años conseguir que todos los niños y niñas pudieran acceder al primer año de primaria, cada año 50 mil dejan truncada su educación primaria²⁷; durante el sexenio de Calderón 250 mil niños habrían dejado sus estudios.

– El número actual de jóvenes (hombres y mujeres) que no estudian ni trabajan, asciende a 7 millones 820 mil²⁸, lo que ubica a México en tercer lugar mundial. Entre las principales razones para no tener un empleo ni

27 Cada año 50 mil niños dejan la primaria. http://www.nssoaxaca.com/nacional/1-general/18063-dejan-la-primaria-50-mil-ninos-mexicanos-cada-ano?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed%3A+NssOaxaca-PrimeraPlana+%28NSS+OAXACA+-+Primera+Plana%29&utm_content=Google+Reader

28 Rodolfo Tuirán y José Luis Ávila. *Jóvenes que no estudian ni trabajan: ¿Cuántos son?, ¿quiénes son?, ¿qué hacer?* <http://www.seg.guanajuato.gob.mx/CEducativa/Documents/ArtCentroDocumental/2012/Marzo/Artículo9/Jóvenesq.pdf>

estudiar se encuentran las siguientes: falta de horarios flexibles para trabajar, falta de oportunidades educativas y compromisos familiares. Esta población es un nicho muy rentable para el narcotráfico y la delincuencia organizada.

– Según la OCDE, México ocupa el primer lugar en deserción escolar²⁹; 38% de quienes logran acceder a la educación universitaria no se gradúa lo que impide que las y los jóvenes obtengan las habilidades necesarias para insertarse en el mercado laboral y aspirar a un empleo digno y bien remunerado.

– El informe de la Cuenta Pública correspondiente a 2010 indicó que será hasta el año 2043 cuando México alcance la cobertura universal de la enseñanza media superior (según la OCDE, México es el país con mayor porcentaje de jóvenes sin bachillerato)³⁰. La Auditoría Superior de la Federación reveló que 87.3% (3 mil 966 planteles) de 4 mil 544 bachilleratos públicos revisados no tienen servicios médicos; 60.2% (2 mil 736) carecen de biblioteca, 50.1 (2 mil 278) no tienen salas de cómputo, 10.7% (484) disponen de inmuebles con más de 31 años de antigüedad y 8.6 (391) no son apropiados para uso educativo³¹.

– Según la OCDE, México ocupa el primer lugar en *bullying* en secundaria³², destaca el dato de que sólo los estados de Nayarit, Puebla, Tamaulipas, Veracruz y el Distrito Federal, cuentan con una ley específica para evitar la violencia escolar.

Hay muchas variables que ayudan a comprender el estado actual de

29 De acuerdo con la OCDE, México primer lugar en deserción escolar. <http://agendainformativa.com.mx/de-acuerdo-con-la-ocde-mexico-primer-lugar-en-desercion-escolar/>

30 Héctor Rojas. *Turquía y México primer lugar en la OCDE con jóvenes sin prepa*. <http://educacionadebate.org/31494/turquia-y-mexico-primer-lugar-en-la-ocde-con-jovenes-sin-prepa/#.UDZt1jBU4xg>

31 La cobertura universal de educación media superior se lograría en 2043: ASF. <http://www.animalpolitico.com/2012/02/la-cobertura-universal-de-educacion-media-superior-se-lograria-en-2043-asf/>

32 Fundación en Movimiento. *México, primer lugar en "bullying" en secundaria: OCDE*. <http://www.fundacionenmovimiento.org.mx/noticias/44-general/231-mexico-primer-lugar-en-bullying-en-secundaria-ocde>

la educación en México: horas efectivas de aprendizaje, porcentaje del gasto que se dedica a sueldos y prestaciones, condiciones de trabajo, personal capacitado y profesional, pobreza, involucramiento de la familia, porcentaje del gasto dedicado a infraestructura y proyectos de innovación, discriminación, entorno social, etc.

Esta última variable es crucial, pues en varios estados de la República Mexicana la violencia generada por la estrategia de seguridad de Felipe Calderón ha afectado el entorno escolar lo que no permite a los niños y niñas sentirse seguros ni protegidos en la escuela. La UNESCO menciona que la violencia genera que 45% de los estudiantes reporte incapacidad de concentrarse en sus estudios; 32% se sientan amenazados y temerosos; 31% deje de asistir. Sobre el desempeño educativo, ante la violencia: 39% de planteles desarrollan un ambiente educativo tenso y la calidad de las clases empeora debido a la no participación de los estudiantes. Además, se producen robos, amenazas, daños materiales, abusos sexuales y homicidios³³.

A este contexto nocivo se suman las diversas manifestaciones internas de la violencia escolar y las medidas emprendidas por las autoridades escolares y gubernamentales para convertir a las escuelas en prisiones (dotándolas de cámaras de seguridad, levantando bardas, contratando personal de seguridad, haciendo revisión de mochilas, o adquiriendo detectores de metales, entre otras medidas). La escuela dejó de ser un lugar pacífico para muchos niños, niñas y adolescentes.

6. Una disyuntiva: la informalidad o el crimen organizado

Felipe Calderón aseguró hace poco que durante su gestión se han creado más de dos millones 200 mil nuevos empleos formales netos en el país, lo que significa el segundo periodo más alto de generación de empleos formales de que se tenga registro en la historia del país. Por lo que cumplió con la encomienda de ser el “Presidente del Empleo”.

Sin embargo, cifras del Centro de Análisis Multidisciplinario (CAM) de

33 Lourdes Bueno. *Violencia en las escuelas: agravio multicausal*. <http://www.informador.com.mx/mexico/2010/213044/6/violencia-en-las-escuelas-agravio-multicausal.htm>

la Facultad de Economía de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) indican que más de 8 millones de personas se encuentran en el desempleo³⁴. La reciente Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo³⁵ del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) señaló que 21 millones de mexicanos están sumidos en la informalidad, la subocupación y el desempleo.

Si bien el discurso *calderonista* insiste en que la tasa de desempleo es baja y que el número de oportunidades sigue aumentando, la realidad para millones de mexicanos y mexicanas es disímil. Según analistas el empleo ha crecido en los años recientes, no obstante, de quienes ocuparon algún trabajo en los últimos cinco años un alto porcentaje, más del 50%, lo hizo en la informalidad, esto quiere decir que no tienen derecho a seguridad social ni a otras prestaciones.

Bajo esta lógica el derecho de toda persona a escoger un trabajo de forma libre es violentado, cabe destacar que en concordancia con la estrategia de seguridad presidencial en este sexenio los salarios de los soldados mexicanos aumentaron 150%³⁶, también hubo un alza en las prestaciones de la milicia, lo que atrajo a muchos jóvenes³⁷.

Actualmente México vive un auge en los diversos modelos de subcontratación, bajo estos esquemas, por ejemplo el “outsourcing”, muchas personas mitigan los efectos de no tener un trabajo bien remunerado. Es de subrayar que los estados más afectados por la violencia interna, ejem-

34 CAM. *Reporte de Investigación N°89. Base del Programa Económico del País: la Informalidad y Precariedad del Trabajo. Empleo y Desempleo Durante el Desgobierno de Felipe Calderón 2006 -2011.* <http://enlacezapatista.ezln.org.mx/archivos/reportescam/Reporte89.pdf>.

35 Correspondiente al segundo trimestre del 2012.

36 Raymundo Pérez Arellano. *Sueldo de soldados aumentó 150 %: Calderón.* <http://www.milenio.com/cdb/doc/noticias2011/e20b3f03d115db8b6dbe7311d7a3e091>

37 Algunos beneficios que la SEDENA otorga por reclutamiento voluntario son: primas vacacionales, fondo de ahorro, seguro de vida, seguro colectivo de retiro, centros de bienestar infantil, servicio funerario, casa habitación en renta, farmacias económicas, compensación por servicios, becas ISSFAM, servicios turísticos, etc.

plo Chihuahua, mantienen las tasas más altas de desempleo. La economía informal³⁸ es un fenómeno que va en aumento³⁹.

Sobre el impacto que tiene la informalidad en los empleos en la niñez y la adolescencia preocupa que muchas de las actividades económicas se realicen en condiciones de riesgo⁴⁰. A pesar de que México ratificó el Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) referente a las peores formas de trabajo infantil, tiene aún que elaborar un listado de trabajos que las personas entre la edad mínima de adición al empleo y los 18 años no puede realizar por ningún motivo.

Uno de los fenómenos más graves, producto de la falta de oportunidades, es el uso de niños, niñas, adolescentes y jóvenes para realizar actividades vinculadas al crimen organizado. En este sentido, el Informe Infancia y Conflicto Armado en México, de la REDIM, menciona lo siguiente:

Cifras de la academia hablan de unos 30,000 niños y niñas que cooperan con los grupos criminales de varias formas y están involucrados en la comisión de unos 22 tipos de delitos (desde tráfico de droga, hasta secuestro de personas, desde trata de seres humanos hasta

38 Para la OIT la “economía informal” hace referencia a todas las actividades económicas realizadas por los trabajadores y unidades económicas que no están cubiertos o que están insuficientemente cubiertos –en la legislación o en la práctica– por acuerdos formales. Sus actividades no se incluyen en la legislación, lo que significa que tienen lugar fuera del alcance formal de la legislación, o no están cubiertas en la práctica, lo que significa que –aunque se realicen dentro del alcance de la legislación–, la ley no se aplica ni se vela por su cumplimiento, o la ley desalienta el cumplimiento por ser inapropiada o gravosa, o por imponer costos excesivos.

39 Una encuesta reciente de Parametría destaca que el 64% de los mexicanos que recuerda la campaña electoral de 2006, en la que Felipe Calderón se promovió como el “presidente del empleo”, consideran que tal promesa resultó falsa luego de seis años. www.animalpolitico.com/2012/03/resulto-falso-que-calderon-fuera-presidente-del-empleo-encuesta-de-parametria/

40 Actualmente 3 millones 600,000 niñas y niños se encuentran en condición laboral en México.

extorsiones, contrabando, piratería, corrupción, etc.).

En lo que se refiere al narcotráfico, los niños están involucrados en toda la línea de la industria. Lo más pequeños trabajan como vigilantes, lo más grandes se ocupan del traslado de la droga y a partir de los 16 años empiezan a ser contratados como sicarios. Las niñas están involucradas sobre todo en el empaquetamiento de la droga.

Según jóvenes, mexicanos como latinos con ciudadanía estadounidense, detenidos por el Servicio de Aduanas y Migración (ICE) el cártel del Golfo y Los Zetas⁴¹ pagan una media de 500 dólares por transportar droga a través de la frontera y 1.000 dólares por vigilar a un secuestrado durante un mes, y 1.500 por espiar⁴².

Es muy difícil para la escuela recuperar a un joven que desde niño se visualizó como narcotraficante, lamentó la maestra “Guadalupe”, al sostener que por sí sola, “la escuela no puede derrotar al ambiente” y, para colmo, el sistema educativo “no cuenta con estrategias para la recuperación de los adolescentes reclutados”⁴³.

7. Una cultura de paz

La Asamblea General de las Naciones Unidas declaró los años 2000 como el “*Decenio Internacional de una cultura de paz y no violencia para los niños del mundo*”, mediante esta declaratoria incitaba a los Estados a adoptar medidas nacionales, regionales e internacionales que coadyuvaran

41 Habría unos 24 mil menores de edad incorporados al cártel de Sinaloa, más de 17 mil con Los Zetas y unos 7 mil 500 con La Familia Michoacana.

42 *Cada vez más menores se ponen al servicio de los narcos mexicanos*. <http://www.taringa.net/posts/noticias/13637492/Cada-vez-mas-menores-se-ponen-al-servicio-de-los-narcos-mex.html>

43 Rosa María Ríos Acosta. “*Sueñan*” Niños y Jóvenes ser “*Sicarios o Narcotraficantes*”: *Maestros*. <http://verticedesinaloa.bravehost.com/consemarcos105.html>

a promover una “cultura de paz”⁴⁴.

A 12 años de esta declaratoria el panorama de México es desalentador. Durante el sexenio de Felipe Calderón, México ha descendido 57 lugares en el *Índice de Paz Global*, actualmente ocupa el lugar 135 de 158 naciones más violentas.

Felipe Calderón no convirtió a la cultura en uno de los ejes fundamentales de su política, para el Dr. José Manuel Valenzuela Arce

las figuras que representan la dimensión ética de la sociedad se encuentran deterioradas y no hay una correspondencia entre los valores éticos y el reconocimiento social, en los ojos de muchos niños y niñas no hay diferencia cualitativa entre el policía y el narcotraficante⁴⁵.

Para varios investigadores la denominada “narcocultura” socavó ya la base social, ésta gira alrededor de figuras exitosas que se encuentran al margen de la ley, estos nuevos símbolos son los modelos a seguir por parte de niños, niñas y adolescentes. Aspirar a una vida sin privaciones y con poder es la meta de muchos jóvenes que prefieren tener una vida corta pero llena de lujos a una larga y marcada por la pobreza y la falta de oportunidades.

La identidad de niñas y niños se está transformando, ahora juegan a ser narcos y sicarios, forman grupos antagónicos y representan operativos y balaceras, crean lenguajes de señas y códigos como los que usan los grupos del crimen organizado, cantan la letra de los narcocorridos del momento o gustan de otras corrientes como “El Movimiento Alterado”⁴⁶. Toda esta baraja cultural refuerza el estereotipo del ser humano exitoso.

44 http://www3.unesco.org/iycp/kits/sp_res243.pdf

45 Alejandro Ledesma Solórzano. *Nacen, son reclutados, matan y mueren: narconinos*. <http://www.desdelared.com.mx/noticias/2012/2-opinion/0806-narco-ninos-053264129.html>

46 El *Movimiento Alterado* es una corriente que maximiza el estilo de vida exitosa y ostentosa y las acciones violentas del crimen organizado a través de múltiples expresiones, como los llamados “corridos enfermos”.

“Los Dos Primos”

Van endemoniados muy bien comandados

Listos y a la orden Pa’ hacer un desorden

Para hacer sufrir y morir a los contras

Hasta agonizar.

“Gabriel Silva”

Van y hacen pedazos a gente a balazos

Ráfagas continuas que no se terminan

Cuchillo afilado cuerno atravesado

Para degollar.

(Fragmento de la canción *Los Sanguinarios del MI*
de Movimiento Alterado)

8. Conclusiones

México se encuentra perdido en la incertidumbre, sobreviviendo en medio del fuego cruzado, a merced de los diversos cárteles de la droga que intensifican sus acciones para posicionarse ante la llegada del próximo presidente. El riesgo es permanente y la violencia no da tregua, la repartición de las “plazas”, regiones y ciudades está en marcha, no se sabe qué camino tomará el nuevo mandatario, pero aún con la salida del PAN de la presidencia el daño para el país es irreversible.

En materia de derechos humanos, el balance final del sexenio de Felipe Calderón es negativo; la puesta en marcha de su estrategia de seguridad⁴⁷, basada en la militarización, colocó a la población civil en estado de indefensión ante el poder de los diversos grupos del crimen organizado que operan en México, pero paradójicamente, también lo hizo ante las instituciones de

47 Hace poco la SEDENA y la Presidencia, aseguraron no contar con documentos que sustenten la decisión del gobierno para el uso de las fuerzas armadas y de seguridad pública en contra del crimen organizado. <http://aristeguinoticias.com/sedena-y-los-pinos-declaran-la-inexistencia-de-una-estrategia-de-combate-al-crimen/>

Estado encargadas de velar por la paz y seguridad de las y los mexicanos⁴⁸.

Si el origen del Estado, desde la perspectiva de derechos humanos, tiene que ver con la procuración del bienestar de quienes se encuentran bajo su jurisprudencia y la promoción de condiciones adecuadas para su desarrollo, evitando ser omiso y mucho menos promoviendo acciones que vulneren los derechos humanos, luego entonces con la estrategia de seguridad⁴⁹ implantada ¿el Estado mexicano negó su razón de ser?

La cobertura universal de salud, la obligatoriedad de la enseñanza media superior o la generación de dos millones 200 mil nuevos empleos formales forman parte del balance positivo, en materia de los DESC, de la administración *calderonista* (según el discurso oficial), sin embargo no se puede defender, respetar y garantizar estos derechos si los niños y niñas no pueden experimentar seguridad en sus escuelas, si las y los adolescentes se ponen al servicio de los cárteles de la droga para buscar una vida con mejores oportunidades⁵⁰, si la juventud no tiene opciones de acceder a empleos bien remunerados o a espacios para ejercer su derecho a la educación, simplemente es imposible. La paz es la piedra angular para la existencia de todos los derechos, sin ella la garantía de los demás resulta fingida.

El reto ahora para México consiste en la recuperación del tejido social, anhelando una sociedad sana, basada en valores, capaz de experimentar todos sus derechos, esta aspiración legítima permitirá no optar por la violencia y el narcotráfico (erradicar la violencia permitirá experimentar la seguridad),

48 *Amnistía Internacional* afirmó que en los últimos 6 años se elevaron un mil 200% las denuncias por violaciones a los derechos humanos cometidos por las fuerzas federales y el ejército mexicano. http://e-oaxaca.com/index.php?option=com_k2&view=item&id=16384:durante-sexenio-de-calder%C3%B3n-aument%C3%B3-laviolaci%C3%B3n-a-los-derechos-humanos&Itemid=321

49 Datos de una encuesta revelaron que 53% de los encuestados consideró que el crimen organizando va ganando la batalla y sólo el 17% da la victoria al gobierno. <http://mexico.cnn.com/nacional/2012/03/20/43-considera-un-fracaso-la-estrategia-contra-el-crimen-encuesta>

50 Los precios de los alimentos se han disparado más de 200% en el sexenio de Felipe Calderón. Ver: <http://www.reporteindigo.com/reporte/mexico/los-juegos-del-hambre>

para lograrlo es necesaria la voluntad de todos los actores sociales, pero sobre todo es fundamental que el Estado retome su génesis.

México es un país que está dando muestras de madurez en materia de derechos humanos, motivado por los incontables casos de violaciones en este sexenio. Los diversos actores de la sociedad civil están abanderando múltiples demandas, están tocando puertas y denunciando la omisión del Estado mexicano, presentando casos, abriendo foros y conciencias.

El mandato de Felipe Calderón deja una gran lección: el Estado no puede estar por arriba de los derechos humanos.

9. Bibliografía

- Instituto Federal Electoral. 2012. *Resultados nacionales de la Consulta Infantil y Juvenil*, Informe Ejecutivo. México. http://www.ife.org.mx/documentos/DECEYEC/consultaInfantilJuvenil2012/Informe_ejecutivo_consulta2012.pdf
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>
- Ramírez de Alba Leal, Leticia. 2011. *Índice de víctimas visibles e invisibles de delitos graves*. México Evalúa, Centro de Análisis de Políticas Públicas, México: A.C.
- Ramírez, Nashieli., et.al. 2010. Un, dos, tres por mi y por todos mis amigos. Las voces de las niñas y los niños pequeños de Juárez. En *Infancia en Movimiento*. Ciudad Juarez: El labrador.
- Red por los Derechos de la Infancia en México. 2011. *Informe Alternativo sobre el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados*. México. 48p.
- Secretaría de Seguridad Pública. Programa de Seguridad. Estrategia Integral de Prevención del Delito y Combate a la Delincuencia. 2007. México. <http://pdba.georgetown.edu/Security/citizenssecurity/mexico/programas/estrategia.pdf>
- Turati, Marcela. 2012. *Fuego Cruzado*. México: Grijalbo.
- Woldenberg, José. *La Transición Democrática Mexicana*. <http://memoria.fiu.edu/memoria/documents/woldenberg.pdf>

La realización plena de los derechos económicos, sociales y culturales, una aspiración insatisfecha: a propósito de las personas privadas de la libertad

Astrid Osorio Álvarez

Abogada por la Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín (Colombia). Candidata a Magister en Derechos Humanos en la Universidad Nacional de La Plata (Argentina).

Miembro de la Academia de Derechos Humanos de American University, en los cursos de Litigio Internacional y Derecho Internacional Humanitario.

Resumen: La reclusión de una persona en un establecimiento carcelario impone al Estado obligaciones particulares, dirigidas a hacer efectivo los derechos del sujeto recluso que no han sido restringidos como consecuencia de la privación de la libertad. En ese sentido, el presente artículo tiene por objeto presentar una reflexión sobre la situación de las personas privadas de la libertad y las obligaciones internacionales de los Estados relacionadas particularmente con el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales en prisión.

Palabras clave: privación de la libertad; prisión; discriminación; derechos sociales; obligaciones internacionales.

Abstract: The seclusion of a person in a prison establishment imposes certain particular obligations to the State, directed to enforce the rights of the imprisoned subject, which have not been restricted due to the imprisonment. In that sense, the present Report has the objective to present a reflection of the imprisoned individuals' situation and the States international obligations particularly related with the exercise of the economic, social and cultural rights in prison.

Keywords: imprisonment; prison; discrimination; social rights; international obligations.

Sumario

1. Introducción
2. Las personas privadas de la libertad: un diagnóstico general
3. Los obstáculos para el ejercicio de los derechos sociales, económicos y culturales de las personas privadas de la libertad: estigmatización y discriminación
4. Adoptar medidas: una imperiosa y necesaria obligación de los Estados
5. Conclusión
6. Bibliografía

1. Introducción

En el marco de la reflexión sobre la defensa de los derechos fundamentales contemporáneos encontramos algunas disciplinas jurídicas que por su especialidad requieren la aplicación e implementación de la Carta Internacional de Derechos Humanos. Entre estas disciplinas se encuentra el derecho penal, que por su cualidad punitiva le permite intervenir en la esfera del comportamiento humano con el fin de corregir aquellas conductas que entran en conflicto con la ley penal.

En el siguiente análisis se presentaran tres puntos esenciales: un contexto general sobre la situación de las personas privadas de la libertad; en segundo lugar, se analizarán los obstáculos que impiden el pleno goce de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante DESC), de este grupo de personas y por último, se abordarán las obligaciones internacionales de los Estados emanadas del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Pacto DESC) que permiten el efectivo goce de estos derechos a todas las personas, procurando las condiciones mínimas compatibles con su dignidad humana mientras permanecen en los centros penitenciarios.

Para tal efecto, no se hará distinción, dentro de este grupo vulnerable, a grupos específicos de especial protección como los son: las mujeres, adolescentes, personas con discapacidad y adultos mayores. En el mismo sentido no se harán distinciones entre personas condenadas o sindicadas.

2. Las personas privadas de la libertad: un diagnóstico general

En el contexto de la reflexión penal contemporánea, la idea de recluir con el fin de corregir, reformar y readaptar socialmente a los penados es universal; entiéndase por ello que tal disposición se encuentra contemplada en el derecho universal de los derechos humanos¹. Los propósitos de la reclusión han producido intensos debates que aún se mantienen, referidos a la pena privativa de la libertad o a la sustitución de la misma. Sin embargo, mientras se discute lo anterior, la pena privativa de la libertad sigue siendo el componente integral de la justicia penal en los países del mundo².

La privación de la libertad como recurso jurídico de los Estados implica, entre otras cosas, un sufrimiento que es “inseparable de la pena, pero la pena no se reduce al sufrimiento ni lo tiene como objetivo, pues no va dirigida directamente al cuerpo de los penados”, (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-412 de 23 de junio, 2009). Sin embargo, la pena es indirectamente aflictiva, por esa razón la ejecución de la pena no puede imponerle al recluso mayores sufrimientos, ni mucho menos innecesarias restricciones o limitaciones a sus derechos³. “Toda limitación adicional deber ser entendida como un exceso y, por lo tanto, como una violación de tales derechos” (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-596 de 10 de diciembre, 1992).

De ahí que surjan para el Estado diversas obligaciones respecto de las personas que se encuentran bajo su custodia al estar privadas de la libertad,

1 Véase respecto al derecho universal el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos artículo 10 y en el sistema Interamericano la Convención Americana de Derechos Humanos artículo 5.6.

2 Véase Naciones Unidas, Seminario 2: Estudio de las mejores prácticas de las Naciones Unidas y de otras instituciones en cuanto al tratamiento de los reclusos en el Sistema de Justicia Penal. Enero 28 de 2010. Párrafo 1. (A/CONF.213/13)

3 En este sentido, las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos, Regla 56 y 60. Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención. Principio 1. Principios básicos para el tratamiento de los reclusos. Principio 1. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad. Regla 12.

constituyéndose en garante de todos y cada uno de los derechos que no se restringen como consecuencia de la pena impuesta. En ese sentido, la Corte Interamericana ha establecido la ineludible posición de garante que asume el Estado respecto de las personas privadas de la libertad, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal. Por esta razón, surgen ciertas obligaciones como la de procurar las condiciones mínimas compatibles con su dignidad además de ejercer el control efectivo y la seguridad interna de los reclusos mientras permanezcan en los centros penales⁴ (Corte IDH, Instituto de Reeduación del menor Vs. Paraguay, Sentencia del 2 de septiembre de 2004. Serie C N° 112, párr. 159)

Tal interpretación se encuentra en armonía con el derecho universal de derechos humanos donde se ha establecido que las personas privadas de la libertad no deben ser sometidas a “penurias o a restricciones que no sean los que resulten de la privación de la libertad”⁵ (Comité Derechos Humanos, Observación N°21, párr.3); debiéndose entonces “garantizar el respeto de la dignidad de estas personas en las mismas condiciones aplicables a las personas libres”⁶ (Ibíd.). Por lo tanto, las personas privadas de la libertad tienen las mismas garantías y gozan de todos los derechos prescritos en la Carta Internacional de Derechos Humanos, excepto de aquellos que se restringen inevitablemente por la condición de reclusión. (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-966 del 31 de julio de 2000).

4 Al respecto, el Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas. Párrafo 14. Véase también, Corte I.D.H., Caso Montero Aranguren y Otros (Retén de Catia). Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No 150, párrafo 87. Corte I.D.H., Caso Neira Alegría y otros Vs Perú. Sentencia de 19 de Enero de 1995. Serie C No.20, Párrafo 60.

5 Pacto de Derechos Civiles y Políticos art 10. Convención contra la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes, art 7.

6 Véase la Declaración de los Derechos del Hombre artículo 1, 5 y 7. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos artículo 10, Convención de los derechos de los niños artículo 37, Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos regla 57, Conjunto de principios para la protección de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión Principio 1. Principios básicos para el tratamiento de los reclusos Principio 1.

En consecuencia, la privación de la libertad fija unas circunstancias particulares que, según la Relatoría Especial del Consejo de Derechos Humanos contra la tortura y otros tratos inhumanos crueles y degradantes (A/64/215, 2009, párr.49), determina para los reclusos diversas categorías de derechos humanos, a saber⁷:

1. Derechos que los detenidos han perdido como resultado de la privación legítima de su libertad (categoría A);

2. Los derechos relativos, que pueden verse restringidos por razones justificadas (categoría B);

7 Al respecto la Corte Constitucional Colombiana en su sentencia C-185 de 2011 ha establecido que: “Entre los derechos afectados por el régimen jurídico de ejecución de la pena de prisión cabe destacar: a) la libertad de locomoción (art. 24 CP), que se ve imposibilitada durante el tiempo de permanencia en la cárcel; b) el libre desarrollo de la personalidad (art. 16 CP), en su manifestación como facultad para disponer del propio tiempo durante la estancia en prisión, es sustraída al interno, quien está obligado a cumplir con los horarios y la distribución del tiempo programados en cada establecimiento; c) la intimidad personal y familiar (art. 15 CP), sustancialmente limitada por la autorización para la práctica rutinaria de cacheos a los internos, incluido el desnudo integral, así como de registros a sus pertenencias, por la obligación de compartir celda con otros reclusos cuando sea necesario, al igual que por las limitaciones impuestas a la comunicación con sus familiares y allegados en cuanto a la frecuencia, duración y circunstancias en que se lleva a cabo, y la autorización para su eventual suspensión e intervención; d) la inviolabilidad de la correspondencia privada (art. 15 CP), cuyo envío y recepción se somete a especiales condiciones, autorizándose su intervención sin previa orden judicial por parte de las autoridades penitenciarias; e) el derecho a la información (art. 20 CP), debido a la posibilidad de restringir la circulación y disposición de libros, revistas, periódicos y aparatos de radio y televisión; f) el derecho de propiedad (art. 58 CP), que comprende el derecho a usar las propias pertenencias, cuya limitación se autoriza cuando se trata de dinero, alhajas y otros objetos de valor no autorizados, o que se consideren peligrosos o de ilícita procedencia; g) los derechos de reunión y asociación (art. 38 CP), así como la libertad de expresión (art. 20 CP), son sometidos a duras restricciones como consecuencia del régimen disciplinario de la prisión.

3. Los derechos absolutos y algunos otros derechos que los detenidos tienen en igualdad de condiciones que los demás seres humanos (categoría C).

La categoría A restringe el derecho a la libertad personal que conlleva a la pérdida de libertad de circulación y, con ella, la de escoger residencia y el derecho a salir del país.

En la categoría B los detenidos no están en condiciones de disfrutar en el mismo grado de los derechos humanos. Así, estos derechos son relativos, “es decir, pueden restringirse por motivos justificados y están sujetos al principio de realización progresiva” (Ibíd. párr. 51), por ejemplo, el derecho a la intimidad y a la asociación. De ahí la importancia de que los Estados apliquen el “principio de normalización”⁸ (A/HRC/10/44/Add.2. párr. 29-36) que busca que la vida en prisión se adapte en la medida de lo posible a la vida en el exterior, teniendo en cuenta que, para “ejercer los derechos económicos, sociales y culturales, los detenidos dependen exclusivamente de las autoridades penitenciarias” (A/64/215, párr.55).

Por último, encontramos la categoría C donde los derechos son absolutos y su aplicación no admite ningún tipo de restricción. Entre ellos se encuentran: el derecho a la igualdad y no discriminación, el derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a no ser sometido a la esclavitud y el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión.

No obstante, el panorama en materia penitenciaria en las distintas cárceles de las regiones del mundo sigue siendo la preocupación latente de los diferentes órganos internacionales de protección de derechos humanos (Declaración y programa de acción de Viena, 1993, párr. 30). El Relator Especial ha encontrado en sus visitas que las condiciones de los reclusos son

8 Véase al respecto cómo desarrollan este principio las reglas para el tratamiento de los reclusos, en especial regla 60 (1).Reglas de las Naciones Unidas para los menores privados de la libertad. Regla 87 (f).Reglas Penitenciarias Europeas. Regla 5. Véase el informe del Relator Especial sobre el sistema penitenciario en Indonesia, párrafo 33.(A/HRC/7/3).

inhumanas y degradantes. Las problemáticas generalizadas se refieren en su mayoría al hacinamiento, la falta de agua, el saneamiento y el acceso a tratamiento médico. Situaciones que no permiten que el sistema penitenciario actual logre la rehabilitación y la reintegración de los reclusos. El Relator Especial además comprobó

que la policía y las autoridades penitenciarias simplemente no se consideran responsables de suministrar a los detenidos los servicios más básicos necesarios para su supervivencia, y menos aún para llevar una existencia digna o disfrutar de lo que los instrumentos de derechos humanos denominan un nivel de vida adecuado⁹ (A/64/215, párr.43).

En América Latina, la CIDH en su reciente informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas, encontró que los problemas más graves y extendidos en la región son, entre otros: la sobrepoblación, las deficientes condiciones de reclusión, tanto físicas como relativas a la falta de provisión de servicios básicos; los altos índices de violencia carcelaria, el empleo de la tortura, la falta de programas laborales y educativos y la ausencia de medidas efectivas para la protección de estos grupos vulnerables, además de la atención médica y las relaciones familiares de los internos (CIDH, Informe sobre las personas privadas de la libertad en las Américas, párr.1).

Casos como el de Honduras, donde las condiciones de hacinamiento y el incumplimiento de una sentencia internacional propiciaron la muerte masiva de cientos de personas privadas de la libertad¹⁰, así como lo suce-

9 El derecho a un nivel de vida adecuado esta reconocido en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 11 y abarca el derecho la alimentación, vestido y vivienda adecuados, además de una mejora continua de las condiciones de existencia.

10 Véase al respecto el comunicado de prensa de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad constata graves deficiencias estructurales en cárceles de Honduras*, www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/043.asp, Corte IDH Caso López Álvarez Vs. Honduras, Sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C 141.

dido en la Colonia Penal Agrícola Ênio Pinheiro¹¹ (CAPEP) en donde una conflagración dejó como consecuencia la muerte de algunos reclusos y se evidenció con ello la incapacidad para sortear una situación de emergencia, prueban con hechos de gravedad la situación que se plantea. En este mismo sentido, la violencia carcelaria en Venezuela¹² y la emergencia penitenciaria en Colombia, también son claros ejemplos en los cuales los presos soportan condiciones que vulneran sus derechos fundamentales.

Los hechos descritos con anterioridad ponen en evidencia que la razón por la cual se crean instituciones penitenciarias –esto es para buscar la readaptación de los penados– no se cumple a cabalidad, “convirtiéndose así en escuelas de delincuencia y comportamiento antisocial, que propician la reincidencia en vez de la rehabilitación” (CIDH, Informe sobre las personas privadas de la libertad en las Américas, párrafo 11), y la miseria y degradación del ser humano contrarios al ideal de dignidad e igualdad.

La privación de la libertad constituye para el marco general de los derechos humanos una responsabilidad de los Estados en cuanto a las condiciones que deben reunir los centros de reclusión para lograr con ello una protección integral del individuo que intenta reincorporarse en la sociedad. Esta obligación lleva indiscutiblemente a preguntarnos por la protección de los derechos económicos, sociales y culturales que deben ser garantizados a este grupo especial de protección y que se analizaran en el siguiente apartado.

11 Véase al respecto el comunicado de prensa de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *CIDH lamenta muertes en incendio en cárcel de Brasil*, <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/102.asp>

12 Véase al respecto el comunicado de prensa de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos *CIDH preocupada por crisis de seguridad originada en una cárcel de Venezuela*, www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/055.asp

3. Los obstáculos para el ejercicio de los derechos sociales, económicos y culturales de las personas privadas de la libertad: estigmatización y discriminación

En el ámbito internacional de promoción y protección de los derechos humanos, en particular los contenidos en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se señala que estos derechos se garantizan a todas las personas sin discriminación alguna, reafirmando los principios básicos de la Carta de las Naciones Unidas, como son: la igualdad de derechos y la dignidad de las personas.

Asimismo, el reconocimiento de derechos y libertades fundamentales consignadas en los diferentes instrumentos internacionales conforman el patrimonio de derechos innatos al que todos los seres humanos se hacen merecedores por su condición humana (Declaración y programa acción de Viena, 1993, Preámbulo).

La adopción del Pacto supone para los Estados la implementación de manera inmediata de este instrumento en el sistema legal¹³. En este punto, es importante considerar el plazo razonable al que tienen derecho los mismos para alcanzar la plena efectividad en el cumplimiento de sus compromisos internacionales¹⁴ (Principios de Limburgo.1986, párr.8). Estas disposiciones conllevan, a su vez, la garantía del pleno goce de los DESC para todos los miembros de la familia humana en igualdad de condiciones y por ende sin ningún tipo de discriminación¹⁵, garantizando los niveles esenciales de dere-

13 Al respecto el Comité de Derechos Humanos en su Observación N° 2. Párrafo 4: “Tratar a toda persona privada de la libertad con humanidad y respeto de su dignidad es una norma fundamental de aplicación universal. Por ello, tal norma, como mínimo, no puede depender de los recursos materiales disponibles en el Estado parte”.

14 Véase también, Comité de Derechos Económicos, sociales y culturales, Observación General N°3. Párrafo 2.

15 Véase al respecto el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, artículo 2 numeral 2 y artículo 3. Principios de Limburgo sobre la aplicación del PIDESC, Principios 35-39. Comité de Derechos Humanos. Observación general 18 párrafo 10. Comité de Derechos Económicos, sociales y culturales, Observación General N° 20.

chos y los recursos legales adecuados y efectivos para protegerlos¹⁶.

En este sentido, el Estado debe adoptar medidas positivas, concretas y específicas de manera que garanticen los derechos a todas las personas, en especial a los grupos o individuos que requieran una garantía reforzada. Todo ello debe tender a lograr el goce pleno de los derechos sociales en igualdad de condiciones, optimizando al máximo los recursos disponibles e implementando a su vez, acciones afirmativas¹⁷. Respecto a este último punto cabe precisar que implementar acciones afirmativas comprende, de acuerdo al Informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos,

un paquete [de medidas] coherente de carácter temporal, destinadas específicamente a corregir la posición de los miembros de un determinado grupo en uno o varios aspectos de su vida social, para así obtener una igualdad efectiva” (E/CN.4/Sub.2/2002/21, párr. 6-8).

Debe entenderse que las garantías reforzadas no constituyen en sí mismas un trato discriminatorio puesto que, lo que se persigue no es menoscabar el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en el Pacto a todas las personas sino, por el contrario, establecer condiciones de igualdad¹⁸.

16 Los Principios de Limburgo sobre la aplicación del PIDESC. Principio 25: “Los Estados partes tiene la obligación, independiente de su nivel de desarrollo económico, de garantizar el respeto de los derecho de subsistencia mínima de todas las personas.” Comité de Derechos Económicos, sociales y culturales. Observación General N°3. Observación General N°12 párrafo 33. Observación General N°20. Comité de Derechos Humanos. Observación General 8.

17 Al respecto Relator Especial para la Prevención de la Discriminación acerca de la acción afirmativa a señalado que: “La acción afirmativa siempre está destinada a un grupo determinado compuesto de personas que tienen una característica común en que está basada su pertenencia al grupo y se encuentran en situación de desventaja”. Párrafo 6.

18 Véase, Comité de Derechos Económicos, sociales y culturales, Observación general N° 20. Párrafo 7. Comité de Derechos Humanos, Observación N°18. Convención sobre la eliminación racial artículo 1, convención contra la discriminación de la mujer art 1, Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, art 2.

Sin embargo, y pese a todos los esfuerzos que han derivado en múltiples instrumentos internacionales¹⁹, el obstáculo principal que se interponen para el pleno ejercicio de los derechos humanos recae en la discriminación. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su observación general sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, ha constatado que aún persiste la discriminación contra algunos grupos de personas como consecuencia de comportamientos, patrones históricos y formas contemporáneas de discriminación fuertemente arraigados en la sociedad, generando con ello una discriminación sistemática. A este respecto, se ha señalado que la discriminación sistemática

puede consistir en normas legales, políticas, prácticas o actitudes culturales predominantes en el sector público y privado que generan desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros” (Comité de DESC, Observación General 20, párr.12 E/C.12/GC/20).

Por otro lado, un reciente informe de la Relatoría Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento ha establecido que la causa básica de muchas violaciones de los derechos humanos recae en el estigma. Según su Relatora, Catarina de Albuquerque “el estigma puede entenderse en general como un proceso de deshumanización, degradación, desacreditación y desvalorización de las personas de ciertos grupos de población, a

19 Carta de las Naciones Unidas artículo 1.3. Declaración Universal de Derechos Humanos artículo 2.1. Véanse la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Además Convenio N° 111 de la OIT, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, y Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza. Véase la Observación general N° 18 (1989) del Comité de Derechos Humanos, relativa a la no discriminación.

menudo debido a un sentimiento de repugnancia”. Dicho de otro modo, se considera que “la persona con el estigma no es del todo humana”. El objeto del estigma es un atributo, cualidad o identidad que se considera “inferior” o “anormal”. El estigma se basa en una concepción social de lo que somos “nosotros”, en contraposición a “ellos”, que confirma la “normalidad” de la mayoría mediante la desvalorización de “los otros”(A/HRC/21/42, párr.12).

De este modo, el estigma como fenómeno sociocultural termina por aceptar situaciones que claramente vulneran los derechos proporcionando una justificación a la discriminación haciéndola ver como “natural, necesaria y deseable” (Ibíd. párr.4).

Por tal razón, el Comité ha instado explícitamente a los Estados parte a adoptar medidas para combatir la estigmatización generalizada que apareja discriminación y estereotipos negativos, y hacen que las personas no tengan acceso a educación, atención en salud, alimentación y trabajo (Comité de DESC, Observación General 20, párr.36).

Por lo anterior, tomando en cuenta la consideración sobre la estigmatización y las disposiciones dictadas por el Comité, es posible analizar el caso de las personas privadas de la libertad como aquellas que reciben un mayor grado de estigmatización por parte de la sociedad; convirtiéndose así en aquellos sujetos más vulnerados dentro de los vulnerables. La sociedad en general, al considerarlo indeseables y peligrosos, los aísla de su entorno y los desvincula del proceso de reinserción social.

Con frecuencia se piensa que los reclusos “merecen” servicios inadecuados y que los escasos recursos no deberían utilizarse para mejorar las condiciones carcelarias” (A/HRC/21/42, párr.28).

Dos elementos nos permiten analizar la situación de los reclusos en lo que se refiere a la protección de sus derechos fundamentales y sus derechos económicos, sociales y culturales. En primer lugar, está la discriminación que recae sobre las personas privadas de la libertad, y que se ha convertido en un detonante para que la situación carcelaria de varias regiones del mundo, en especial de América Latina, esté colapsando en materia de la aplicación de disposiciones de derechos humanos.

En segundo lugar, la falta de voluntad política de los Estados, la inadecuada asignación de recursos y la corrupción han imposibilitado la implementación de políticas penitenciarias que cumplan con los estándares internacionales sobre el tratamiento de los reclusos (A/CONF.213/13. Párr18–29). En este sentido también podemos constatar otro elemento interesante, referido a la invisibilización social a la que están expuestos los reclusos. Esta situación se debe fundamentalmente a factores como el aislamiento en establecimientos carcelarios, sumando a su consecuente restricción de derechos políticos como el derecho al voto²⁰ que limitan su participación en la agenda política del país y en los programas de gobierno.

En cuanto a los recursos destinados como presupuesto para los sistemas penitenciarios, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha publicado los porcentajes del presupuesto general que le corresponde al sector penitenciario. A manera de ejemplo: Argentina en el año 2010 del presupuesto asignado para el servicio penitenciario federal destinó un 0,56 % del total del presupuesto general para la administración pública nacional. Colombia en el mismo año asignó al instituto nacional penitenciario un 0,68% del presupuesto nacional, Perú destinó un 0,38% del total del presupuesto de la República. Y Venezuela representó un 0,25% del presupuesto nacional (CIDH, Informe de las personas privadas de la libertad en las Américas, párr. 63).

En este sentido, si se compara la realidad carcelaria de muchos países con el gran abanico de instrumentos internacionales que garantizan los derechos y libertades de las personas privadas de la libertad constataríamos las enormes deficiencias en su aplicación. Es evidente entonces que el objeto del sistema penitenciario se vincula más con la mera función punitiva de encerrar, que con la de reformar y rehabilitar.

En el derecho internacional de los derechos humanos se encuentran numerables disposiciones que sirven de guía a los Estados con el fin de

20 El Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos ha señalado en su informe sobre cuestiones de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes que los detenidos podrán ejercer su derecho al voto y a otras formas de participación en la gestión de los asuntos políticos, de conformidad con el artículo 25 del Pacto Internacional, en la misma línea se ha pronunciado.

dar un tratamiento digno a las personas privadas de la libertad, algunos de estos instrumentos son: conjunto de principios para las personas privadas de la libertad, las reglas mínimas para el tratamiento del delincuente, los principios básicos para el tratamiento del delincuente, las directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil y las reglas de las Naciones Unidas para los menores privados de la libertad.

Si este conjunto de reglas y normas no se interpreta a la luz de los Pactos, tales sólo quedan a disposición de “una buena voluntad” de los Estados quedando a su arbitrio propio el grado de aplicación de ellas. Dado esto, es imperioso que los Estados apliquen de manera directa los derechos reconocidos en el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales y en el Pacto de derechos Civiles y Políticos. Así, en virtud del principio *pro homine* se posibilita a su vez una interpretación extensiva de los demás instrumentos generando con ello mayores garantías en favor de dignidad de los reclusos a pesar de su condición de estar privado de la libertad.

En conclusión, la estigmatización que recae sobre las personas privadas de la libertad deriva en la discriminación social que agudiza la problemática carcelaria en cuanto a la asignación de recursos, diseño de políticas públicas de rehabilitación, la participación política de los internos en los asuntos de interés público y el pleno goce de sus derechos humanos.

4. Adoptar medidas: una imperiosa y necesaria obligación de los Estados

En los apartados anteriores se presentaron dos problemáticas que afectan directamente a las personas privadas de la libertad, particularmente la estigmatización y la discriminación. Esta situación permitió presentar además unas expectativas no muy positivas frente a la protección de los DESC. De esto se desprende otra problemática en el sentido de la no aplicación del Pacto de manera directa y principal en el régimen penitenciario.

Las causas de ambas problemáticas no son recientes, tal como se describió, el estigma que recae sobre los reclusos determina la condición de discriminación social. Por otra parte los DESC fueron derechos concebidos como de segundo grado o generación, dicha jerarquización en su momento le permitió al Pacto de Derechos Civiles y Políticos gozar de una importancia

y aplicación anticipadas, mientras que para los derechos sociales se mantuvo una incertidumbre frente su valor jurídico.

En ese sentido, esas aparentes diferencias que se afirmaban de los dos Pactos radicaban en las obligaciones que emanaban de cada uno de ellos. Se creyó entonces que las obligaciones de los Estados derivadas del Pacto de derechos civiles y políticos consistían en obligaciones de abstención y de resultado, mientras que para los derechos sociales constituían en obligaciones de mera conducta o acciones positivas.

Sin embargo, hoy no queda duda que ambos se encuentran en la misma escala jerárquica representando la búsqueda y la voluntad de los Estados parte por procurar la protección, promoción y respeto efectivo de los derechos y libertades del hombre (Carta de las Naciones Unidas, art 1, N° 3). Precisamente, así lo señalan los principios de Limburgo que consideran que tanto los derechos humanos como las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes, por lo que ambas reclaman la misma atención que deriva en la aplicación, promoción y protección tanto de los derechos civiles y políticos, como de los derechos económicos, sociales y culturales (Principios de Limburgo, Ppio.3). Así, en la misma línea de interpretación, Sergio Ramírez²¹ afirma que “todos son, de una sola vez, el escudo protector del ser humano: se reclaman y perfeccionan mutuamente, y por ende es preciso brindar a todos la misma atención” (Notre Dame, 2002). En consecuencia, las obligaciones jurídicas internacionales emanadas de ambos pactos implican a los Estados tanto obligaciones de comportamiento como de resultado.

En este sentido, el Pacto incorpora unos compromisos para los Estados con el fin de proteger los derechos reconocidos en el mismo, lo que supone las siguientes obligaciones: a) las obligaciones jurídicas generales de respetar, proteger y cumplir –esta última comprende a su vez facilitar, proporcionar

21 Sergio García Ramírez es abogado mexicano, se ha desempeñado en el campo de los derechos humanos como juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y presidente de la misma en el periodo comprendido de 2004 a 2007. Investigador titular del Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor titular en la Facultad de Derecho de la UNAM.

y promover-; b) la obligación de no discriminación, y finalmente; c) la obligación de progresividad y de brindar los medios o recursos adecuados que posibiliten el cumplimiento de los derechos y garantías establecidos en el Pacto²².

Si bien no existe una vía única para la realización de estas condiciones, el Pacto establece que la adopción de estas medidas deberán ser: “deliberadas, concretas y orientadas” a la satisfacción plena de los derechos reconocidos. La ejecución de estas acciones no pueden limitarse a ser meramente legislativas, sino por el contrario deben agotarse otros recursos estatales “de carácter administrativo, financiero, educacional y social” (Comité de DESC, Observación general N°3. párr.7) Frente a estos derechos los Estados no pueden depender únicamente de los recursos materiales disponibles para el cumplimiento de sus obligaciones, sino que deben recurrir a la cooperación internacional para lograr efectiva protección de los derechos sociales (Principios de Limburgo, Ppios. 25-34).

Así, por ejemplo, para eliminar la discriminación que persiste sobre las personas privadas de la libertad, es necesario que los Estados adopten medidas afirmativas que no solo requieren voluntad legislativa sino, además, una imperiosa aplicación y protección por vía jurisdiccional (Ibíd.35-39). Estas medidas especiales representan un acto de reivindicación de la dignidad humana, es decir, de lo humano irreductible que se niega con la discriminación.

Es precisamente por tal situación que los centros penitenciarios deben garantizar el goce de los derechos de la manera más efectiva buscando que la vida en prisión se adapte “en la medida de lo posible a los aspectos positivos de la vida en el exterior de la prisión” (A/64/215, párr.51). Como lo señalan diversos instrumentos internacionales, la vida en la cárceles debe representar para los detenidos y reclusos la oportunidad de prepararse para

22 Véase el Comité de Derechos Económicos, sociales y culturales, Observación general N° 3, Observación General N°9, Observación General N°12, Observación General N°14 y Observación General N°. Principios Limburgo sobre la aplicación del PIDESC. CIDH, Informe sobre la situación de la personas privadas de la libertad párrafos 8 y 13.

vivir en libertad²³. Por lo tanto, el tratamiento correctivo no debe bajo ninguna circunstancia derivar en el menoscabo de la dignidad humana de los reclusos, no se puede olvidar que toda privación de la libertad tiene en sí misma el riesgo de interferir de manera directa en la dignidad de la persona.

Consciente de esto Manfre Nowak, Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, afirmó que los detenidos dependen exclusivamente de las autoridades penitenciarias para ejercer sus derechos económicos, sociales y culturales y que, en la amplia gama de estos derechos, el más importante es el derecho a un nivel de vida adecuado. Este derecho abarca la alimentación, el vestido, la vivienda y una mejora continua en las condiciones de existencia, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto (A/64/215, párr.55).

El alcance de este derecho en las personas privadas de la libertad se debe interpretar desde el Pacto en su conjunto y en virtud del principio *pro homine* se puede de manera extensiva dar aplicación a los diferentes instrumentos internacionales sobre el tratamiento del recluso²⁴. Sin embargo, el sistema penitenciario actual ha interpretado dichas reglas de manera aislada y restrictiva y como consecuencia de ello se deriva la no aplicación del Pacto y una limitada ejecución del Pacto de derechos civiles y políticos.

En el contexto actual, uno de los mayores obstáculos de la ejecución

23 En este sentido, las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos. Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención. Principios básicos para el tratamiento de los reclusos. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad.

24 Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, Procedimientos para la aplicación efectiva de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, Conjunto de Principios para la protección de todas las personas, sometidas a cualquier forma de detención o prisión, Principios básicos para el tratamiento de los reclusos, Declaración de Kampala sobre las condiciones penitenciarias, en África, Situación del extranjero en el proceso penal, Declaración de Arusha sobre buenas prácticas penitenciarias y de manera especial aquellas normas internacionales sobre el tratamiento del delincuente juvenil de las Naciones Unidad.

de la pena se encuentra fundamentalmente en que muchos regímenes penitenciarios conciben los derechos sociales como instrumentos mediáticos para lograr el fin de la pena, limitando así el goce de los mismos como premio o castigo al comportamiento del recluso. Este canje en favor o en contra del penado viola las garantías y derechos fundamentales dado que estos derechos no son negociables.

Así, por ejemplo, el derecho a la educación reconocido en el Pacto y que además constituye un elemento fundamental respecto a la idea de preparar al recluso para su vida en libertad, implica que se garantice la enseñanza primaria, secundaria y superior²⁵ (Pacto de DESC, art.13). Sin embargo, en las cárceles este derecho no sólo es restringido, dadas las precarias condiciones de infraestructura y presupuesto para brindar el goce de éste, sino que también es relativo, toda vez que depende del comportamiento del recluso durante su permanencia en la penal.

5. Conclusión

Es preciso resaltar en primer lugar que si la pena de prisión no busca causar más aflicción a los penados que la que resulta de la restricción de la libertad, los sistemas penitenciarios deben estar orientados a la búsqueda de la reinserción social al momento de la ejecución de la pena. Ésto sólo es posible si los Estados adoptan las medidas que permitan las garantías de goce de todos los derechos reconocidos.

En segundo lugar, encontramos que el Pacto de derechos económicos, sociales y culturales se presenta como la oportunidad de reivindicar y potencializar al ser humano. En esta medida, el Pacto posibilita que el penado desarrolle las actitudes para vivir en libertad. Esto, solo es posible si se atienden las problemáticas del sistema carcelario como el hacinamiento, la precaria infraestructura, la inadecuada alimentación, la falta de servicios de salud y la ausencia de programas laborales y educativos como una flagrante violación al Pacto de DESC.

25 *Ibíd.*

En último lugar, aspirar a una satisfacción plena de los DESC en los establecimientos penitenciarios sólo es posible si los Estados adoptan y agotan todas las medidas apropiadas, tanto legislativas como administrativas y financieras, para dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales emanadas tanto del Pacto como de aquellas que resultan de la imposición de la pena privativa de la libertad.

Así, por ejemplo, la atención en salud, los planes de educación y las oportunidades de empleo para las personas privadas de la libertad, que en principio son responsabilidad del sistema penitenciario deberían estar adjuntas a las agendas y programas de acción de los Ministerios correspondientes en cada país. De esta forma se desarrollan políticas de inclusión equitativas para la población carcelaria, asegurando así, mayor destinación de recursos y calidad en la prestación de servicios. En ese sentido, los Estados deben suministrar mayores recursos a la administración de la justicia toda vez que ésta se vincula directamente a la ejecución de la pena influyendo en las condiciones de detención.

Por lo tanto, con el objetivo de combatir la discriminación que recae en este grupo de personas, es necesario que el Estado estimule e impulse proyectos de integración social, que posibiliten el desarrollo de la reinserción paulatina del penado y a su vez la participación de la sociedad en dicho proceso, esto con el fin de eliminar la estigmatización y la brecha de distinción entre ellos y la sociedad. Por esa razón, es importante promover la educación en derechos humanos que posibilita la erradicación de prejuicios basados en motivos de discriminación.

En definitiva, todo lo anterior implica para los Estados el despliegue de todas las medidas necesarias “internas e internacionales” orientadas a garantizar a las personas privadas de la libertad el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales, adelantando acciones para eliminar la discriminación sistémica a la que han sido expuestos, brindando mayores recursos para reivindicar y proteger sus derechos, así como, para prevenir futuras violaciones.

6. Bibliografía

- Asamblea General de las Naciones Unidas. *Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales*. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976 <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0014>
- Carta de la Naciones Unidas*, firmada en San Francisco, Estados Unidos el 26 de junio 1945. <http://www.un.org/es/documents/charter/index.shtml>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre las personas privadas de la libertad en las Américas*. 2011.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- La índole de las obligaciones de los Estados Partes*. Observación general N°3. 1990.
- La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. Observación general 20, 2009.
- Comité de Derechos Humanos
- Trato humano de las personas privadas de la libertad*. Observación general N°21, 1992.
- Consejo Económico y social de las Naciones Unidas, *Prevención de la discriminación. El concepto y la práctica de la acción afirmativa*. Informe final presentado por el Sr. Marc Bossuyt, Relator Especial. E/CN.4/Sub.2/2002/21, 7 de junio de 2002.
- Declaración y programa de acción de Viena. *Conferencia Mundial de Derechos Humanos*, en Viena, Austria. A/CONF.157/23, 25 de junio de 1993 [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.Sp](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Sp)
- El estigma y el ejercicio de los derechos humanos al agua y saneamiento. *Informe de la relatora Especial sobre el derecho Humano al agua potable y el saneamiento*, Catarina de Albuquerque. A/HRC/21/42, 2 de julio de 2012.
- García Ramírez, Sergio. 2002. Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. En *Seminario sobre justicia-bilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*, realizado por el Centro de la justicia y derecho internacional y Centro de derechos huma-

nos de la Universidad de Notre Dame. En coordinación con el Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, 26 de julio de 2002. <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst09/CUC00905.pdf>

La tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. *Informe provisional del Relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. Sexagésimo periodo de sesiones. A/64/215, 3 de agosto de 2009.

Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales. Maastricht, Países bajos. Junio 1986, <http://www.hchr.org.co/publicaciones/libros/Jurisprudencia%20T%20IV%203.pdf>

Promotion and protection of all human rights, Civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development. *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, Manfred Nowak. A/HRC/10/44/Add.2, 18 February 2009.

Seminario 2: Estudio de las mejores prácticas de las Naciones Unidas y de otras instituciones en cuanto al tratamiento de los reclusos en el Sistema de Justicia penal. *12° Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del delito y justicia penal*. A/CONF.213/13, 28 de enero de 2010.

Corte Constitucional Colombiana

Sentencia T-596 del 10 de diciembre de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

Sentencia T-966 del 31 de julio de 2000. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia T.412 del 23 de junio de 2009. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Instituto de Reeduación del menor Vs. Paraguay, Sentencia del 2 de septiembre de 2004. Serie C N° 112, párrafo 159.

El derecho a la salud y el derecho al agua potable y al saneamiento. Estudio de sus relaciones mutuas y de su protección internacional, con especial análisis de sus implicancias para los pueblos indígenas

Santiago Maqueda Fourcade

Abogado y Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral (Buenos Aires, Argentina). Relator de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Buenos Aires, Argentina). Profesor ayudante diplomado de Derecho Constitucional II y Derecho Administrativo II, Universidad Austral (Buenos Aires, Argentina).

C. Ignacio de Casas

Abogado por la Universidad de Mendoza (Argentina). Diplomado en Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Collège Universitaire Henry Dunant (Ginebra, Suiza). Cofundador y Vicepresidente del CLADH. Profesor ayudante diplomado de Derecho Constitucional II, Universidad Austral (Buenos Aires, Argentina).

Resumen: Este trabajo analiza las fuentes de consagración normativa y protección internacional del derecho al agua y al saneamiento. A la vez, estudia sus diversas ramificaciones con relación a: (i) el derecho a la salud; (ii) los demás derechos humanos como un conjunto; (iii) los deberes estatales de protección adecuada de los derechos humanos y (iv) los derechos específicos de los pueblos indígenas y tribales. Para tales efectos, en primer lugar se detalla la consagración normativa de que gozan el derecho a la salud, por un lado, y el derecho al agua potable y al saneamiento, por otro. En segundo lugar, se profundiza sobre la relación entre el derecho a la salud y los demás derechos humanos, para contextualizar de esa manera su relación con el de acceso al agua y al saneamiento. En tercer lugar, con lo antes expuesto como premisas, se describen los deberes de los Estados en relación al derecho al agua potable y al saneamiento. Finalmente, se hace referencia específica a las implicancias de los derechos a la salud y al agua

y saneamiento en el caso de los pueblos indígenas y tribales.

Palabras clave: derecho al agua; derecho al saneamiento; derecho a la salud; pueblos indígenas y tribales.

Abstract: This Article analyzes the several sources of international normative recognition and protection of the right to water and sanitation. It further studies its different consequences with regard to: (i) the right to health; (ii) the human rights as a whole; (iii) the State's obligations to provide adequate protection to the human rights and (iv) the specific rights of the indigenous and tribal peoples. For those purposes, the Article, in the first place, expounds the normative recognition granted to the right to health, on the one side, and the right to water and sanitation, on the other side. Secondly, it analyzes the relationship between the right to health and the other human rights, in order to contextualize its relationship with the right to water and sanitation. Thirdly, building upon the aforementioned notions, it describes the obligations of the States with regard to the right to water and sanitation. And finally, it analyzes the specific implications of the right to health and the right to water and sanitation of the indigenous and tribal peoples.

Key Words: right to water; right to sanitation; right to health; indigenous and tribal peoples.

Artículo recibido: 31/08/2012 Aceptado: 15/09/2012

Sumario

1. Introducción
2. La protección de la salud y el acceso al agua potable en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos
 - 2.1 El derecho a la salud
 - 2.2 Hacia el derecho al agua potable y el saneamiento
 - 2.3 El Mecanismo Especial de la ONU sobre Agua y Saneamiento
3. La relación entre el derecho a la salud y los demás derechos humanos
4. Los deberes de los Estados según los estándares internacionales
 - 4.1 Deberes vinculados al abastecimiento de agua y el saneamiento

- 4.2 Deberes adicionales hacia la comunidad
- 4.3 Deberes vinculados a las estrategias, planes, políticas e instituciones estatales de acción
- 4.4 Deberes de cooperación
- 5. Los pueblos indígenas y tribales y el derecho a la salud y el acceso de agua potable
 - 5.1 Igualdad en el acceso al agua potable y a los servicios de salud
 - 5.2 Respeto de sus recursos naturales y territorios
 - 5.3 Respeto del derecho a la consulta previa, libre e informada y superación de las barreras idiomáticas en la difusión de los estándares internacionales
- 6. Bibliografía

1. Introducción

Existen dos derechos muy vinculados entre sí, uno de los cuales es en verdad como una condición del otro. Se trata, por un lado, del derecho a la salud, ampliamente reconocido en los instrumentos internacionales de derechos humanos y, por otro, del llamado “derecho al agua”, cuyo reconocimiento a nivel internacional se encuentra en vías de consagración.

Este estado embrionario del reconocimiento del derecho al agua y al saneamiento justifica este trabajo, cuyo objeto es analizar sus diversas ramificaciones con relación a: (i) el derecho a la salud; (ii) los demás derechos humanos; (iii) los deberes estatales de protección y (iv) los derechos de los pueblos indígenas y tribales. Para tales efectos, en primer lugar se detallará la consagración normativa de que gozan el derecho a la salud, por un lado, y el derecho al agua potable y al saneamiento, por otro. En segundo lugar, se profundizará sobre la relación entre el derecho a la salud y los demás derechos humanos, para contextualizar de esa manera su relación con el acceso al agua y al saneamiento. En tercer lugar, con lo antes expuesto como premisas, se describirán los deberes de los Estados en relación al derecho al agua potable y al saneamiento. Y, finalmente, a modo de banco de pruebas, se hará referencia específica a las implicancias de los derechos a la salud y al agua y saneamiento en el caso de los pueblos indígenas y tribales.

2. La protección de la salud y el acceso al agua potable en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos

Si bien se encuentran íntimamente vinculados entre sí, el derecho al agua potable y el saneamiento no cuenta todavía con un reconocimiento normativo tan claro como el derecho a la salud. Sin embargo, paradójicamente, el derecho al agua potable y el saneamiento –que debería nombrarse siempre como el binomio agua–saneamiento– es en verdad una condición previa para la operatividad del derecho a la salud, pues éste no puede existir y ejercerse sin la previa satisfacción de aquél.

2.1 El derecho a la salud

El derecho a la salud tiene expresa consagración normativa en distintos instrumentos internacionales. La Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) afirma en sus declaraciones iniciales que

La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades [...] El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social.

El artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que:

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...

El artículo 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece asimismo, que: “Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

El artículo 12.2 del citado Pacto especifica que los Estados Parte deben tomar medidas para:

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

La Convención de los Derechos del Niño reza en su artículo 17 que:

Los Estados Parte reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental.

El artículo 24.1 de esa Convención, asimismo, agrega que

Los Estados Parte reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

Por último, el Protocolo de “San Salvador”, Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, consagra el derecho a la salud en su artículo 10.1, en los siguientes términos:

“Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute

del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”. El artículo 10.2 de dicho Protocolo agrega que los Estados Partes “se comprometen a reconocer la salud como un bien público” y, particularmente, a adoptar las siguientes medidas: “a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud; y f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

Como puede verse, el derecho a la salud goza de amplio reconocimiento en una gran variedad de instrumentos normativos internacionales de protección.

2.2 Hacia el derecho al agua potable y el saneamiento

El título de este acápite podría haber sido simplemente “El derecho al agua” o “El derecho al agua y al saneamiento”. Sin embargo, en el derecho internacional éste aún no tiene un reconocimiento expreso como tal, esto es, no está consagrado en instrumentos internacionales de carácter vinculante. A pesar de ello, los últimos años han evidenciado un notable avance hacia el expreso reconocimiento de este derecho, que puede entenderse como implícitamente reconocido al reconocer el derecho a la salud (pues éste no puede existir sin aquél).

En el año 2007, en un estudio presentado al Consejo de Derechos Humanos, la entonces Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos estimó “que había llegado el momento de considerar el acceso al agua potable y el saneamiento como un derecho humano” (A/HRC/6/3, párr. 66). Allí lo definió como

el derecho a un acceso, en igualdad de condiciones y sin discriminación, a una cantidad suficiente de agua potable para usos personales y doméstico, lo que comprend[e] agua para el consumo, la colada, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica, para mantener la vida y la salud (Ibíd.).

Si todavía no se pudiera hablar del “derecho al agua” en sentido duro (por oposición al *soft law*) sí se puede sostener, sin embargo, que el derecho internacional de los derechos humanos impone obligaciones específicas relacionadas con el acceso al agua potable y al saneamiento. Estas obligaciones exigen que los Estados garanticen el acceso de todos a una cantidad suficiente de agua potable para usos personales y domésticos. Estas obligaciones exigen asimismo a los Estados garantizar progresivamente el acceso a un saneamiento adecuado, como elemento fundamental de la dignidad humana y la privacidad, así como también proteger la calidad de las fuentes y suministros de agua potable (OHCHR, UN-HABITAT y OMS, *The Right to Water, Fact Sheet No. 35*, 3).

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su comentario general número 15 al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se refiere justamente al derecho al agua, como proveniente de los artículos 11 (derecho al nivel de vida adecuado, incluyendo alimentación, vestido y vivienda adecuados) y 12 (derecho a la salud) de dicho Pacto, aunque ninguno de los dos artículos hace alguna referencia expresa al agua.

Los instrumentos que contienen normas relacionadas al derecho al agua y/o al saneamiento que se pueden mencionar son: (i) la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (art. 14.2.h); (ii) el Convenio 161 de la OIT sobre los servicios de salud en el trabajo (art. 5.b); (iii) la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 24.2.c); y (iv) la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 28.2.a).

A nivel regional, el Protocolo de “San Salvador” establece, para el ámbito interamericano, en su art. 11.1 que “Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos”,

del cual se puede inferir, como hacen los órganos de aplicación, el derecho al saneamiento, y también, en un sentido más genérico, al agua potable.

Asimismo, la Oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos y la OMS han señalado, como “*aspectos clave del derecho al agua*”, los siguientes (OHCHR, UN–HABITAT y OMS, The Right to Water, Fact Sheet No. 35, 7–8):

(i) El derecho al agua entraña libertades. Estas libertades incluyen la protección contra desconexiones arbitrarias e ilegales; la prohibición de la contaminación ilegal de los recursos hídricos; la no discriminación en el acceso al agua potable y el saneamiento; la no interferencia con el acceso a los suministros de agua existentes, especialmente a las fuentes tradicionales de agua; y garantizar que la seguridad personal no se vea amenazada cuando se accede al agua y al saneamiento fuera del hogar.

(ii) El derecho al agua contiene derechos. Estos derechos incluyen el acceso a una cantidad mínima de agua potable para sostener la vida y la salud; el acceso al agua potable y saneamiento en situación de detención; y la participación en la toma de decisiones en lo que se refiere al agua y el saneamiento, a nivel nacional y comunitario.

(iii) El suministro de agua para cada persona debe ser continuo y suficiente para cubrir los usos personales y domésticos, que comprenden el agua para beber, lavar la ropa, la preparación de alimentos y la higiene personal y del hogar.

Por último, la Asamblea General de la ONU, recientemente dictó la Resolución A/RES/64/292 (julio de 2010), en cuyo punto resolutivo primero

se [r]econoce que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos.

2.3 El Mecanismo Especial de la ONU sobre Agua y Saneamiento

Como han evidenciado las referencias realizadas en el acápite anterior, el derecho al agua y el saneamiento está en pleno camino para ser recono-

cido expresamente y de forma unánime en el ámbito internacional. Cabe señalar, en este sentido, que muy elocuente del desarrollo progresivo de este derecho, y de la importancia que se le quiere dar en el ámbito de las Naciones Unidas, es la creación por parte del Consejo de Derechos Humanos de un mecanismo especial para el seguimiento del tema.

El mecanismo comenzó a funcionar en noviembre de 2008 y ha sido hasta ahora ejercido por una sola persona, la portuguesa Catarina de Albuquerque. El mandato, que originalmente llevaba por título el de “Experta independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento”, ahora se llama “Relatora especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento”, lo que demuestra la tendencia internacional destinada a consagrar expresamente este derecho.

Brevemente se expone a continuación el desarrollo del trabajo de la Sra. de Albuquerque.

Como cualquier otro procedimiento especial del Consejo de Derechos Humanos, la Relatora realiza visitas a los países (misiones de investigación sobre el terreno); adopta medidas en relación con casos individuales y manifiesta preocupaciones de carácter más amplio y estructural mediante el envío de comunicaciones a los Estados en las que les señala para su atención las presuntas violaciones; realiza estudios temáticos y convoca consultas de expertos; elabora normas internacionales de derechos humanos; realiza actividades de defensa de los intereses relacionados con los derechos que abarca su mandato; promueve la sensibilización del público, y presta asesoramiento y apoyo en materia de cooperación técnica (HRC/NONE/2012/60).

Quien esté familiarizado con el trabajo de estos Relatores conoce que anualmente deben informar al Consejo de Derechos Humanos, y que sus informes cuentan con tres partes: una, contiene una relación de las comunicaciones individuales recibidas en el transcurso de ese año; otra, consiste en los informes de las visitas de país realizadas en el periodo informado; por último, un informe temático sustantivo (que suele ser subtemático, dada la amplitud de los mandatos y la limitación de páginas que se les imponen –no mayor a 25 ó 30 páginas–).

La Sra. de Albuquerque ha visitado en estos años Costa Rica, Egipto y

Blangladesh, en 2009; Eslovenia y Japón, en 2010; Estados Unidos de América, Senegal y Namibia (2011); y ha ido a Uruguay en lo que va de 2012. Como es de imaginar, la problemática de cada país en relación a estos derechos es muy diversa, pero cada uno de los informes contiene, además de una descripción de las actividades realizadas y las carencias encontradas, una serie de recomendaciones para el Estado en cuestión.

En cuanto a los temas abordados por sus informes, aparte del primer “Informe preliminar delineando el plan de trabajo del Mandato” y un par de compilaciones de buenas prácticas, abarcó los siguientes: obligaciones de derechos humanos relacionadas al acceso al saneamiento; obligaciones de derechos humanos relacionadas a la prestación no estatal de servicios de agua y saneamiento; los objetivos de desarrollo del milenio y el derecho al agua y saneamiento; planes de acción nacionales para la realización de los derechos al agua y al saneamiento; el estigma y el ejercicio de los derechos humanos al agua y el saneamiento.

3. La relación entre el derecho a la salud y los demás derechos humanos

Expuestas las fuentes normativas de los derechos a la salud y al agua potable y el saneamiento, corresponde ahora profundizar en la estrecha relación existente entre el derecho a la salud, y el respeto y goce de los demás derechos humanos, entre los cuales se puede incluir, a los efectos de este trabajo, al acceso al agua potable y al saneamiento.

Esta relación ha sido expuesta con claridad por la Organización Panamericana de la Salud (en adelante, “OPS”) y sintetizada en la existencia de “tres vínculos básicos” entre la salud y el ejercicio de los derechos humanos. En tal sentido, se ha señalado que:

- (i) El primer vínculo señala que el goce de la salud y el ejercicio de los derechos humanos “actúan en sinergia”. Esto implica que cierto grado de salud física es “necesario” para poder ejercer los derechos humanos individuales, sociales, económicos y políticos. A la vez, el ejercicio de estos últimos es “esencial para disfrutar de un verdadero

bienestar físico y mental” (OPS, CD50/12, 31 de agosto de 2010, Documento conceptual, no. 8).

(ii) El segundo vínculo radica en el hecho de que las violaciones a los derechos humanos “pueden afectar negativamente el bienestar físico, mental y social de todas las personas” (OPS, CD50/12, 31 de agosto de 2010, Documento conceptual, no. 9).

(iii) El tercer vínculo, finalmente, se centra en los efectos de las políticas, planes y legislaciones sobre salud pública sobre el ejercicio de los demás derechos humanos. En tal sentido, afirma que dichas políticas, planes y legislaciones pueden proteger los derechos humanos o, por el contrario, pueden obstaculizar su ejercicio (OPS, CD50/12, 31 de agosto de 2010, Documento conceptual, no. 10).

4. Los deberes de los Estados según los estándares internacionales

De los vínculos recién señalados se desprenden asimismo los deberes de los Estados respecto del derecho a la salud que se desarrollan a continuación y, en especial, la exigencia de que las medidas en materia de agua y saneamiento sean necesariamente acompañadas de medidas de promoción de los derechos humanos en su totalidad.

La OPS, a través de sus recomendaciones a los Estados Parte de la OMS, ha ido concretando y especificando los estándares más generales consagrados en los instrumentos internacionales ya referidos, a través de líneas concretas de acción y adopción de políticas, planes y legislaciones tendientes a efectivizar el derecho a la salud. En ese sentido, ha señalado la existencia de (i) deberes vinculados al abastecimiento de agua y el saneamiento; (ii) deberes hacia la comunidad en general; (iii) deberes vinculados a las estrategias, planes, políticas e instituciones estatales de acción; y (iv) deberes de cooperación.

4.1 Deberes vinculados al abastecimiento de agua y el saneamiento

En primer lugar, la OPS ha recordado recientemente que es consecuencia del derecho a la salud que toda persona tenga *“derecho a agua y saneamiento que sean suficientes, seguros, aceptables, accesibles y asequibles,*

para usos personales y domésticos". El corolario de esto es que los Estados tienen la obligación de tomar las medidas necesarias y adoptar las "estrategias sanitarias nacionales" para garantizar el abastecimiento de agua y el saneamiento a "*toda persona, sin discriminación*", cumpliendo también con los Objetivos de Desarrollo del Milenio (OPS, WHA 64.24, 24 de mayo de 2011, no. 1.3).

En particular, es fundamental que existan las instalaciones apropiadas para el acceso al agua potable, el saneamiento y el lavado de manos con jabón, que deben garantizarse especialmente en los establecimientos de asistencia sanitaria (hospitales, laboratorios), las escuelas y otros edificios y entornos públicos. Las personas que trabajan en dichos establecimientos deben ser, asimismo, especialmente instruidas respecto de la relevancia del agua potable y el saneamiento como base de prevención primaria (OPS, WHA 64.24, 24 de mayo de 2011, no. 1.6).

Los Estados también deben establecer sistemas sustentables, tanto nacionales como locales, de monitoreo del agua y el saneamiento y de alerta temprana. Esto sirve para prevenir y controlar las enfermedades relacionadas con el agua y el saneamiento, así como también para elaborar planes para emergencias (OPS, WHA 64.24, 24 de mayo de 2011, no. 1.8).

4.2 Deberes adicionales hacia la comunidad

En segundo lugar, la OPS ha sostenido que los Estados deben promover nuevos y diversos métodos de "educación, emancipación, participación y sensibilización de la comunidad", involucrando activamente a sus líderes y a la sociedad civil. Esta actuación sobre la comunidad está pensada para beneficio principal de los sectores sociales más desfavorecidos: mujeres, niños, jóvenes, pueblos indígenas y demás poblaciones vulnerables (OPS, WHA 64.24, 24 de mayo de 2011, no. 1.2).

Los Estados deben también tomar medidas para "priorizar y aplicar la reducción de las desigualdades" que existen entre las zonas urbanas, las zonas periurbanas y las zonas rurales respecto del acceso al agua potable doméstica y de otras fuentes, a las instalaciones sanitarias mejoradas y a la higiene. Estas medidas deben ser tomadas en consulta con los demás Estados asociados y organismos internacionales y en coordinación con las

autoridades locales competentes (OPS, WHA 64.24, 24 de mayo de 2011, no. 1.5). Se ve aquí la vinculación con los derechos a la igualdad y no discriminación, por una parte, y a la consulta a los pueblos indígenas por otra.

Asimismo, los Estados deben difundir, mediante medidas legislativas, administrativas, educativas y de cualquier otro tipo, los instrumentos internacionales vinculados con el derecho a la salud y sus distintos estándares aplicables. Este deber de difusión es especialmente importante respecto de los trabajadores de la salud, las autoridades y personal gubernamentales y las organizaciones de la sociedad civil y otros actores sociales, y debe enfocarse principalmente en abordar la estigmatización, la discriminación y la exclusión de los grupos en situación de vulnerabilidad (OPS, Resolución CD50.R8, 29 de septiembre de 2010, nos. 1.d, 1.e y 1.f).

4.3 Deberes vinculados a las estrategias, planes, políticas e instituciones estatales de acción

En tercer lugar, la OPS ha explicado que los Estados deben formular y perfeccionar sus “estrategias nacionales de salud pública”, teniendo como fin destacar que el agua potable, el saneamiento y la higiene son la “base de la prevención primaria”. Tales estrategias deben estar basadas en un “enfoque integrado” de los procesos de planificación, las políticas, los programas y los proyectos sectoriales en relación con el agua y el saneamiento (OPS, WHA 64.24, 24 de mayo de 2011, no. 1.1).

Dichas estrategias y políticas, como también los distintos mecanismos institucionales del Estado, tienen además que proveer a la gestión integrada de los “riesgos y peligros” vinculados con el agua y el saneamiento. En particular, ello implica evaluar el impacto sanitario, la extensión estratégica de los sistemas y servicios de agua potable y saneamiento, y el ordenamiento ambiental para proteger la salud en los proyectos de desarrollo de recursos hídricos y gestión de aguas residuales (OPS, WHA 64.24, 24 de mayo de 2011, no. 1.4).

Los Estados deben también establecer, ejecutar y controlar los planes de seguridad del agua y el saneamiento, con el apoyo de los distintos órganos internacionales relevantes: Centros Colaboradores de la OMS, redes albergadas por la OMS y asociaciones que mantienen relaciones oficiales con la OMS (OPS, WHA 64.24, 24 de mayo de 2011, no. 1.9).

Finalmente, los Estados tienen el deber de crear una autoridad sanitaria con capacidades técnicas y jurídicas idóneas para el logro de sus fines. En particular, tienen que otorgarle capacidades técnicas suficientes para que puedan: (i) trabajar con entidades gubernamentales de derechos humanos; (ii) evaluar y controlar la implementación de los instrumentos internacionales vinculados con el derecho humano a la salud; y (iii) cooperar para la formulación de las diversas políticas y planes de salud (OPS, Resolución CD50.R8, 29 de septiembre de 2010, no. 1.a y 1.b).

4.4 Deberes de cooperación

En cuarto lugar, los Estados deben mejorar sus mecanismos de cooperación con autoridades locales competentes e interesados directos, principalmente en zonas transfronterizas, para el establecimiento y manutención de sistemas idóneos de control y supervisión. Estos sistemas incluyen evaluaciones de la calidad del agua, comunicaciones regulares de la información pertinente y respuestas efectivas a los problemas de calidad del agua (OPS, WHA 64.24, 24 de mayo de 2011, no. 1.7).

Los Estados también deben apoyar la cooperación técnica de la OPS para la formulación, revisión y eventual reformulación de los planes, políticas y legislaciones sobre salud, especialmente para garantizar la tutela de los grupos poblacionales vulnerables (OPS, Resolución CD50.R8, 29 de septiembre de 2010, no. 1.c).

5. Los pueblos indígenas y tribales y el derecho a la salud y el acceso de agua potable

Para terminar, en este acápite se analizarán las particulares implicancias que los derechos, estándares y deberes descritos en los puntos anteriores tienen cuando se refieren a los pueblos indígenas y tribales. Éstos, por un lado, son poblaciones que generalmente se encuentran en situación de vulnerabilidad y, por otro, gozan de derechos especialmente consagrados para la tutela de sus tradiciones, culturas, recursos naturales y territorios ancestrales, o para revertir el relegamiento histórico que han sufrido o la situación de discriminación y desigualdad que aún sufren.

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha sostenido que los Estados tienen obligaciones específicas frente a los pueblos indígenas y tribales, distintas de las relativas al resto de las personas, y fundadas en sus especiales características. En concreto, ha afirmado que los Estados tienen que adoptar medidas de “protección especial”, debido a la

mayor vulnerabilidad de estas poblaciones, dadas las condiciones de marginación y discriminación históricas que han sufrido, y del nivel especial de afectación que soportan por las violaciones de sus derechos humanos,

y máxime para mujeres y niños (CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 30 de diciembre de 2009, no. 49).

Esos derechos específicos hacen entonces que las exigencias de los derechos a la salud, al agua potable y al saneamiento cobren matices particulares respecto de los pueblos indígenas y tribales, entre los que cabe destacar: (i) la igualdad en el acceso al agua potable y a los servicios de salud; (ii) el respeto de sus recursos naturales y territorios; y (iii) el respeto del derecho de consulta junto con la superación de las barreras idiomáticas en la difusión de los derechos y estándares internacionales.

5.1 Igualdad en el acceso al agua potable y a los servicios de salud

Como se explicó anteriormente, el derecho al agua potable y el saneamiento impone a los Estados el importantísimo deber de garantizar el acceso a tales bienes a “toda persona, sin discriminación”, pues se trata de tutelar un derecho humano del que son titulares todas las personas, por su sola condición de seres humanos.

Ahora bien, ese deber de abastecimiento en condiciones de igualdad cobra particular relevancia para los pueblos indígenas y tribales. Éstos, al ser poblaciones desfavorecidas, se encuentran muchas veces en zonas naturales de difícil acceso al agua potable y el saneamiento, sea por razones geográficas (v. gr., dificultad en el acceso a territorios accidentados y pobla-

dos remotos) como por razones técnicas (v. gr., dificultad para construir las instalaciones, como cañerías y cloacas, que garanticen el abastecimiento).

Las dificultades que puedan existir respecto del acceso al agua y el saneamiento, sin embargo, no eximen a los Estados de adoptar todas las medidas que estén a su alcance para garantizarlo. En este sentido, la CIDH ha sostenido que los Estados tienen el deber de garantizar que, en los territorios indígenas –sean territorios ancestrales o territorios otorgados por el Estado en sustitución de aquéllos– cuenten con los servicios básicos de salud, higiene y agua potable (CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales..., 30 de diciembre de 2009, no. 149).

Esto conlleva la exigencia de prestar a los miembros de los pueblos indígenas, en condiciones de igualdad y suficiencia, los servicios de atención primaria de salud, inmunización de las principales enfermedades infecciosas y prevención y tratamiento de las enfermedades endémicas, laborales y de otra índole (Protocolo de “San Salvador”, art. 10.2).

5.2 Respeto de sus recursos naturales y territorios

Desde otro orden de ideas, los pueblos indígenas y tribales pueden ver afectados sus derechos tanto por las instalaciones y medidas que se adopten para el abastecimiento de agua y el saneamiento, como por los distintos proyectos de desarrollo e inversión que puedan tener impacto sobre sus recursos naturales y/o territorios.

Los pueblos indígenas, en efecto, tienen especiales derechos de propiedad sobre sus recursos naturales y sus territorios. Desde esa óptica, las instalaciones y medidas que adopten los Estados para proveer a la población de agua y saneamiento no pueden afectar irrazonablemente los recursos naturales de los pueblos indígenas. En particular, esto puede darse respecto de sus recursos hídricos. Así, una explotación o utilización estatal o privada desmedida de éstos, por más que sea para el abastecimiento de agua potable a la población, puede devenir en una violación del derecho de los pueblos indígenas, si no se adoptan siguiendo el procedimiento de la búsqueda del consentimiento mediante la consulta previa (arts. 13, 21 y 23 de la CADH).

Algo análogo puede ocurrir con los diversos proyectos de desarrollo e inversión que puedan llevarse a cabo en territorios indígenas o que puedan

tener efectos negativos sobre ellos. La contaminación del agua, el aire y el suelo que esos proyectos puedan acarrear, así como el consumo excesivo de los recursos hídricos disponibles, pueden también implicar violaciones de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios y sus recursos naturales. En este sentido, la CIDH ha sostenido que

[s]e debe dar prioridad a los derechos a la vida e integridad de los pueblos indígenas y tribales. En consecuencia, tales pueblos tienen derecho a que se suspenda inmediatamente la ejecución de los planes o proyectos de desarrollo o inversión o de los proyectos de exploración y explotación de recursos naturales que afecten esos derechos” (CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales... , 30 de diciembre de 2009, no. 217).

La Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos sostiene asimismo que “el Estado debe dar prioridad a esos usos personales y domésticos [del agua] por sobre los otros usos, y adoptar medidas para garantizar que esta cantidad suficiente fuera de buena calidad, asequible para todos y pudiera recogerse a una distancia razonable del hogar de la persona” (ACNUDH, A/HRC/6/3, párr. 66). También la CIDH ha afirmado que la “protección de los recursos naturales presentes en los territorios ancestrales, y de la integridad medioambiental de tales territorios” es necesaria como medio para garantizar la vigencia de otros derechos no patrimoniales de los pueblos indígenas y tribales (salud, privacidad, vida, dignidad). Esos derechos se afectan cuando se afecta el medioambiente en el que viven. El Estado, por tanto, tiene que evitar daños al medioambiente que puedan afectar las condiciones de vida de los pueblos indígenas y tribales (CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales..., 30 de diciembre de 2009, no. 194).

5.3 Respeto del derecho a la consulta previa, libre e informada y superación de las barreras idiomáticas en la difusión de los estándares internacionales

Respecto de cualquiera de los casos mencionados en el punto anterior, es decir, cuando los recursos hídricos de un territorio ancestral puedan verse

comprometidos ya sea para el consumo humano del resto de la población de un país, como para actividades productivas (minería, hidroelectricidad, etc.), deberán realizarse los procedimientos de consulta y participación exigidos por los estándares internacionales, exigidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y en la jurisprudencia –entre otros– del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

La CIDH ha desarrollado *in extenso* las exigencias genéricas de estos derechos, que son aplicables específicamente a los proyectos que afecten los recursos hídricos de los pueblos indígenas y tribales. A este respecto, cabe recordar que los Estados tienen la obligación de consultar a los pueblos indígenas y garantizar su participación en las decisiones relativas a cualquier medida que afecte sus territorios, tomando en consideración la especial relación entre los pueblos indígenas y tribales y la tierra y los recursos naturales. Esta consulta debe “estar dirigida a obtener su consentimiento libre e informado” (CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales..., no. 273) y abarcar todas las instancias de decisión de los proyectos de explotación de recursos naturales en sus tierras y territorios, desde su diseño, licitación y concesión, hasta su ejecución y evaluación (Ibíd. no. 290).

Por *consulta* debe entenderse, a estos efectos, un proceso de diálogo y negociación que implica la buena fe de ambas partes y la finalidad de alcanzar un acuerdo mutuo. Este procedimiento no puede agotarse en el cumplimiento de una serie de requisitos de forma, pues, incluso en los supuestos en los que el consentimiento de los pueblos indígenas no sea un requisito necesario, los Estados tienen el deber de prestar la debida consideración a los resultados de la consulta o, en su defecto, proporcionar razones objetivas y razonables para no haberlos tomado en consideración (Ibíd. no. 285). Cabe recordar que, si bien la consulta debe regularse en el ordenamiento jurídico interno a través de medidas legislativas o administrativas (cfr. arts. 1.1 y 2, CADH) para garantizar plenamente el principio de legalidad y la certeza jurídica a todos los actores implicados, la ausencia de regulación no exime al Estado de dicho deber.

La consulta debe ser (i) *previa*, es decir, realizarse durante la fase exploratoria o de planificación del proyecto, plan o medida correspondiente, con suficiente antelación al comienzo de sus actividades de diseño y ejecución

(CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales...*, no. 302); (ii) culturalmente adecuada, es decir, de acuerdo con las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas y tribales consultados, a través de procedimientos culturalmente adecuados y teniendo en cuenta sus métodos tradicionales para la toma de decisiones (Ibíd. no. 305); (iii) *informada*, es decir, realizando una provisión plena de información precisa sobre la naturaleza y consecuencias del proyecto a las comunidades consultadas, antes de y durante la consulta; y (iv) *de buena fe*, esto es, persiguiendo la finalidad de lograr un acuerdo.

Si bien el resultado de la consulta no es, como regla, vinculante, lo cierto es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha exigido la obtención del consentimiento de los pueblos afectados cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión “a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio” o que “podrían afectar la integridad de las tierras y recursos naturales” de los pueblos indígenas y tribales (Ibíd. no. 330). Esto es una salvaguarda reforzada de los derechos de los pueblos indígenas, dada su conexión directa con el derecho a la vida, a la identidad cultural y a otros derechos humanos esenciales, en relación con la ejecución de planes de desarrollo o inversión que afecten al contenido básico de dichos derechos. El deber de obtención del consentimiento responde, por lo tanto, a una lógica de proporcionalidad en relación con el derecho de propiedad indígena y otros derechos conexos (Ibíd. no. 333). Se ha entendido que tal es el caso cuando se afecten los derechos de los pueblos indígenas mediante planes o proyectos de desarrollo o inversión que impliquen reubicación permanente, privación del uso y goce de las tierras, o la utilización de materiales peligrosos para la salud (Ibíd. no. 334).

Por último, cabe destacar que los deberes estatales de difusión de los estándares internacionales en materia de agua y saneamiento, que fueron descritos anteriormente, deben cumplirse en condiciones idóneas para permitir el acceso y comprensión de los pueblos indígenas respecto de tal información. Esto implicará, al igual que ocurre con los procedimientos de consulta y participación indígena, que la difusión sea realizada en las lenguas y dialectos propios de esos pueblos, y que sea accesible por sus integrantes en condiciones de igualdad.

6. Bibliografía

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, OHCHR, UN-HABITAT y OMS, The Right to Water, Fact Sheet No. 35.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 56/09, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 30 de diciembre de 2009.

Consejo de Derechos Humanos (ONU), A/HRC/6/3.

Consejo de Derechos Humanos (ONU), HRC/NONE/2012/60.

Organización Panamericana de la Salud, CD50/12, 31 de agosto de 2010, Documento conceptual.

Organización Panamericana de la Salud, WHA 64.24, 24 de mayo de 2011.

Organización Panamericana de la Salud, Resolución CD50.R8, 29 de septiembre de 2010.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos <http://www.ohchr.org>

Artículos

Perspectiva de los derechos político–electorales conforme a la reforma constitucional de los derechos humanos en México

Carlos Manuel Rosales

Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (México).
Diplomado por la Universidad de Heidelberg (Alemania). Estudios de Maestría y Doctorado en Derecho por la Universidad de Chile (Chile).

María Lucía Arreguín Ponce

Licenciada en Derecho por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo (México).

Resumen: Las recientes reformas constitucionales han cambiado la situación de los derechos humanos en México. Esto también trajo como consecuencia la necesidad de modificar la visión de algunos derechos, en especial los relacionados con la intervención en materia política de los ciudadanos. Este artículo expone esos derechos y su relación con los tratados internacionales que los tutelan.

Palabras clave: derechos humanos; derechos políticos; tratados internacionales.

Abstract: The recent constitutional reforms have changed the situation of Human Rights in Mexico. Consequently, this has brought the need to modify the vision of some other rights, especially those related to the citizens intervention in political issues. This article discusses these rights and their relation with the International Agreements that protect them.

Keywords: human rights; constitutional laws; international agreements.

Artículo recibido: 12/05/2012 Aceptado: 15/09/2012

Sumario

1. Introducción
2. Los derechos políticos
2. Marco convencional de los derechos políticos
4. Los principales derechos políticos en México
 - 4.1 Derecho al voto
 - 4.2 Derecho a ser votado
 - 4.3 Derecho de asociación
 - 4.4 Libertad de expresión
5. Conclusiones
6. Bibliografía

1. Introducción

La reciente modificación constitucional introduce todos los derechos humanos de carácter político que se encuentran en los tratados internacionales ratificados por México (conocido en doctrina como convencionalidad).

Esta reforma constitucional en materia de derechos humanos y la incorporación de estándares del derecho internacional de los derechos humanos, en especial, en el ámbito de los derechos políticos, tendrá que ser modificado y reentendido por las autoridades electorales.

Ahora todos los derechos políticos contenidos en esos instrumentos tienen la jerarquía máxima del ordenamiento constitucional y complementan al resto de derechos políticos que ya se encontraban en éste.

Así, aunque el artículo 35 constitucional que contempla el derecho al sufragio no se encuentra dentro del Capítulo I titulado *De los Derechos Humanos y sus Garantías*, es claro que los derechos políticos, como derechos humanos, son comprendidos por la protección máxima de la constitución en virtud del artículo primero constitucional.

Por ello, es menester comenzar definiendo el sentido y alcance de los derechos político–electorales.

2. Los derechos políticos

El derecho político es el área responsable del estudio de las relaciones de los ciudadanos en la vida pública del país, esto significa, que se encarga de estudiar las formas de participación en la actividad política. Comprende, entre otras cosas, la facultad de los ciudadanos de elegir y ser elegidos por sus pares, delegando el poder en sus representantes o participando por medio de diversos mecanismos constitucionales (plebiscito, referéndum o la iniciativa popular), en el que la voluntad popular sea la voz de mando (Ackerman, 1980, 74). Además, comprende la obligación de los representantes populares de ser responsables en el desempeño de sus funciones, y en caso de abuso o incumplimiento, la posibilidad de ser sometidos a juicio político.

Los derechos político–electorales pueden ser clasificados de la siguiente manera:

1. Libertad política: derecho a sufragar (voto libre, universal y secreto), derecho de reunión, derecho de asociación para constituir partidos políticos, derecho de petición y derecho a solicitar información (Rawls, 2005, 126, 158, 205, 228, 232, 313, 340, 344, 360–61, 393 y 423–24).
2. Igualdad política: acceso a la justicia política, imparcialidad en las sentencias, control sobre la igualdad de circunstancias y recursos de los candidatos que participan en la elección para obtener un cargo público de representación, que garanticen una equilibrada competencia electoral (Dworkin, 2003, 203–230).

El liberalismo es una doctrina que reconoce que la libertad y la igualdad son los bienes fundamentales (Gray, 2001, 62).

Podemos considerar que la libertad y la igualdad son, pues, valores morales, políticos y jurídicos. Así, la libertad es una cualificación de la persona, mientras que la igualdad es un tipo de relación (Bobbio, 1993, 46–47).

Una desigualdad se convierte en un instrumento de igualdad, por el simple motivo de que corrige una desigualdad precedente; de modo que la nueva igualdad es el resultado de la nivelación de dos desigualdades¹.

1 Para Norberto Bobbio, la igualdad de los derechos es el *maximum* y la igualdad jurídica, el *minimum*; la igualdad ante la ley ocupa el lugar intermedio.

Hoy, podemos considerar que los derechos políticos son intrínsecamente diferentes de los que se orientan a la persecución de intereses individuales. Estos derechos sirven para mover la participación de los ciudadanos en la común determinación de la dirección política de la vida colectiva y no son simplemente expresión de derechos en la dimensión individual (Zagrabelsky, 2007, 59).

Así, forma también parte constitutiva de la legitimidad del Estado su establecimiento como fuerza efectiva capaz de dar salida a la dimensión política de individuos dotados de derecho.

El poder político es el bien dominante en una democracia, y es convertible de manera que los ciudadanos elijan. Este poder no puede ser ampliamente compartido sin estar sujeto al empuje de todos los otros bienes que los ciudadanos ya poseen o desean poseer. De ahí que la democracia sea en esencia un sistema que refleja, la distribución imperante o naciente de los bienes sociales (Walzer, 2004, 29, 70–319).

El poder político es precisamente la capacidad de tomar decisiones durante un espacio de tiempo, de cambiar las reglas, de hacer frente a las emergencias; no puede ser ejercido democráticamente sin el consentimiento continuo de quienes están sujetos a él.

Podemos resumir que los derechos políticos son garantías permanentes, que se sustentan en un proceso que no tiene un punto final, un debate sin conclusión definitiva. En la actividad política democrática, todos los destinos son temporales.

3. Marco convencional de los derechos políticos

Los dos principales tratados internacionales que impactan la materia electoral son la Convención Americana sobre Derechos Humanos (la Convención) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (el Pacto).

Dentro del Capítulo II de los *Derechos Civiles y Políticos*, la Convención reconoce el derecho al sufragio en su artículo 23, donde establece que “todos los ciudadanos pueden participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o a través de representantes libremente elegidos”. También reconoce el derecho de votar (sufragio activo) y de ser votado

(sufragio pasivo) en elecciones “periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de los electores” (inciso b), todo esto bajo condiciones de igualdad en el acceso a la función pública².

La Convención también contempla otros derechos y libertades relacionados al ámbito político como la libertad de expresión (artículo 13), el derecho de rectificación o respuesta (artículo 14) y la libertad de asociación (artículo 16). Estos derechos son reflejo del reconocimiento de las instituciones y valores que son directrices del juego democrático (Preámbulo de la Convención; Del Toro 2011, 508).

Por su parte el Pacto, en su Parte III, reconoce el derecho al sufragio en el artículo 25, prácticamente de la misma manera que la Convención en su artículo 13, que “todos los ciudadanos participarán en la dirección de asuntos públicos directamente o por medio de representantes libremente elegidos”. El derecho al sufragio activo y pasivo también se reconoce para ser ejercidos en “elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, también bajo condiciones generales de igualdad”.

Los otros derechos con relación política que contempla el Pacto están también en los artículos 19 (libertad de expresión) y 22 (derecho de asociación).

4. Los principales derechos políticos en México

Los derechos político–electorales, que suelen ser los derechos de la ciudadanía (Ferrajoli, 1995, 171) en México, se ubican en el artículo 35, que señala cuales son las prerrogativas del ciudadano:

- I. Votar en las elecciones populares;
- II. Poder ser votado para todos los cargos de elección popular y

2 En el segundo párrafo se reconoce a la edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal, como las razones para reglamentar estos derechos.

nombrado para cualquier otro empleo o comisión, teniendo las calidades que establezca la ley;

III. Asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país;

IV. Tomar las armas en el Ejército o Guardia Nacional, para la defensa de la República y de sus instituciones, en los términos que prescriben las leyes; y

V. Ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición.

Aunque la Constitución mexicana no ubica los derechos políticos en el apartado de los derechos humanos, sino en el de los ciudadanos mexicanos, la reciente reforma, al elevar los derechos incluidos en los tratados internacionales como derechos fundamentales, implica su reconocimiento de facto. Este hecho puede tener implicancias importantes para el sistema de justicia electoral.

A continuación vamos a analizar la situación de los derechos de voto, ser votado, asociación y libertad de expresión a la luz de la reforma en la materia de derechos humanos y enfocándonos en sus posibles implicaciones para el sistema electoral.

4.1 Derecho al voto

La democracia contiene diversos elementos que le son intrínsecos, pero sólo dos tienen relación con los derechos político-electorales de los ciudadanos: 1) el sufragio (derecho activo, materializado en el voto) y 2) el derecho a poder ser elegido por sus pares en una competencia justa (derecho pasivo) (Aragón, 2007, 162–197).

El primero, tiene como finalidad garantizar a los ciudadanos su participación en la vida política del país, con base en elecciones limpias, honestas y transparentes. El segundo, permite a los ciudadanos presentar diversas opciones políticas al electorado para representarlo (Ruíz-Tagle, 2003, 276).

El derecho de sufragio es el principio básico de la democracia, pues a través de este derecho político, los ciudadanos manifiestan su preferencia electoral y/o su interés legítimo en participar en los asuntos del país.

Mediante el sufragio la autoridad pide expresar su parecer o proveer

un cargo; cuando, a través de él, se manifiesta una opinión o se decida un problema, recibe el nombre de votación, cuando por su intermedio se escoge una persona, se llama elección.

Por lo que las elecciones son el fundamento de una democracia, y el derecho a votar es el derecho básico de los ciudadanos. El sufragio activo es el derecho de los ciudadanos para participar en las elecciones y votar a favor de un candidato o partido político. El derecho al voto es reconocido como derecho fundamental por diferentes instrumentos internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), la Convención Americana de los Derechos Humanos (CADH) y la Carta de la Organización de los Estados Americanos (COEA).

Principalmente, a la luz de la doctrina que establece que los derechos fundamentales no deben ser suspendidos ni restringidos, se vuelve a abrir el debate sobre la suspensión del derecho a votar.

La Constitución en el artículo 38 establece que los derechos y prerrogativas de los ciudadanos se suspenden por falta de cumplimiento de sus obligaciones, por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca una pena de privación de libertad a partir de que se dicte el auto de formal prisión, en lo que dure la pena corporal, por vagancia o ebriedad consuetudinaria, por estar prófugo de la justicia o por una sentencia ejecutoriada que imponga como pena esa suspensión.

Es importante analizar estas causales de suspensión a la luz de la normatividad internacional. La CADH, en el artículo 23, párrafo 2, establece que el ejercicio del derecho a votar puede ser restringido únicamente por “razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”. La norma mexicana resulta bastante más restrictiva que la internacional.

A pesar del debate en la Suprema Corte y algunas contradicciones de criterios que se han dado hasta ahora (Contradicción de tesis SCJN 89/2004-PS; contradicción de tesis 8/2006-PS y contradicción de tesis 6/2008), en estas discusiones nunca se ha cuestionado la aplicación de la suspensión de los derechos políticos como una medida general y automática, aplicable a toda persona privada de su libertad, sin importar si fue condenada o no, la duración de la condena o la gravedad del delito

cometido. Es importante destacar que la suspensión de los derechos políticos generalizada es considerada excesiva e injustificada a la luz de los tratados internacionales (Comisión de los Derechos Humanos, Observación General, No. 25).

La suspensión generalizada y automática de los derechos políticos de los prisioneros parece ser inapropiada, no sólo desde el punto de vista de la protección de los derechos fundamentales, sino también desde la teoría de la democracia y la legitimidad democrática. Como lo dijo la Suprema Corte de Canadá:

privar a los ciudadanos el derecho a votar niega las bases de la legitimidad democrática [...]. Si aceptamos que la autoridad y el poder del gobierno en una democracia derivan de los ciudadanos, es difícil comprender como ese poder puede ser utilizado de manera legítima para privar del derecho al voto esos mismos ciudadanos de quienes ese poder emana (*Sauvé v. Canadá*, 2002, 32).

Al adherirse a la CADH, el gobierno mexicano hizo una reserva al texto de la Convención, en cuanto al párrafo 2 del artículo 23, ya que la Constitución mexicana dispone que los ministros de los cultos no tendrán voto activo, ni pasivo, ni derecho para asociarse con fines políticos (artículo 130). A la luz de la interpretación de los derechos políticos como derechos fundamentales, y dada la situación política y social actual, valdría la pena analizar si esa restricción sigue siendo justificada y si pasaría el examen del respeto del principio de igualdad y no discriminación y el de proporcionalidad y necesidad (*Castañeda Gutman v. México*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C, No.184 párrafos 153–155 y 161), especialmente en lo referente al derecho de votar.

Entre cuestiones pendientes a resolver, relacionadas con el derecho al voto, queda todavía el voto de los mexicanos en el extranjero. Las regulaciones actuales a nivel federal permiten únicamente su voto en las elecciones presidenciales, algunos estados permiten además su voto en las elecciones locales (por ejemplo, Zacatecas y Michoacán).

4.2 Derecho a ser votado

La otra cara del derecho al sufragio es el derecho pasivo, cuando un ciudadano se postula a un cargo de elección popular. Igual que el derecho al voto, es reconocido por numerosos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y la Carta de la Organización de los Estados Americanos. Su ejercicio en México presenta alguna problemática, especialmente a la luz de la reforma constitucional en la materia.

Una de las cuestiones importantes y debatidas recientemente en el país es la de candidaturas independientes. La posibilidad de otorgarles a los ciudadanos el derecho de voto pasivo fue incluso analizada como parte de la discusión en el Congreso acerca de la fallida reforma electoral de 2011.

La candidatura independiente es la figura legal que permite a los ciudadanos postularse para cargos de elección popular, sin contar con el apoyo de algún partido político. Las regulaciones mexicanas prohíben el registro de candidatos independientes. Sin embargo, contemplan esa posibilidad y otorgan ese derecho únicamente a los partidos políticos (artículo 116, fracción IV, inciso e) de la CPEUM y 218.1 del COFIPE). Como el derecho a ser votado es reconocido como derecho fundamental, y aunque de ello no se desprenda que “el derecho de los ciudadanos a ser votados sea absoluto y no se pueda establecer límite legal alguno” (SUP-JDC-37/2001), es válido preguntarse si la restricción de las candidaturas independientes cabe dentro de lo razonable (política o jurídicamente) y si no viola los principios de igualdad, participación y no discriminación.

Los organismos internacionales hasta ahora han respetado la libertad de los Estados en lo referente a las posibles limitaciones en el ejercicio del derecho a ser votado, prohibiendo únicamente que tales limitaciones o restricciones sean irracionales, injustificadas, desproporcionadas, o que se traduzcan en una privación de la esencia de cualquier derecho, fin, principio o valor constitucional o electoral fundamental³; pero, al mismo tiempo,

3 CDH, en la Observación General No. 25, se establece solamente la obligación de no limitar, de forma excesiva, que los candidatos sean miembros de partidos o pertenezcan a determinados partidos para ejercer estos derechos. La Corte IDH establece

postulan medidas necesarias para que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos (Caso Yatama, 195). Resumiendo, aunque la restricción del derecho de postular las candidaturas es exclusiva de los partidos políticos, esta no es considerada una violación de la normatividad internacional. Sin embargo, constituye una muy fuerte limitación del derecho de sufragio para los ciudadanos (Aragón, 2007, 196).

A la luz de las mismas disposiciones quedan abiertos a discusión dos asuntos más: la prohibición de reelección inmediata y la suspensión del derecho a ser votado. La prohibición de la reelección inmediata, al menos en los casos de los legisladores, puede ser considerada una restricción excesiva, desproporcional y no justificada por las condiciones sociopolíticas actuales (aunque quedan claras sus razones históricas).

En cuanto a la suspensión de los derechos políticos de los ciudadanos sujetos a un proceso penal, es una figura legal que con frecuencia puede ser usada para eliminar los oponentes políticos, además de que restringe de manera importante el derecho de la ciudadanía a votar por sus candidatos. La discusión acerca de en qué circunstancias y por cuánto tiempo deba operar la suspensión del derecho a sufragio pasivo queda abierta, especialmente, a la luz de recientes experiencias.

Finalmente, se puede plantear el problema de candidaturas desde el extranjero, mismo que ya fue abordado por el Congreso de Zacatecas, que introdujo un mecanismo de representación en la legislatura local con un mínimo de dos diputados migrantes. Así, los partidos políticos registrarán en el último lugar de sus respectiva lista plurinominal a un candidato a diputado migrante o con residencia binacional. Una vez contabilizados el número de votos totales, se les asignará un Diputado en esta categoría a los dos partidos con mayor votación, independientemente del lugar que ocupen en la lista plurinominal respectiva (Ley Electoral del Estado de Zacatecas, Decreto

que dicha reglamentación cumpla con los requisitos de legalidad, esté dirigida a cumplir con una finalidad legítima, sea necesaria y proporcional, véase Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C, No.127, párrafo 207.

Número 306, publicado el 4 de octubre del 2003, Suplemento al Periódico Oficial, Órgano del Gobierno Constitucional del Estado Libre y Soberano de Zacatecas, Número 80). Quedan pendientes la discusión y la reglamentación de ese derecho en las demás entidades federativas y a nivel federal.

4.3 Derecho de asociación

La libertad de manifestación de ideas es fundamental para el debate democrático del país. Pero estas opiniones no tienen sentido si son solitarias, sino que su importancia, radica en que los individuos que se concentren en torno a cualquier tema público, puedan discutirlo libremente. Esto les brinda la oportunidad de conocer personas afines a sus ideas o principios y poder organizarse o elucidar conceptos, para los fines que a ellos convengan.

Así, el derecho de asociación consiste en la facultad de constituir formalmente grupos, asociaciones u organizaciones permanentes, encaminadas a la consecución de fines específicos y lícitos, así como retirarse de las mismas. La asociación política es uno de los derechos fundamentales para la vida democrática, ya que posibilita agregar intereses personales y permite la participación en la vida pública de manera colectiva.

El derecho de asociación es reconocido por la normatividad internacional (Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana sobre Derechos Humanos) y por la Constitución mexicana, que establece:

No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito; pero solamente los ciudadanos de la República podrán hacerlo para tomar parte en los asuntos políticos del país (artículo 9).

En cuanto a la asociación con fines políticos, el artículo 4, fracción primera, de la CPEUM, establece que:

Sólo los ciudadanos podrán formar partidos políticos y afiliarse libre e individualmente a ellos; por tanto, quedan prohibidas la intervención

de organizaciones gremiales o con objeto social diferente en la creación de partidos y cualquier forma de afiliación corporativa”.

El contenido de ese artículo implica una clara restricción del derecho de asociarse con fines políticos, ya que no permite a las organizaciones gremiales, como los sindicatos, unirse con un partido político, como miembro o en una coalición.

A la luz del texto de la CADH, en su artículo 16, párrafo segundo, establece que:

El ejercicio de tal derecho [de asociación] sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás,

y tomando en cuenta las experiencias de otras naciones democráticas, puede abrirse un debate acerca de la justificación de esta restricción y de su necesidad en una sociedad democrática.

4.4 Libertad de expresión

Un Estado democrático, al mismo tiempo que permite la libertad de participar en los asuntos públicos del Estado, debe garantizar la libertad de expresión.

La idea fundamental es que las opiniones ciudadanas descansen en la libre comunicación de ideas; la ley debe defender el derecho de todo ente social de exponer su punto de vista ante la población, por cualquier medio que no afecte al orden público y el deber de proteger a los individuos contra cualquier malicioso ataque personal (Mackenzie, 1972, 175).

La libertad de expresión está reconocida por los instrumentos internacionales de derechos humanos como un derecho humano asociado con los derechos políticos. Su reconocimiento como derecho humano en el marco constitucional mexicano significa que se vuelve abrir la discusión acerca de la validez y justificación de la prohibición de contratación de los espacios en

radio y televisión, en especial con respecto al acceso a la justicia. Aunque el asunto fue tratado por la Corte, ésta al resolverlo, no entró en el fondo de asunto, es decir, en discusión acerca de los límites de la libertad de expresión frente a la necesidad de asegurar la equidad de la contienda electoral.

5. Conclusiones

1. Actualmente, el reconocimiento y la evolución de los derechos humanos ha conllevado a ampliar su radio de acción, en beneficio de la población. Sin embargo, el pleno cumplimiento de estos derechos sigue siendo un tema pendiente en la agenda jurídica.
2. En particular, las reformas constitucionales realizadas en el 2011 en México, han originado un nuevo paradigma para entender e interpretar toda la normatividad con base en los derechos humanos y en los mecanismos internacionales, en los que México sea parte.
3. En este nuevo posicionamiento de los derechos humanos (que se encuentran en el Título primero constitucional), se otorga a varios de los derechos políticos, la calidad de derechos humanos, lo que origina que la aplicación e interpretación de las normas electorales, ya no solo deberán ser conforme a la luz de la ley o a su espíritu, sino que ahora, será en beneficio de la persona, alimón de la interpretación hecha por los órganos supranacionales de impartición de justicia.
4. Este nuevo planteamiento de los derechos humanos, trae aparejado el uso de la convencionalidad, o sea, la utilización de los instrumentos nacionales que contengan derechos en materia política–electoral, mismos que deberán atenderse y considerarse en las sentencias del Poder Judicial.
5. Lo importante está por venir, al observar los nuevos alcances, sentidos y perspectivas que esta reforma constitucional generará. Sin duda, esto brindará una mayor protección a los derechos humanos de la población, pero también producirá un reacomodamiento de la materia electoral. Esperemos que esta propuesta sea bien–venida y bien–entendida por las autoridades electorales.

6. Bibliografía

- Ackerman, Bruce. 1980. *Social Justice in the Liberal State*. New Haven: Yale University Press.
- Alec C. Ewald y Brandon Rottinghaus. 2007. *Criminal Disenfranchisement in an International Perspective*. USA: Cambridge University Press.
- Aragón, Manuel. 2007. Derecho de sufragio: Principio y Función. En Nohlen Dieter, Zovatto Daniel, Orozco Jesús y Thompson José, *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*. 2a. edición. México: Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, Norberto. 1993. *Igualdad y Libertad*. Barcelona: Paidós.
- Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.
- Constitución Política mexicana.
- Convención Americana de los Derechos Humanos.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Dworkin, Ronald. 2003. *Virtud Soberana*. Madrid: Paidós.
- Ferrajoli, Luigi. 1995. *Derecho y razón: Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta.
- Gray, John. 2001. *Las dos caras del liberalismo*. Barcelona: Paidós.
- Legislación electoral de Zacatecas.
- Mackenzie, W.J.M. 1972. *Elecciones libres*. Madrid: Tecnos.
- Malem, Jorge; Orozco, Jesús y Vázquez, Rodolfo. 2003. *La función judicial*. México: Gedisa.
- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.
- Rawls, John. 2005. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.
- Ruiz-Tagle Vial, Pablo. 2003. La tesis de la doble pluralidad: jueces y democracia el caso de la transición chilena 1990–2002. En Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez, *La función judicial*. México: Gedisa.
- Thompson, José. 2007. *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*. México: FCE, IIDH, Universidad de Heidelberg, International IDEA, TEPJF, IFE.
- Walzer, Michael. 2004. *Las esferas de la justicia*. México: FCE.
- Zagrabelsky, Gustavo. 2007. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta

Corte Interamericana de los Derechos Humanos (Corte IDH)

Caso Gutman.

Caso Yatama.

Caso Radila.

Caso Cabrera.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN)

Contradicción de tesis 89/2004–PS.

Contradicción de tesis 8/2006–PS.

Contradicción de tesis 6/2008.

Precisiones iusfilosóficas a cerca del fundamento de los derechos humanos

Fernando Adrián Bermúdez

Abogado y Profesor de Grado Universitario en Ciencias Jurídicas. Egresado de las Facultades de Derecho y Filosofía y Letras de la Universidad Nacional de Cuyo (Argentina). Doctorando en Derecho, mención Filosofía Jurídica por la Universidad Nacional de Cuyo (Argentina). Docente de Filosofía del Derecho en la Universidad Nacional de Cuyo y Universidad de Mendoza (Argentina). Investigador Becario de la Secretaría de Ciencia Técnica y Posgrado de la Universidad Nacional de Cuyo (Argentina).

Resumen: Nadie pone en duda la vigencia de los derechos humanos en la actualidad nacional e internacional. En este contexto, uno de los temas capitales de los derechos humanos es su fundamento en la persona humana o su dignidad. Pero si bien parece que es unánime esta concepción y aceptada por todos, veremos que no es así y podremos distinguir las diversas opiniones que se han dado a la hora de precisar filosóficamente el fundamento de los citados derechos. A través de esta intervención buscaremos analizar a la luz de la filosofía del derecho, un adecuado fundamento de los derechos humanos, en especial, a través de la obra y pensamiento del ilustre filósofo alemán Robert Spaeman, cuya concepción de la dignidad humana, da una respuesta satisfactoria a este tema tan caro para el pensamiento jurídico.

Palabras Clave: fundamento; derechos humanos; utilitarismo; consensualismo; realismo jurídico.

Abstract: Nobody questions the validity of current national and international human rights. In this context, one of the major aspects of human rights is its basis in the human being or dignity. But although it seems that this conception is unanimous and widely accepted, we will see that it is not, and we will distinguish the variety of views that have emerged regarding the philosophical basis of human rights. Through this intervention, we seek to analyze, under the light of law philosophy, an appropriate foundation for human rights, especially through the work and thought of the distinguished

German philosopher Robert Spaeman, whose conception of human dignity gives a satisfactory answer to this matter so relevant to the juridical thought.

Keywords: basics; human rights; utilitarianism; consensualism; legal realism.

Artículo recibido: 06/09/2012 Aceptado: 15/09/2012

Sumario

1. Introducción
2. Noción de los derechos humanos
3. Caracteres de los derechos humanos
4. Fundamento de los derechos humanos
 - 4.1 Perspectiva utilitarista–individualista
 - 4.2 Perspectiva consensualista
 - 4.3 Perspectiva realista
5. Dignidad y derechos humanos
6. Conclusión
7. Bibliografía

1. Introducción

Proclamados, discutidos, vulnerados o respetados, afirma Jorge Hübner Gallo, los derechos humanos constituyen actualmente uno de los principales tópicos que atraen la atención del hombre contemporáneo, de los gobiernos, de los medios de difusión, de la opinión pública en general, en el mundo libre (Hübner Gallo, 1977, XI). Palabras indiscutibles, cuya vigencia en los comienzos del siglo XXI, se han hecho evidentes en las actuales circunstancias del mundo entero.

En el presente trabajo realizaremos algunas precisiones desde la filosofía del derecho (Hervada, 1996, 109–124), acerca de los fundamentos de los derechos humanos. Si bien encontramos en este ámbito diversos trabajos sobre esta perspectiva, trataremos de demostrar que muchas veces se dan por supuestos conceptos de una carga semántica y jurídica muy importante, como por ejemplo “dignidad humana”, y no se precisa de qué estamos ha-

blando cuando utilizamos dichos términos. Como se verá, la mayoría de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, afirman que la dignidad humana es el fundamento de estos derechos, y los autores lo toman sin precisarla. El objetivo de la presente investigación, es realizar un esfuerzo por comprender, en toda su dimensión, qué se entiende por dignidad humana, y de esta forma, contribuir a un mejor fundamento de los derechos humanos.

En primer lugar, se precisará la noción de los derechos humanos; en segundo lugar, se revisarán las principales características contemporáneas de los mismos; en tercer lugar, se hará una síntesis de las primordiales doctrinas que han tratado de fundamentarlos; por último, se precisará el concepto de dignidad, a través de la obra de uno de los pensadores que mejor han tratado el tema de la dignidad y su fundamento metafísico.

2. Noción de derechos humanos

Previo a determinar la cuestión del fundamento, debemos precisar qué entendemos por derechos humanos. Como podemos apreciar, estamos antes dos términos distintos como “derechos” y “humanos”. Si comenzamos por el término “derecho”, sabemos que generalmente se parte de un sentido objetivo, como norma y en sentido subjetivo, como facultad; a esta interpretación general en la doctrina jurídica la consideramos insuficiente, ya que deja de lado, la primera y principal acepción de este término polisémico (sobre la analogía en el derecho Kalinowski, 1982, 37 y ss) llamado derecho, como es lo justo objetivo, entendido como la acción, dación u omisión. Por eso, compartimos la definición de derecho dada por Juan Alfredo Casaubon: una acción, dación de cosa u omisión relativa a otro, por la cual se da a este, o se respeta en él lo suyo, con estricta necesidad de deber ser y según cierta igualdad (Casaubon, 1981, 37).

A partir de este primer analogado, podemos definir el derecho también como norma y como facultad, y asimismo, como arte, conocimiento, sentencia, etc. Nos interesa el concepto de derecho subjetivo, ya que será el marco donde podremos conceptualizar a los derechos humanos, ya que bien se ha sostenido que, los derechos humanos son todos aquellos derechos subjetivos cuyo título radica en la personabilidad de su sujeto, o en algunas

de las dimensiones básicas del desenvolvimiento de esa personeidad y de los que es titular; los reconozca o no el ordenamiento jurídico positivo y aún cuando éste los niegue (Massini Correas, 2005, 130).

Ahora bien, respecto del segundo término de “humano”, está claro que hay que precisarlo ya que todos los derechos están hechos para la persona humana. En nuestro tiempo, se ha difundido la expresión “derechos humanos” que, empleada sin reserva alguna, resulta demasiado amplia y redundante, ya que como lo hemos señalado, todo derecho es necesariamente “humano” en cuanto sólo las personas pueden ser titulares de facultades jurídicas o morales (Hübner Gallo, 1977, 2). Por esta razón tenemos que establecer en qué sentido utilizamos el adjetivo “humano”.

El término “humanos”, se afirma, quiere significar, que ciertos derechos, son más “humanos” que otros, es decir, implican una conexión más estrecha con la calidad o índole humana de su sujeto. Dicho en otras palabras, se trata de aquellos derechos que tienen por título propio y suficiente el mero carácter humano de su sujeto titular, su sola “hominidad”, sin importar su reconocimiento o recepción por algún texto jurídico-positivo (Massini Correas, 2008, 74-75).

Esto último es de capital importancia, porque nos demuestra que la razón última o el fundamento de la exigibilidad de estos derechos, está en la especial dignidad humana que posee todo ser humano (como trataremos de demostrar en los capítulos que siguen, y su alcance filosófico). Ya teniendo clara la noción de los derechos humanos, sintetizaremos algunas de sus notas y características contemporáneas.

3. Características de los derechos humanos

Entre las diversas características que representan a los derechos humanos en la actualidad, y que han sido tratadas por diversos autores, encontramos tres que, a los efectos de esta investigación, consideramos las más importantes¹. En primer lugar, la reticencia a tematizar sus fines últimos, en

1 Entre otras características no tratadas en este ensayo, podemos resaltar: la gran dispersión de enfoques; la tendencia inflacionaria, que tiende a incrementar el número

segundo lugar, el individualismo y, por último, la asunción de un conjunto de nociones, sin que se explique el alcance y contenido de los términos.

La primer nota la podemos ver en esta negativa a considerar válido cualquier tipo de conocimiento metafísico y su reducción al saber empírico o matemático, como posible fundamento de los derechos humanos. Es decir, la indiferencia que el derecho se planteó el problema de los fines o, su consideración como meros fines instrumentales y no últimos. Así, vemos entre otros autores, al pensador italiano Norberto Bobbio (Bobbio, 1965), que califica de “ilusoria” la pretensión de buscar un fundamento absoluto a los derechos humanos o a Eugenio Bulygin, quien sostiene que no es posible fundar los derechos humanos en un principio suprapositivo, ya que para él ese principio no existe.

Nos interesa éste último, ya que ha tenido una gran influencia entre los autores de habla hispana, a pesar de las contradicciones o posibles vacíos en su posición filosófica. En un trabajo publicado hace varios años, afirma:

Por lo tanto, los derechos humanos no son algo dado, sino una exigencia o pretensión. Recién con su “positivización” por la legislación o la constitución los derechos humanos se convierten en algo tangible, en una especie de realidad, aun cuando esa “realidad” sea jurídica. Pero cuando un orden jurídico positivo, sea éste nacional o internacional, incorpora los derechos humanos, cabe hablar de derecho humanos jurídicos y no ya meramente morales (Bulygin, 1987, 83).

De la siguiente afirmación se pueden extraer dos conclusiones, la primera, es que los derechos humanos no reciben la calidad de tales por el hecho de su “positivización”, sino que son positivizados por ser inherentes a la condición humana, anteriores y preexistentes a las leyes positivas, que

y calidad de los derechos humanos; la inclinación al compromiso político, es decir, su estrecha relación con algún compromiso político; Antropología inapropiada, para fundamentar los derechos humanos; el inmanentismo, que rechaza toda fundamentación trascendente de los derechos humanos (Massini Correas, 1994, 169). También se puede consultar (Massini Correas, 1980).

el Estado reconoce y no crea. De lo contrario, dejarían de ser universales y dependerían del gobierno de turno y su posición respecto de estos derechos. En segundo lugar, se puede apreciar la inconsistencia e insuficiente de esta posición. El mismo autor, se anticipa a dicha crítica, que a pesar de reconocerla y no superarla, la acepta sin más razón invocando una supuesta realidad que no podemos modificar ni cambiar, veamos lo que dice:

Se podría reprochar que esta concepción de los derechos humanos los priva de cimientos sólidos y los deja al capricho del legislador positivo. Por lo tanto, la concepción positivista de los derechos humanos sería políticamente peligrosa (Ibíd.).

Al negar el derecho natural o una moral absoluta, el razonamiento es coherente, no podemos negar la realidad y postular un terreno firme donde no lo hay, sólo queda que el legislador los asegure a través de las disposiciones constitucionales correspondientes.

Reconociendo la fragilidad de la posición positivista a la hora de precisar y fundar los mismos, concluye:

Para la concepción positivista, en cambio, los derechos humanos son una muy frágil, pero no por ello menos valiosa conquista del hombre, a la que hay que cuidar con especial esmero, si no se quiere que esa conquista se pierda, como tantas otras (Ibíd., 84).

Como se ha podido apreciar, ante la imposibilidad de encontrar un basamento firme de los derechos humanos, lo deja librado a su reconocimiento constitucional, es decir, a una eventualidad meramente procedimental-legislativa, por la cual y por este sólo acto, determinaría su fundamento o exigibilidad por sí misma. Se le podría responder con las palabras de R. Spaeman, cuando afirma que,

un derecho que puede ser anulado en cualquier momento por aquellos para los que ese derecho es fuente de obligaciones, no merecería en absoluto el nombre de derecho. Los derechos humanos,

entendidos de modo positivista, no son otra cosa que edictos de tolerancia revocables (Spaeman, 1989, 90).

En definitiva, este horror a la metafísica y a cualquier imputación al iusnaturalismo, tiene su base común en la negativa a la aceptación de cualquier objetividad, de carácter gnoseológico o ético, esta ausencia de un fundamento último y objetivo transfiere una alarmante debilidad a la exigencia que los “derechos humanos” representan..., si otorgamos a los derechos una fundamentación contingente y subjetiva, tendremos “derechos humanos” contingentes, es decir, no necesarios, y subjetivos, o sea, imposibles de imponer coherentemente a los otros sujetos jurídico (Massini Correas, 1994, 183).

En segundo lugar, encontramos el *individualismo* como una de las notas más salientes de los derechos humanos en la actualidad. Esto significa que el único fundamento de los derechos radica en el querer del sujeto individual, personal, libre y autónomo. No existe ninguna referencia a algún tipo de normas a las que pudieran estar vinculados, de modo necesario, los derechos humanos. Es decir, solo aparecen referencias al sujeto de los derechos, quién sería titular per se de esos atributos o facultades de obrar.

Por último, está la nota saliente de dar por supuestos una serie de nociones, como por ejemplo, la dignidad de la persona humana, que no es posible ser aceptada sin un análisis serio y razonado del término.

Si uno se detiene en los diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, veremos que se afirma en la mayoría de ellos, que la dignidad humana o la naturaleza humana es el último fundamento de los derechos y demás principios jurídicos reconocidos. Así tenemos la Declaración Universal de Derechos Humanos² que en su Preámbulo afirma:

Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

2 Adoptada y proclamada por la resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

En un mismo sentido, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre³ en su Preámbulo afirma:

Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducir fraternalmente los unos con los otros”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴ en su Preámbulo afirma:

reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacionales de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵, y en forma idéntica el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶, afirman:

... considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables; reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana.

3 Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.

4 Suscripta en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969.

5 Suscripta en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 19 de diciembre de 1966.

6 Suscripto en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 19 de diciembre de 1966.

Como vemos la respuesta habitual respecto de la causa o fundamento último de los derechos, radica en la especial dignidad personal que compete a todo hombre que lo hace acreedor, solo por esa dignidad, a un cierto respeto y colaboración por parte de los demás sujetos y la sociedad política. Aquí, es donde surgen las disyuntivas y diversas apreciaciones, ya que se entiende por dignidad conceptos distintos y muchas veces contrapuestos, que a la hora de fundamentar un derecho o pretensión jurídica, se aplican de una u otra manera, según la parte que lo invoque.

En este sentido trataremos de precisar el fundamento de los derechos humanos, cifrado en la dignidad de la persona, como fundamento último y objetivo, no dando por supuesto dicha afirmación, sino precisando las razones que lo justifiquen. En otras palabras, veremos el término dignidad humana desde una perspectiva iusfilosófica. Previo a ello, se pasará revista de las principales corrientes que realizan fundamentaciones a los derechos humanos.

4. Fundamento de los derechos humanos

Entre las doctrinas más representativas de los derechos humanos en el pensamiento actual podemos encontrar las perspectivas: utilitaria-individualista, la consensualista y la realista. Es claro que podemos encontrar muchas más⁷, pero sólo nos detendremos en estas tres que consideramos de mayor vigencia y actualidad.

4.1 Perspectiva utilitarista-individualista

Uno de los principios fundamentales del utilitarismo es su principio de utilidad, que su mismo fundador Jeremías Benthan, lo define:

utilidad es un término abstracto que expresa la propiedad o la tendencia de una cosa a preservar de algún mal o procurar algún bien: mal es pena, dolor, o causa de dolor; bien es placer o causa de placer.

7 Podemos nombrar, entre otras la perspectiva marxista que ha sido trabajado entre otros autores (Atienza, 1983).

Lo conforme a la utilidades o al interés de un individuo es lo que es propio para aumentar la suma total de su bienestar; lo conforme a la utilidad o al interés de una comunidad, es lo que es propio para aumentar la suma total del bienestar de los individuos que lo componen.

Concluye Benthan, “la única base del obrar, siempre buena y segura, es la consideración de la utilidad” (Massini Correas, 1994, 51).

Como se puede apreciar, desde esta perspectiva, los derechos humanos no pueden ser nada más que unos recursos retóricos, que no corresponden a ninguna realidad empírica y que, por otra parte, ponen en peligro la convivencia social, confundiendo los derechos que son con los que quisiéramos que fueran. Las palabras que los mencionan no significan nada, no designan ninguna realidad concreta; antes bien, encubren meras falacias, que además resultan anárquicas y destructoras de las bases de los gobiernos (Ibíd., 52). Es decir, que hay derechos humanos que puedan sobrepasar las exigencias de la utilidad común, entendida en términos de mayor placer y menor dolor.

El utilitarismo termina reduciendo lo útil a lo subjetivamente placentero, ya que aquel consiste en la aptitud para producir más placer y menos dolor. Es evidente que no puede pensarse (en clave utilitarista), en bienes o valores morales absolutos que valgan sin excepción. Y si no existen bienes o valores absolutos que respetar, no puede haber derechos que no deban ser desechados cuando aparezca como más útil hacerlo. Pero, además, como el placer y el dolor son emociones subjetivas, cambiantes de un sujeto a otro y no precisables, el destino de los derechos de las personas quedará librado al mero capricho o veleidad del más fuerte o de la mayoría.

4.2 Perspectiva consensualista

El común denominador que vincula a las doctrinas consensualistas es su defensa de la posibilidad de fundar los derechos humanos en algún tipo de “consenso”, renunciado expresamente a la búsqueda de una base teórica objetiva.

Es evidente que el fundar consensualmente los derechos humanos deviene en una forma de relativismo. Y desde esta perspectiva relativista

nos es posible otorgar un fundamento sólido, no sólo teóricamente firme, sino que pueda esgrimirse válidamente aun en circunstancias excepcionales o cuando la concreción de los derechos contraría los intereses inmediatos de quienes deben respetarlos. De una afirmación relativa: “los derechos humanos tienen fundamento si y sólo si existe consenso al respecto”, sólo podrá seguirse la afirmación siguiente: “tal derecho humano estará fundado si y sólo si existe consenso al respecto”. Y fundarlos así significa relativizarlos y ponerlos a merced de algo tan cambiante y efímero como el consenso ocasional de una mayoría de la opinión pública, o de los gobiernos de un grupo de Estados. “En conclusión, ya no podemos hablar propiamente de derechos humanos, es decir, de derechos que corresponden al hombre irrevocablemente, sino sólo de derechos acerca de los cuales existe actualmente un cierto consenso. Con ello desaparece la noción de derechos humanos tal como es entendida en el discurso político-jurídico contemporáneo” (Ibíd., 141).

4.3 Perspectiva realista⁸

El punto de partida del pensamiento realista⁹, no será el individuo,

8 La palabra realismo tiene muchas acepciones, entre las que encontramos dos principales: una cosa es el realismo jurídico que es una versión del realismo filosófico que sigue las huellas de Aristóteles y de Santo Tomás de Aquino, y otra muy distinta es el realismo jurídico estadounidense o escandinavo, que no es sino una forma de empirismo y positivismo, cuando no un verdadero materialismo, general y jurídico. Aquí hacemos referencia al realismo en primer término (Casaubon, 1984, 63 y ss.). También se puede consultar (Massini Correas, 1978), (Hervada, 1986. 761 y ss.).

9 Una síntesis de la doctrina realista en el derecho la podemos ver en Schouppé, Jean Pierre, que entre los principales alcances enumera los siguientes puntos: 1) El derecho, según la concepción realista, se inserta en un contexto formado por un saber, que es el arte de lo justo, y un querer, que es la virtud de la justicia. Uno y otra lo tienen como objeto, aunque es anterior a ambos. Antes de saber qué es debido a alguien y de querer dárselo, hace falta que exista eso que es debido. Por tanto, es condición previa la existencia de este derecho que el jurista ha de indagar y que el hombre justo quiere habitualmente dar a su titular. El derecho es una cosa atribuida

sino el orden que la inteligencia descubre en la realidad del hombre y de las cosas humanas. Todo deber se funda en el ser. La realidad es el fundamento de lo ético. El bien es lo conforme a la realidad. Quien quiera conocer y obrar el bien, debe dirigir su mirada al mundo objetivo del ser. No a la propia intención, ni a la conciencia, ni a los valores y modelos establecidos por uno mismo. Debe prescindir de su propio acto y mirar la realidad (Pieper, 2009: 11). Resumen admirable de la actitud realista. Esa adecuación de la inteligencia nos descubre que cuando hablamos de derechos humanos, estamos designando a un tipo o clase de derechos que son preexistentes a las leyes positivas. Por lo tanto, cuando hablamos de estos derechos, no hacemos referencia a una concesión del Estado o de un mero consenso social, sino algo que se sigue de la condición del ser humano como su existencia y dignidad intrínseca de todos los hombres.

a una persona. Resulta, pues, de un reparto previo de las cosas. 2) El concepto propio del derecho es la idea de la cosa justa debida a otro según una cierta relación de igualdad. Por cosa entendemos todo ente que pertenezca a la categoría de las res exteriores. Lo justo ha de ser considerado insociable de una cosa concreta. El carácter de debida convierte a la cosa en derecho; pero ese carácter ha de entenderse en sentido jurídico, no simplemente moral. El fundamento del derecho no está en el sujeto, sino en la cosa. Esta es debida a su titular porque es suya. La alteridad es otra nota exigida al mismo tiempo por la relación de justicia, por la deuda y por la igualdad. Lo justo se mide conforme a una cierta relación de igualdad, que no es el derecho mismo, sino únicamente su medida. 3) El derecho subjetivo no se ha de confundir con el derecho en sí, sino que es posterior a él en el sentido de ser una consecuencia de la deuda. A lo sumo, se le puede considerar como una significación derivada que era desconocida del realismo jurídico. 4) Tampoco se puede identificar al derecho con la norma. La norma jurídica, tomada en su sentido genérico, no es el derecho mismo, sino la regla y medida del derecho. En buen número de casos, desde luego, tendrá junto a ese carácter de regla, el de causa de lo justo. Pero nunca podrá ser considerada como la causa exclusiva del derecho, y ello no sólo porque hay meros hechos jurídicos que pueden ser fuentes del derecho, sino principalmente porque existen derechos naturales que son anteriores a toda norma, inclusive a la ley natural" (Schouppe, 1984, 583).

Justamente,

ese ser persona, es un rango, una categoría, que no tienen los seres irracionales. Esta prestantia o superioridad del ser humano sobre los que carecen de razón, es lo que se llama dignidad de la persona humana (Millán Puelles, 1978: 15).

En otro lugar, el mismo autor nos afirma:

desde el punto de vista de la filosofía práctica, la dignidad ontológica de la persona humana posee una significación esencial: la de constituir el fundamento de los deberes y derechos básicos del hombre (Millán Puelles, 1984: 465–466).

Teniendo ya presente las tres fundamentaciones mencionadas, trataremos de precisar y justificar filosóficamente, en el marco de la perspectiva realista, qué se entiende por dignidad, buscando un fundamento fuerte y objetivo a los derechos humanos.

5. Dignidad y derechos humanos

La palabra “dignidad” la podemos tomar en dos sentidos. La mayoría de las veces expresamos un sentimiento que lleva a comportarse rectamente, es decir, a obrar con seriedad. En este sentido, la dignidad es algo que no se puede, en principio, atribuir a todas las personas, sino únicamente a las que en la práctica proceden de una manera recta y decorosa. Pero otras veces, la palabra “dignidad” significa superioridad o importancia que corresponde a un ser, independientemente de la forma en que éste se comporta. Y así, cuando se habla en general de la dignidad de la persona humana, no se piensa tan sólo en el valor de los hombres que actúan rectamente, sino en que todo hombre, por el hecho de ser una persona, tiene una categoría superior a la de cualquier ser irracional (Ibíd.)

Lo importante de este último sentido, es que esa dignidad la tendrá el hombre por el solo hecho de serlo, independiente de toda situación personal,

familiar, social, política o cultural. Ahora bien, está claro que el fundamento último de esta dignidad personal del ser humano, no puede estar en el hombre mismo, ni por supuesto, en los seres inferiores a él. Es decir, debemos apelar a un fundamento trascendente y no immanente al mismo para dar razón al concepto de dignidad. En este sentido continúa el autor español,

La última razón, el fundamento radical de la categoría de la persona humana, es un ser superior a todo hombre capaz de infundir razón y libertad en la materia de que estamos hechos. Ese ser superior, que ha dado al hombre la categoría de persona al darle entendimiento y libertad, es, también él mismo, un ser provisto de categoría personal, pero no de una simple categoría personal humana, sino de la categoría personal divina. Es, por tanto, Dios (Ibíd. 21).

De este modo, vemos la relación necesaria ente orden jurídico, moral y ontológico, de manera tal, que el orden jurídico y ético encontrarán su adecuado fundamento en el orden ontológico. De lo contrario, si separamos el orden jurídico del orden moral, dejaríamos el orden ontológico, que es el que da sustento universal al derecho.

Por su parte, el filósofo alemán, Robert Spaeman, a partir de las dos grandes opiniones sobre el fundamento de los derechos humanos, a saber, si son una reivindicación que corresponde a los hombres en razón de su ser o una reivindicación que los hombres se conceden recíprocamente gracias a la creaciones de los derechos, nos introduce en el término “dignidad humana” de la siguiente manera:

El concepto mismo de dignidad humana es, como el de la libertad, un concepto trascendental. Este concepto no indica de modo inmediato un derecho humano específico, sino que contiene la fundamentación de lo que puede ser considerado como derecho humano en general.

A partir de aquí se plantea los siguientes interrogantes, a saber: ¿cómo se relacionan entre sí la dignidad humana y los derechos humanos? ¿Hay un derecho a la dignidad? ¿O es, por el contrario, la dignidad el fundamento de

todo derecho? A lo que responde que esa idea remite siempre a la noción de “fin en sí mismo por antonomasia”; no se trata aquí, aclara, de que el hombre sea el mayor fin para sí mismo, sino que es “un absoluto fin en sí mismo”. Y no puede tratarse de un mero fin para sí, porque, entre otras cosas, “si todo valor es relativo al sujeto que valora, no se puede llamar crimen a la aniquilación completa de todos los sujetos que valoran” (Spaeman, 1989, 100).

Por esto, la idea de dignidad humana encontrará su verdadera fundamentación teórica y su inviolabilidad en una ontología metafísica, es decir, en una filosofía de lo absoluto. Es decir, sólo unos principios éticos objetivos, que no dependan de los contenidos de conciencia de los demás hombres pueden fundar derechos humanos en serio, es decir, que valga la pena exigir. Por eso, afirma, “el ateísmo despoja a la idea de dignidad humana de fundamentación y, con ello, de la posibilidad de autoafirmación teórica en una civilización. No es casual que tanto Nietzsche como Marx hayan caracterizado la dignidad sólo como algo que debe ser construido y no como algo que debe ser respetado” (Ibíd., 121). Y concluye remontando su pensamiento a una clara visión trascendente donde el derecho, y en particular los derechos humanos, encontrarán su más sólido y cabal fundamento.

La presencia de la idea de lo absoluto en una sociedad es una condición necesaria, aunque no suficiente, para que sea reconocida la incondicionalidad de la dignidad de esa representación de lo absoluto que es el hombre (Ibíd., 122).

En un sentido similar a estos dos autores, podemos encontrar a J. Finnis, que en una de sus obras más importantes se pregunta,

¿No hay derechos “absolutos”, derechos que no han de ser limitados o atropellados a favor de ninguna concepción sobre la vida buena en la comunidad, ni siquiera para prevenir una catástrofe? (Finnis, 2000, 251).

A lo que responde, “... a pesar del consenso sustancial en sentido contrario, hay derechos humanos absolutos”. A partir de aquí es cuando se

puede hablar de un fundamento absoluto de los derechos humanos, y llega esta conclusión por

... una firme determinación de respetar el bien humano en la propia existencia y en la equivalente humanidad o derechos humanos de los otros, cuando ese bien humano y esos derechos humanos caen directamente bajo el propio cuidado y poder de disposición, no puede controlar o disponer sobre ellas, y no puede evaluar (Ibíd., 53).

De esta manera, recurriendo a las causas últimas y a los primeros principios, es como podemos arribar a un fundamento sólido y objetivo de los derechos humanos, a través de la dignidad humana. De lo contrario nos quedaremos con el mero fenómeno, sin poder dar razones para su reconocimiento y exigibilidad.

6. Conclusión

Por todo lo dicho y sustentados en las apreciaciones de R. Spaeman, Millán Puelles y J. Finnis, vemos que la dignidad humana debe estar fundada en el carácter ontológico de la noción de persona, y este fundamento, será el único baluarte de respeto y reconocimiento serio y objetivo de los derechos humanos, que ya no dependerá de ninguna circunstancias política, coyuntura social o legislación positiva, sino en este concepto trascendente, como el más sólido fundamento de los derechos entendidos como fundamentales.

De lo contrario, estaremos ante meros edictos de tolerancia revocables y no ante auténticos derechos humanos.

7. Bibliografía

- Atienza, Manuel. 1983. *Marx y los derechos humanos*. Madrid: Mezquita.
- Bobbio, Norberto. 1965. *El Problema del Positivismo Jurídico*. Buenos Aires: Eudeba.
- Bulygin, Eugenio. 1987. Sobre el Status Ontológico de los Derechos Humanos. *Revista DOXA* 4 (España).
- Casaubon, Juan Alfredo. 1981. *Derecho* volumen 3, *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas ARIEL.
- Casaubon, Juan Alfredo. 1984. *El Conocimiento Jurídico*. Buenos Aires: Editorial de la Universidad Católica Argentina.
- Finnis, John. 2000. *Ley Natural y Derechos Naturales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Hervada, Javier. 1996. *Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho*. En *El iusnaturalismo actual*, Editado por Carlos Ignacio Massini Correas. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Hervada, Javier. 1986. Apuntes para una exposición del Realismo Jurídico Clásico. En *Escritos de Derecho Natural*. Pamplona: EUNSA Ediciones Universidad de Navarra S. A.
- Hübner Gallo, Jorge Iván. 1977. *Panorama de los derechos humanos*. Buenos Aires: Eudeba.
- Kalinowski, Georges. 1983. Obligaciones, Permisiones y Normas. Reflexiones sobre el fundamento metafísico del derecho. *Idearium* (Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza) 8/9.
- Kalinowski, Georges. 1982. La Pluralidad Ontica en Filosofía del Derecho. En *Concepto, Fundamento y Concreción del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Massini Correas, Carlos Ignacio. 2005. *Filosofía del Derecho T. I. El Derecho, los Derechos Humanos y el Derecho Natural*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Massini Correas, Carlos Ignacio. 2008. *Los derechos humanos y la Constitución argentina reformada*. Persona y Derecho. Vol. 58. España: Universidad de Navarra.
- Massini Correas, Carlos Ignacio. 1994. *Los Derechos Humanos en el Pensamiento Actual*. 2 Edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

- Massini Correas, Carlos Ignacio. 1980. *La Desintegración del Pensar Jurídico en la Edad Moderna*. Buenos Aires: Abeledo–Perrot.
- Massini Correas, Carlos Ignacio. 1978. *Sobre el Realismo Jurídico*. Buenos Aires: Abeledo–Perrot.
- Millán Puelles, Antonio. 1978. *Persona humana y Justicia social*. Madrid: Rialp.
- Millán Puelles, Antonio. 1984. *Léxico filosófico*. Madrid: Rialp.
- Pieper, Josef. 2009. *La Realidad y el Bien. La Verdad de las Cosas*. Buenos Aires: Librería Córdoba.
- Schouppe, Jean Pierre. 1984. La Concepción Realista del Derecho. *Revista Persona y Derecho* (Pamplona, España) IX.
- Spaeman, Robert. 1989. *Lo Natural y lo Racional*, prólogo de Rafael Alvira. Madrid: Rialp.
- Vigo, Rodolfo. 1983. *Las Causas del Derecho*. Argentina: Abeledo–Perrot.

Propuestas para un sistema de citación de las decisiones de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Fernando M. Toller

Profesor Titular de Derecho Constitucional, Universidad Austral (Argentina). Director del Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional, y Director de la Maestría en Derecho (LL.M.) de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral (Argentina). Doctor en Derecho, Universidad de Navarra (España).

Resumen: Los dos órganos principales del sistema de protección de los derechos en las Américas, como son la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se expresan sobre todo por medio de decisiones de distinto género en casos contenciosos y, en el caso de la Corte, también por opiniones consultivas. La referencia y modos de citación de esas decisiones es confusa e inconsistente, no sólo en el uso que realiza la doctrina, sino aun en las citas que estos mismos órganos hacen de sí mismos. Se postula, en consecuencia, una metodología integral para la cita de sus resoluciones, con diversos ejemplos de aplicación. Para elaborar este sistema de citación se han seguido los principios de suficiencia, precisión, claridad, consistencia y simplicidad en el tratamiento de fuentes jurídicas. Se procura así contribuir a acercar el sistema interamericano a los modernos ordenamientos jurídicos internacionales y nacionales, que tienen un sistema claro y correcto de citación, así como fortalecerlo, al mejorar la accesibilidad de sus decisiones.

Palabras clave: sistema interamericano de derechos humanos; Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Corte Interamericana de Derechos Humanos; decisiones; citas y referencias de fuentes jurídicas.

Abstract: The two main organs of the system for the protection of rights in Americas, such as the Inter-American Commission and the Inter-American Court of Human Rights, express themselves mainly through different kinds of decisions in contentious cases and, in the case of the Court, also through advisory opinions. The reference and citation methods of such decisions are

confusing and inconsistent, not only in the use the doctrine makes, but also in the quotes that these organs make on their pronouncements. This article proposes, therefore, a comprehensive approach for the citation of its resolutions, with several application examples. To develop this system of quotation, this paper has followed the principles of sufficiency, accuracy, clarity, consistency and simplicity in dealing with legal sources. It seeks to contribute to bring the Inter-American system closer to modern international and national legal systems, which have a clear and flawless system of citation, and to reinforce it by improving the accessibility of their decisions.

Keywords: Inter-American human rights system; Inter-American Commission of Human Rights; Inter-American Court of Human Rights; judgments and decisions; quotations and references to legal sources.

Artículo recibido: 04/09/2012 Aceptado: 15/09/2012

Sumario

1. La cita de las decisiones en el sistema interamericano de derechos humanos: dificultades y objeto de este trabajo
2. Los problemas de las referencias que la Corte Interamericana de Derechos Humanos hace de sus propias resoluciones y sentencias
3. Propuestas de citación para las decisiones de la Corte Interamericana
4. Ejemplos de referencias a las decisiones de la Corte según el modelo que se sugiere
5. Dificultades en las referencias a las resoluciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que realiza el mismo organismo
6. Sugerencia de un modelo unificador en la citación de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos
7. Ejemplos de citas de resoluciones de la Comisión de acuerdo a la propuesta que aquí se realiza
8. Bibliografía

1. La cita de las decisiones en el sistema interamericano de derechos humanos: dificultades y objeto de este trabajo

En otros lugares me he referido a la importancia y pertinencia de un trato adecuado a las fuentes del derecho (Toller 2010, 2012). Esto, que es importante con todas ellas, sean normativas, doctrinales o jurisprudenciales, tiene un valor especial cuando se refieren a la jurisprudencia o doctrina que emanan órganos jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales nacionales o internacionales.

A este respecto conviene reparar en las peculiaridades que tienen las referencias a las fuentes de la doctrina que emanan los órganos del sistema interamericano de derechos humanos. La razón es que la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos no son siempre coherentes en las citas que hacen de sus mismas decisiones. Y esto no ocurre solamente a lo largo de los años, sino en multitud de ocasiones en una misma resolución, en notas contiguas, tanto en decisiones antiguas, como en las más recientes.

Por lo anterior, se propone aquí un sistema unificado de citación, luego de explicar las variaciones más corrientes que los propios órganos del sistema hacen de las referencias a sus propios informes, sentencias, opiniones consultivas, etc.

2. Los problemas de las referencias que la Corte Interamericana de Derechos Humanos hace de sus propias resoluciones y sentencias

Si se trata de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), la misma a veces cita los nombres de los casos en cursivas, y en otras ocasiones en letra normal, sin itálicas, obviando también las comillas. Otras veces pone todo en cursivas, incluido el número de párrafo de la afirmación a que se alude.

El modo oficial de denominar los casos y asuntos, varía llamativamente en cada proceso:

- al igual que lo que acontece con su par europea, a veces la expresión “caso” forma parte del nombre de la resolución de la Corte Interamericana, otras veces no;

- en general el tribunal nombra la decisión con nombre del presunto afectado y el del país requerido –*Caso X vs. País*–, pero en otros supuestos, sobre todo más lejanos, denomina la resolución solamente por el nombre del afectado;
- en algunos supuestos se denomina a los afectados de un modo genérico que los incluye a todos;
- existen ocasiones en que el caso no se denomina por la víctima y el Estado, sino por el asunto sustancial que se discute, y ésta es la regla, además, si se trata de una opinión consultiva, denominándola con el asunto que se está dilucidando;
- en otros momentos la Corte cita el nombre del caso, sin más alusiones, en especial en casos antiguos;
- otras veces, tras una coma o un punto, expone en cursivas o sin ellas si se trata de una resolución sobre excepciones preliminares, sobre medidas cautelares, sobre el fondo, sobre costas, sobre reparaciones, o sobre cumplimiento de sentencia, aunque en el caso original estos datos sobre la naturaleza de la resolución van entre paréntesis, luego de la fecha de la sentencia;
- las opiniones consultivas llevan la inicial de todas sus palabras, con excepción de los artículos, en general en mayúsculas, aunque no siempre es así.

Existe, asimismo, una incorrección gramatical en el modo de referir las decisiones de la Corte Interamericana. Así, normalmente la Corte pone puntos entre varios elementos de la cita de un caso, como la publicación en la colección “Serie C” o en la “Serie A”; lo mismo hace, en posición totalmente solitaria, cuando cita un caso de la Corte Europea de Derechos Humanos, pero, sin embargo, a veces a renglón seguido, cuando cita varias decisiones de este tribunal en una misma nota al pie, opta por separar con comas los elementos de la referencia.

3. Propuestas de citación para las decisiones de la Corte Interamericana

Por lo anterior, y habiéndose ya visto que el sistema de citación de la Corte Interamericana no está unificado ni es obligatorio, ni siquiera ante sus estrados, y que además contiene algunas imprecisiones e incorrecciones, se propone aquí un modelo de citación de las decisiones de la Corte, procurando tomar algunos de los elementos que la misma utiliza, unificando otros y corrigiendo algunos errores.

Debe, en primer lugar, escribirse la abreviatura del tribunal –Corte IDH–, en letra normal. Tras la usual coma, corresponde el lugar del nombre de la decisión –que suele incluir la palabra “caso”, pero sólo en el supuesto en que el propio tribunal lo haya incluido–, en cursiva. El nombre debe incluir el apellido de la presunta víctima y el Estado denunciado, salvo que el tribunal mismo haya optado por poner al caso sólo el nombre de la parte, obviando el país, o por atribuirle un nombre alusivo al problema con comillas (aunque a veces el tribunal lo hace sin comillas), más el país, obviando la víctima. Las opiniones consultivas, que tienen nombre alusivo, no llevan comillas.

En cuanto a las iniciales de las palabras que dan nombre a los casos y opiniones consultivas que aluden al *thema decidendum*, y no a partes concretas, se ha optado por una de las dos opciones que usa la Corte: que los vocablos que no sean artículos lleven iniciales en mayúsculas.

La Corte suele poner entre las partes la abreviatura “vs.”, *versus*, que debe escribirse así y no, como en inglés, “v.”. En el original de las decisiones escribe “Vs.”, pero no parece correcto.

Posteriormente, luego de otra coma, siempre que sea posible se debe aclarar, según se trate, el carácter de la decisión: si es una resolución sobre un pedido de medida cautelar, una sentencia –indicando aquí si es sobre excepciones preliminares, o sobre el fondo, o sobre reparaciones, o sobre costas–, una resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia o una opinión consultiva. Para esto conviene usar cursivas, pues viene a formar parte del nombre del caso, aunque la Corte a veces las utilice y en otras ocasiones no. Nótese que lo relativo a la naturaleza de la resolución es *muy importante*, porque hay varios casos de igual nombre que se

diferencian según sea que la Corte intervino para determinar cautelares, excepciones preliminares, el fondo del asunto, medidas de cumplimiento o ejecución de sentencia, etc., y por eso llevan entre sí distinta fecha y número de la Serie C.

Aquí se propone citar la naturaleza de la decisión tal como la Corte lo consigna en el original del caso, y no como a veces la cita el tribunal en resoluciones posteriores: es decir, se propone aquí poner el carácter de la sentencia entre paréntesis, separándolo con una coma del nombre del caso, para distinguirla del nombre del fallo, y utilizar cursivas, para ayudar a marcar el tipo de resolutorio de que se trata. Por otra parte, se ha optado por seguir la costumbre de la Corte al auto-referir sus decisiones, según la cual se coloca dicho dato luego del nombre del fallo, y no tras la fecha, como lo hace en el encabezado de los originales de sus sentencias, de modo tal que el “nombre completo” del caso, es decir, las partes y el carácter de la resolución, queden todos juntos, ayudando a su comprensión y retención.

En el caso de las opiniones consultivas, el carácter de las mismas va luego del nombre alusivo que las denomina, seguido por la sigla que las identifica y su número, que es correlativo.

Antes de seguir avanzando, conviene señalar que se ha optado por separarse del modo de auto-citarse la Corte en cuanto al uso del punto entre los distintos elementos de la referencia, por varias razones: es extraño, y no usado nunca en los diversos sistemas de citación; es confuso; es gramaticalmente incorrecto, ya que rompe la oración y nunca puede haber punto y seguido entre puntos y comas; y porque la misma Corte no lo utiliza siempre en todos los casos.

Luego corresponde consignar la fecha en formato extenso, y si fue sentencia, precedida de la expresión “Sentencia de...”, y *a posteriori* los datos del repertorio o publicación oficial donde está editado (Serie A y Serie C, si lo hubiere), con indicación del “No.” de la misma, o el URL a la página web donde esté *on line*, en caso de ausencia de la publicación oficial.

Finalmente, y si no se está aludiendo a la sentencia, resolución u opinión consultiva de la Corte Interamericana como un todo, sino a una afirmación concreta de la misma, debe consignarse el número de párrafo o

parágrafo específico de la idea, doctrina, hecho o aspecto a referir, separados siempre por comas, no por puntos (esto, aún cuando en rigor a veces un punto tenga gramaticalmente varios párrafos dentro del mismo). Para esto debe escribirse la abreviatura párr. en castellano, como hace la propia Corte. Nótese que cuando la Corte alude a varios párrafos de una resolución, pone “párr.”, aunque lo correcto es poner “párrs.”, según aquí se sugiere. En consecuencia, a diferencia de la cita de otros tribunales, no se debe referir la página concreta de la publicación donde salga oficialmente impresa, sino que lo correcto es recurrir a este sistema de “citación neutral”, como se explica al tratar en general de las citas de jurisprudencia nacional. Esto se debe tanto a que es el sistema que oficialmente usa el tribunal, como a que actualmente la publicación impresa casi no es usada, recurriéndose a fuentes *on line*, donde están más accesibles las decisiones.

Se habrá observado que se aludió a dos repertorios: Serie A y Serie C. Ambas son ediciones oficiales de la Corte. La denominación Serie A alude a la publicación *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Serie A: Fallos y Opiniones*. La abreviatura Serie C corresponde a la colección más utilizada, *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Serie C: Resoluciones y Sentencias*. Los casos y documentos de la Corte Interamericana pueden encontrarse también en el sitio *web* del tribunal, al cual se recurre mayormente en la actualidad¹. Allí se hace referencia al número de la colección de “Serie” que corresponde a cada decisión.

4. Ejemplos de referencias a las decisiones de la Corte según el modelo que se sugiere

A continuación se dan ejemplos de decisiones de la Corte, de acuerdo al sistema que aquí se propugna, que asimismo ilustran los distintos modos que se han explicado que utiliza la Corte para enunciar un asunto y las

¹ Cfr. www.corteidh.or.cr (acceso: 5-IV-2012). Otro sitio importante a estos efectos, con todo el material necesario sobre el sistema interamericano de derechos humanos, es el que le ha dedicado la University of Minnesota Human Rights Library: <http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/Siachr.html> (acceso el 23-I-2012).

distintas naturalezas que pueden revestir sus decisiones, aun con relación al mismo caso:

Cfr. Corte IDH, *Caso Cantos vs. Argentina*, (Excepciones Preliminares), Sentencia de 7 de septiembre de 2001, Serie C No. 85, párr. 29.

Cfr. Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, (Excepciones Preliminares), Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C No. 1, párr. 91.

Cfr. Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, (Fondo), Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párrs. 63-73².

Ver Corte IDH, *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C No. 98, párr. 155.

Cfr. Corte IDH, *Caso del “Tribunal Constitucional” vs. Perú*, (Competencia), Sentencia de 24 septiembre de 1999, Serie C No. 55, párr. 29.

Cfr. Corte IDH, *Caso del “Tribunal Constitucional” vs. Perú*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C No. 71.

Cfr. Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C No. 74, párr. 150.

Ver Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie C No. 151, párr. 163.

Cfr. Corte IDH, *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*, (Fondo,

2 Aquí pueden verse, en un ejemplo entre muchos, las diferencias de citación, aún para la propia Corte. Frecuentemente, la Corte alude a esta famosa resolución como Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, y en otras ocasiones, las menos, como se lo ha escrito en el ejemplo del texto, de acuerdo al sistema que aquí propone.

Reparaciones y Costas), Sentencia de 11 de mayo de 2007, Serie C No. 163, párr. 29.

Ver Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, Opinión Consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5, párr. 30.

Corte IDH, *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-9/87, 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9.

Cfr. Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 83.

Como muestra de las distintas resoluciones que pueden dictarse sobre un mismo caso por parte de la Corte Interamericana, puede servir el siguiente ejemplo:

Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo, (Medidas Provisionales)*, Resolución de 13 de septiembre de 1996, en <http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/ espanol/Stama9-13.htm> (acceso el 2-IV-2012).

Ver Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo, (Excepciones Preliminares)*, Sentencia de 31 de enero de 1996, Serie C No. 25, párr. 33.

Cfr. Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo vs. Perú, (Fondo)*, Sentencia de 17 de septiembre de 1997, Serie C No. 33, párr. 42.

Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo, (Medidas Provisionales)*, Resolución de 11 de noviembre de 1997, en http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/ loayza_se_03.pdf (acceso el 2-IV-2012).

Cfr. Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo vs. Perú, (Interpretación de la Sentencia de Fondo)*, Resolución de 8 de marzo de 1998, Serie C No. 47.

Ver Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo, (Reparaciones y Costas)*, Sentencia de 27 de noviembre de 1998, Serie C No. 42, párr. 158.

Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo vs. Perú (Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas)*, Sentencia de 3 de junio de 1999, Serie C No. 57.

Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo (Cumplimiento de sentencia)*, Sentencia de 17 de noviembre de 1999, Serie C No. 60.

5. Dificultades en las referencias a las resoluciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que realiza el mismo organismo

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) emite diversos informes, tanto sobre casos, como generales, temáticos. Si no se aclara, el informe sobre un caso es sobre el fondo; cuando es sobre la admisibilidad del mismo para configurarse como un caso ante el sistema interamericano, la CIDH lo aclara expresamente. Emite también medidas cautelares y produce otros documentos. Los informes sobre los casos se publican en los *Informes Anuales* de la Comisión y en su página *web*³.

El problema de la dispersión de modos de citación que se expusieron con relación a la Corte no sólo se mantiene, sino que se agravan en el caso de la CIDH, con una enorme dispersión de soluciones, con mucha frecuencia en un mismo informe, a nota seguida, y hasta en una misma nota, cuando se citan varios informes.

Así, a título de ejemplo de estas idas y venidas al tratar sus propias fuentes, puede hacerse el siguiente *racconto*:

- en general la Comisión usa coma tras su abreviatura, pero en ocasiones pone punto;
- a veces, en informes de hace unos años, ha puesto el nombre del organismo, sin abreviarlo, aunque en general hace lo contrario, poniendo la sigla CIDH;

3 Ver www.cidh.org/default.htm y, en inglés, www.cidh.org

- a veces consigna el número del caso, si ya fue admitido, o de la petición, si el informe es de admisibilidad, y en otras muchas omite estos datos;
- en informes anuales a veces se pone el sistema de registro de documentos de la OEA –así, por ejemplo, CIDH, *Informe Anual 2009*. OEA/SER.L/V/II. Doc.51, etc.–, pero en general se lo omite, aún en la nota siguiente a aquella donde se lo consignó;
- si un informe tiene la naturaleza de decidir si una petición es admisible dentro del sistema, se pone generalmente “Admisibilidad”, pero hay informes, recientes, donde si el resultado fue negativo se consigna “Inadmisibilidad”;
- muchas veces se pone el nombre de las víctimas que dieron nombre a la petición, pero con frecuencia omite toda referencia a las personas involucradas, consignando sólo el número de informe;
- cuando se brinda el nombre de las partes en ocasiones se inscribe el nombre de las víctimas sin cursivas, y en muchas otras, más recientes, la Comisión usa cursivas;
- a veces escribe el nombre del país contra el cual se dirige la denuncia entre paréntesis, y en otros casos lo hace sin dicho signo de puntuación;
- v a veces separa con una coma el nombre de la parte y el nombre del país, aun cuando use paréntesis para el país, pero en otras muchas ocasiones quita esa coma;
- en otras ocasiones el nombre de las partes va entre paréntesis, y el país sin paréntesis, a continuación del dato de las víctimas;
- en ocasiones la CIDH anota la fecha exacta de la emisión del informe, y hasta algunas veces figura el número de sesión de la CIDH en que fue aprobado, y en otras se da por satisfecha con el hecho de que el año de emisión del informe figura tras el número del mismo;
- a veces se alude a que está publicado en el *Informe Anual de 2002*, por ejemplo, dato que no agrega mucho puesto que el número del año coincide siempre con el año del reporte anual, y en otras se pone simplemente *Informe Anual*, con la página donde está el informe del caso, y en muchísimas ocasiones, cada vez más frecuentes conforme

se ha popularizado la *web*, no se hace alusión alguna al *Informe Anual*, sino que se sólo se alude al número y año del informe.

5. Sugerencia de un modelo unificador en la citación de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Por tanto, para unificar y simplificar este sistema, aquí se propone citar los informes de la Comisión conforme al uso más generalizado que actualmente sigue la misma, dejando de lado otros modos que el mismo organismo utiliza. Así, se postula un sistema que sigue, con alguna variación, uno de los varios esquemas que usa la propia CIDH en la actualidad, buscando un modelo que brinde todos los datos que son realmente relevantes para localizar una decisión y para recordarla.

Se trata de consignar la abreviatura de la Comisión; la palabra Informe en mayúscula y el número del mismo con la abreviatura “No.”, y, separado por una barra, los dos últimos números del año en que se lo emitió.

Si se trata de un informe sobre la admisibilidad, se lo expresa, sea positivo o negativo el resultado, al igual que si es un informe que aprueba una solución amistosa, luego de una coma y sin paréntesis ni cursivas. Es decir, el carácter de la decisión debe ir antes del nombre del caso, a diferencia de cómo se lo hace en el supuesto de la Corte Interamericana, porque los usos de ambas instituciones es opuesto en este punto. Si no se aclara si es un informe de admisibilidad o de solución amistosa, se entiende que es un informe de fondo, punto que no es necesario aclarar.

Luego de lo anterior corresponde consignar el nombre de la víctima o presunta víctima en cursivas –si son varios, el nombre de la primera va seguido de la expresión “y otros”–. Tras esto, debe referirse el país denunciado, entre paréntesis, sin cursiva y sin coma previa.

A posteriori debe figurar la fecha completa de emisión del informe; y, en su caso, el párrafo o párrafos específicos a que se quiere aludir.

Los datos de número de petición o de número de caso (que son distintos), o que está publicado en el *Informe Anual*, aunque sean interesantes, son innecesarios, y están ausentes en más de la mitad de las referencias a su doctrina que hace la propia CIDH. Por eso, aquí se propone eliminarlos

de las referencias. Sí puede ser interesante poner la URL exacta de publicación de cada informe en la página *web* de la Comisión, aunque es inusual hacerlo, y aquí no se lo sugiere como necesario.

6. Ejemplos de citas de resoluciones de la Comisión de acuerdo a la propuesta que aquí se realiza

En consecuencia, de acuerdo a lo propuesto, se exponen a continuación ejemplos de citas de informes de la Comisión, con algún supuesto de cómo debe citarse la Comisión en las versiones paralelas oficiales en inglés de sus informes:

Ver CIDH, Informe No. 69/05, Admisibilidad, *Iván Eladio Torres* (Argentina), 13 de octubre de 2005, párr. 42.

Ver CIDH, Informe No. 106/99, Admisibilidad, *Bendeck-COHDINSA* (Honduras), 27 de septiembre de 1999, párrs. 16–18.

IACHR, Report N° 32/05, Admissibility, *Luis Rolando Cuscul Pivaral and other persons affected by HIV/AIDS* (Guatemala), 7 March 2005, para. 31.

Cfr. CIDH, Informe No. 67/01, *Tomás Enrique Carvallo Quintana* (Argentina), 14 de junio de 2001, párr. 54.

CIDH, Informe No. 11/96, *Martorell* (Chile), 3 de mayo de 1996.

Ver CIDH, Informe No. 39/96, *Marzioni* (Argentina), 15 de octubre de 1996, párrs. 50–51.

Cfr. CIDH, Informe No. 71/03, Solución Amistosa, *María Mamérita Mestanza Chávez* (Perú), 3 de octubre de 2003.

CIDH, Informe No. 72/11, Admisibilidad, *William Gómez Vargas* (Costa Rica), 31 de marzo de 2011.

7. Conclusiones

Los principios generales para la cita de fuentes jurídicas son, de acuerdo a lo que correctamente han venido postulando el *Maroonbook*, el manual de citación jurídica de Chicago (The University of Chicago Law Review 2010, vi), y la *Australian Guide to Legal Citation* (Melbourne University Law Review Association 2010, xiii), los principios de suficiencia, precisión, claridad, consistencia y simplicidad.

De acuerdo a estos principios, y en concordancia con lo que se ha postulado en los epígrafes 2 a 7, de seguirse el esquema de tratamiento de las citas de las resoluciones de la Comisión y de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos que aquí se postula, se tendría un modelo uniforme, completo, claro, a la vez que consigne sólo los datos necesarios para identificar una decisión. Y esto es una contribución, pequeña pero concreta, para acercar el sistema interamericano a los modernos sistemas jurídicos internacionales y nacionales, que cuentan con metodologías claras de citación, así como para su fortalecimiento, mejorando la accesibilidad de sus fuentes de decisión y de conocimiento.

8. Bibliografía

Melbourne University Law Review Association. 2010. *Australian Guide to Legal Citation*. 3rd ed., Melbourne University Law Review Association Inc.: Melbourne, y mulr.law.unimelb.edu.au/go/AGLC3

The University of Chicago Law Review. 2010. *The University of Chicago Manual of Legal Citation. The Twentieth Anniversary Edition*. 3rd rev. ed. S/I: The University of Chicago. http://lawreview.uchicago.edu/resources/77_Maroonbook.pdf

Toller, Fernando M. 2010. Relevancia y sentido del buen trato a las fuentes del Derecho en la escritura jurídica. *Dikaion. Revista de Fundamentación Jurídica* 19 (2010–2): 489–511. <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1790/2316>.

Toller, Fernando M. 2012. *Sistema de citas y pautas de redacción en Derecho*. Madrid–Barcelona–Buenos Aires: Marcial Pons.

Noticia de los autores

Dossier

Luis Andrés Roel Alva

Abogado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Diplomado en Derechos Humanos y Derecho Procesal Constitucional por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú). Programa de Estudios Avanzados en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario en American University Washington College of Law (Estados Unidos). Autor de varios artículos sobre Derecho Constitucional publicados en Perú.

Björn Arp

Profesor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Alcalá (España). Socio de la firma Aparicio, Arp, Schamis & Associates LLC, especializada en Derecho internacional público, Washington, D.C. (Estados Unidos).

Agustín Parma

Abogado por la Universidad Nacional de Cuyo (Mendoza, Argentina), Diplomado en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales por Instituto Universitario Ortega y Gasset (España), Candidato a Doctor por Universidad Complutense de Madrid (España).

Irene Victoria Massimino

Abogada por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata (Argentina). Maestría en Leyes “American Law for Foreign Lawyers”, Miembro de la Lista de Honores del Decano de la Facultad de Derecho, Becaria de la Indiana University School of Law (Estados Unidos). Maestría en Derechos Humanos “MA in Understanding and Securing Human Rights”, Becaria de la School of Advanced Study, University of London (Reino Unido). Ha participado en numerosas conferencias y seminarios en materia de Derechos Humanos.

Emmanuel Soriano Morales

Licenciado en Ciencias de la Comunicación con especialidad en Comunicación Organizacional por la Universidad Nacional Autónoma de México (México). Desde 2006 colabora en ednica I.A.P., Institución de Asistencia Privada que trabaja con niñez, adolescencia y juventud en situación de calle en México. Actualmente es Coordinador de Rayuela, Revista Iberoamericana sobre Niñez y Juventud en Lucha por sus Derechos.

Astrid Osorio Álvarez

Abogada por la Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín (Colombia). Candidata a Magister en Derechos Humanos en la Universidad Nacional de La Plata (Argentina). Co-fundadora del grupo de Estudio en Derechos Humanos y preparación para concursos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana (Colombia). Miembro del grupo de casos de alto impacto en derechos humanos y del semillero de investigación en Mujeres y Niñez de la misma universidad. Ponente en el Sexto Congreso de Investigación Cualitativa, University Illinois, Urbana, "Ejecuciones Extrajudiciales dentro de la Política de Seguridad democrática", 2010. Participante del Concurso Interamericano de Derechos Humanos American University, 2011, edición 16° como representante de víctimas y como Juez en su 17° edición, 2012. Miembro de la academia de derechos humanos de American University, en los cursos de Litigio Internacional y Derecho Internacional Humanitario.

Santiago Maqueda Fourcade

Abogado y Magister en Derecho Administrativo por la Universidad Austral (Buenos Aires, Argentina). Relator de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Buenos Aires, Argentina). Profesor ayudante diplomado de Derecho Constitucional II y Derecho Administrativo II, Universidad Austral (Buenos Aires, Argentina).

C. Ignacio de Casas

Abogado por la Universidad de Mendoza (Argentina). Diplomado en Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Collège Universitaire Henry

Dunant (Ginebra, Suiza). Cofundador y Vicepresidente del CLADH. Profesor ayudante diplomado de Derecho Constitucional II, Universidad Austral (Buenos Aires, Argentina).

Artículos

Carlos Manuel Rosales

Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (México). Diplomado por la Universidad de Heidelberg (Alemania). Estudios de Maestría y Doctorado en Derecho por la Universidad de Chile (Chile). Ha participado en varias conferencias, cursos y seminarios, autor de numerosos artículos. Entre sus publicaciones más recientes se destacan: “Principios y valores dogmáticos electorales”, Revista General de Derecho Público Comparado, No. 8, Ed. IUSTEL, España, 2010; Voces: “Justicia Electoral” y “Tribunal Electoral”, Tomos II y III del Diccionario Histórico Judicial de México, Ed. SCJN, México, 2011; “Libre valoración de la prueba en materia electoral” editado por la UNAM, 2012, entre otras.

María Lucía Arreguín Ponce

Licenciada en Derecho por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo (Morelia, Michoacán, México).

Fernando Adrián Bermúdez

Abogado y Profesor de Grado Universitario en Ciencias Jurídicas. Egresado de las Facultades de Derecho y Filosofía y Letras de la Universidad Nacional de Cuyo (Mendoza, Argentina). Doctorando en Derecho, mención Filosofía Jurídica por la Universidad Nacional de Cuyo. Docente de Filosofía del Derecho en la Universidad Nacional de Cuyo y Universidad de Mendoza (Mendoza, Argentina). Tutor en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo. Investigador Becario de la Secretaría de Ciencia Técnica y Posgrado de la Universidad Nacional de Cuyo. Jefe de Asesores Letrados de la Delegación Arquidiocesana de Pastoral Migratoria. Arzobispado de Mendoza. Representante por la Argentina en el Encuentro Continental La-

tinoamericano de Pastoral de las Migraciones. Organizadas por el Pontificio Consejo para la Pastoral de los Emigrantes e Itinerante del Vaticano y la Sección de Movilidad Humana del CELAM, en Bogotá, Colombia, el día 18 de noviembre de 2010. Conferencia Episcopal Argentina, Fundación Comisión Católica de Migraciones de Argentina (FCCAM). Título de la exposición “Los Trabajadores Migrantes en la Argentina”. Investigador y consultor del Instituto de Estudios para la Transformación del Estado y la Sociedad (ITES) y del Instituto Argentino de Relaciones Internacionales (IARI).

Fernando M. Toller

Profesor Titular de Derecho Constitucional, Universidad Austral (Buenos Aires, Argentina). Director del Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional, y Director de la Maestría en Derecho (LL.M.) de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Doctor en Derecho, Universidad de Navarra (España).

SISTEMA DE SELECCIÓN DE TRABAJOS E INSTRUCCIONES
A LOS AUTORES PARA PUBLICAR EN

Revista Internacional de Derechos Humanos

Sistema de selección de trabajos

Los trabajos que a juicio del Comité Científico Editorial respondan a la temática de la publicación propuesta y reúnan los requisitos formales previstos, serán enviados para su evaluación a dos miembros del Comité de Evaluación (especialistas en la materia), quienes los juzgarán. Si ambos asesores emiten opinión favorable, se incluirá el trabajo en el plan de publicación. Si las opiniones resultan divergentes, se consultará a un tercer miembro del Comité de Evaluación.

El Comité Científico Editorial se reserva el derecho de realizar invitaciones especiales a personalidades destacadas.

El envío de los trabajos para esta obra implica una autorización de los autores para su publicación en la versión impresa y su permanencia en la publicación en línea por tiempo indefinido.

Pautas para la presentación de trabajos

Los trabajos deben ser inéditos y referidos a la temática propuesta. Deberán incluir un resumen y palabras clave, tanto en español como en inglés, y ajustarse a las normas de citación adoptadas por esta publicación. No podrán ser enviados para evaluación a otra publicación mientras dure el proceso de selección.

Tendrán un máximo de 6.000 palabras, incluyendo resumen, *abstract*, palabras clave, *key words*, notas y bibliografía. El Comité Científico Editorial se reserva el derecho de admitir excepciones en cuanto a la extensión de los trabajos.

Resúmenes

Cada artículo será acompañado de un resumen en español y su traducción al inglés que deberán ser resueltos en un máximo de 150 palabras cada

uno. El resumen es una representación abreviada del contenido de un artículo, del que sólo se menciona la idea y los puntos principales. Debe caracterizarse por su brevedad, exactitud y claridad, evitando la redundancia.

Palabras clave

Se requieren para definir con precisión la temática del artículo con hasta 5 palabras clave (pueden ser un término o un concepto descriptor), separadas por punto y coma, y también deberán traducirse al inglés. Ejemplo de cinco palabras clave: migración; Derechos Humanos; América Latina; desigualdad; Unión Europea. Ejemplo de *Keywords*: migration; Human Rights; Latin America; inequality; European Union.

Normas de citación

Esta publicación ha adoptado la forma concisa dentro del Estilo Chicago de Citación (autor–fecha), la misma se compone de dos partes: la primera es la cita abreviada entre paréntesis en el texto y la segunda, una lista de referencias al final del trabajo.

Recomendamos consultar la lista de los ejemplos más comunes en el sitio web de la revista <www.revistaidh.org.ar>, si se presentara un caso fuera de los ejemplos, puede consultarnos enviando un correo a <contacto@revistaidh.org.ar> o directamente en el sitio web de *Chicago Manual of Style 16th edition*, <www.chicagomanualofstyle.org>.

El criterio principal de esta norma es proveer la información suficiente para guiar al lector hacia las fuentes utilizadas, hayan sido publicadas o no, impresas o electrónicas, e individualizar correctamente a los autores citados.

Deben ser enviados dos archivos adjuntos a <contacto@revistaidh.org.ar> El primero, correspondiente al documento del trabajo y, el segundo, conteniendo los datos personales, de contacto, un currículum abreviado y su filiación institucional. El remitente recibirá una confirmación de la recepción del envío por la misma vía.



Se terminó de

componer e imprimir en

diciembre de 2012 en Editorial Qellqasqa, Toso 411

San José de Guaymallén Mendoza, República Argentina.

Composición de María Eugenia Sicilia & Gerardo Patricio Tovar

editorial@qellqasqa.com.ar

www.qellqasqa.com.ar

Georgina Alejandra Guardati

Editorial

Ángel G. Chueca Sancho

Indivisibilidad de los derechos humanos y no devaluación de los derechos económicos, sociales y culturales

Dossier / DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Luis Andrés Roel Alva

El derecho al comparto de beneficios económicos de los pueblos indígenas

Björn Arp

El Banco Mundial y los derechos económicos, sociales y culturales de las personas afectadas por sus proyectos

Agustín Parma

La importancia de los fallos que reconocen derechos económicos, sociales y culturales como realización social efectiva en la teoría de la justicia

Irene Victoria Massimino

La operatividad de la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo

Emmanuel Soriano Morales

El Estado negado: balance de los derechos económicos, sociales y culturales en México en el marco de la Estrategia de Seguridad de Felipe Calderón

Astrid Osorio Álvarez

La realización plena de los derechos económicos, sociales y culturales, una aspiración insatisfecha: a propósito de las personas privadas de la libertad

Santiago Maqueda Fourcade y C. Ignacio de Casas

El derecho a la salud y el derecho al agua potable y al saneamiento. Estudio de sus relaciones mutuas y de su protección internacional, con especial análisis de sus implicancias para los pueblos indígenas

Artículos

Carlos Manuel Rosales y María Lucía Arreguín Ponce

Perspectiva de los derechos político–electorales conforme a la reforma constitucional de los derechos humanos en México

Fernando Adrián Bermúdez

Precisiones iusfilosóficas acerca del fundamento de los derechos humanos

Fernando M. Toller

Propuestas para un sistema de citación de las decisiones de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

www.revistaidh.org / www.cladh.org



CLADH |

Centro Latinoamericano
de Derechos Humanos



UNIVERSIDAD
DE ZARAGOZA