

La protección de los derechos económicos, sociales y culturales, DESC, en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos

LUÍS ALFONSO FAJARDO SÁNCHEZ*

Fecha de recepción: 31 de mayo de 2005

Fecha de aprobación: 14 de julio de 2005

RESUMEN

En el contexto de pobreza y exclusión de los ciudadanos y ciudadanas de los países del Sur, una de las herramientas que se presenta con mucha fuerza para restablecer la igualdad, crear oportunidades y posibilitar los mínimos requisitos de la dignidad humana, son los Derechos económicos, sociales y culturales. Estos derechos no han sido desarrollados en su totalidad, si bien algunos instrumentos internacionales los han consagrado proporcionando pautas para que cada Estado implemente los dispositivos requeridos para lograr este anhelo.

Este documento no tiene otra pretensión que aportar unas reflexiones sobre este tema. Para tal fin, se dividirá en tres partes: en primer momento se realizará una breve reseña sobre el estado actual de los DESC en contexto internacional, para presentar posteriormente una introducción de los mecanismos legales internacionales que prevén la protección judicial de estos derechos. Por último abordaremos el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sus principales instrumentos de protección, analizando algunos estudios de caso.

PALABRAS CLAVE

Sistema interamericano, Derechos económicos, sociales y culturales.

* Profesor investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás. Un Agradecimiento especial a la abogada e investigadora Luisa Fernanda García Lozano, diplomada en *"Defensa de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario ante las Cortes y Tribunales Internacionales: Sistema Interamericano y Corte Penal Internacional"* de la Universidad Santo Tomás, por sus valiosos aportes y sugerencias.

ABSTRACT

In the ambience of poverty and exclusion of the developing counties citizens, one of the stronger tools in order to recover the equality, create opportunities and make possible the minimum requirements of the human dignity are the economical, social and cultural rights. These rights have not been completely developed, but some international rules had ratified them, giving guides in order each State implement the necessary devices to achieve this longing.

This document has not order intention that contribute with some reflections about the subject. It will be presented in three parts: first, we perform a brief review of the current status of the economical, social and cultural rights in the international environment, then we will perform an introduction to the international legal mechanisms that seek the judicial protection of these rights and, finally, we will see the Interamerican system of human rights and their main instruments of protection, analizing some cases.

KEY WORDS

Interamerican system, economical, social and cultural rights

1. Los DESC en el contexto internacional

El 4 de septiembre de 2002, finalizaba en Johannesburgo (Sudáfrica), sin ningún acuerdo y mínimas esperanzas para el 75% de la humanidad que se debate en la pobreza, la tan promocionada Cumbre mundial sobre el desarrollo sostenible, donde los dirigentes de los países del Norte manifestaron su poco interés por la suerte de los llamados países del Sur.

Las conclusiones de los cientos de documentos presentados a la cumbre ilustran sobre la desigualdad que persiste en beneficio de los países del Norte. Así, a escala mundial, el 20% de los seres humanos que vive en los países más ricos reparte el 86% del consumo privado total, frente al 1,3% para el 20% que vive en los países más pobres. Los primeros consumen o disponen del 45% de la carne y el pescado (frente al 5% para los segundos), del 58% de la energía mundial (contra el 4%), del 84% del papel utilizado (contra el 1,1%) del 87%

de los vehículos (frente a menos del 1%), del 74% de las líneas telefónicas (frente al 1,5%), etc.

En 1960, aseguran los expertos, el 20% de la población mundial que vivía en los países más ricos tenía una renta 30 veces superior a la del 20% que vivía en los países más pobres. En 2002, su renta es 82 veces superior». Esta brecha parece todavía más espectacular si se relaciona la miseria de la mayoría de la humanidad con los bienes acumulados por un puñado de privilegiados: la fortuna de las 3 personas más ricas del mundo sobrepasa el Producto Interno Bruto (PIB) acumulado de los 48 países más pobres; la fortuna de los 15 más ricos iguala la producción de toda el África Subsahariana; el patrimonio de los 32 más ricos es superior al PIB del Sudeste Asiático; los bienes de los 84 más ricos sobrepasan el de China con sus 1.200 millones de habitantes. En la otra punta de la escala «cerca de 1.300 millones de personas viven todavía con menos de un dólar por día (...) y cerca de 3.000 millones con menos de 2 dólares por día.

Hay, sin embargo, algo todavía más preocupante: según los informes proporcionados por el Banco Mundial para el año 2005 “el 10 % más rico de los individuos recibe entre el 40 y el 47% del ingreso total en la mayoría de las sociedades latinoamericanas, mientras que el 20% más pobre recibe solo del 2 al 4%”, las desigualdades con respecto a la educación, salud, agua, sanidad, electricidad y telefonía son correlativas al factor ingreso, por ejemplo en Guatemala “en un hogar viven 4.5 personas en un cuarto, comparado con un 1.6 en otro hogar, en el primero existe la probabilidad del 57% de tener agua potable y 49% de tener acceso a la electricidad, mientras que las probabilidades correspondientes para el segundo hogar son del 92 y el 93% respectivamente.

El acceso a la educación, a pesar de ser un servicio público es limitado, por ejemplo en México “la persona promedio más pobre de la población tiene 3.5 años de escolaridad”, y en Bolivia “los años promedio de escolaridad para personas de 61 años o más de edad son 4.1 para hombres y 2.4 para mujeres”

UNICEF nos presenta una cifra estremecedora: cada dos segundos muere un niño en el mundo como consecuencia del hambre, las enfermedades, la marginalidad y la violencia. En países como Brasil, “los niños que nacen en los hogares del quintil más pobre de la población tienen una probabilidad 3 veces mayor de morir antes de que alcancen los 5 años de edad, respecto los niños que nacen en los hogares del quintil más rico”, y en Bolivia se registra una mortalidad infantil del 146.5 x 1000 en los sectores más pobres, estos indicadores se presentan a raíz a las dificultades del acceso entorno al tema de salud.

Así marchan los DESC en el mundo global y Latinoamericano. El debate actual sobre la globalización

tiene que ver inicialmente con las grandes posibilidades de las comunicaciones. La “aldea global” ha permitido que el capital traspase las fronteras, los negocios viajan a velocidades nunca imaginadas, ¿pero los procesos de globalización del capital han venido acompañados de la globalización del bienestar y de los derechos humanos? La respuesta, según los informes de todas las organizaciones internacionales de derechos humanos y democracia es un rotundo ¡No!

2. Los estados frente a los DESC

Los DESC pueden ser considerados la cenicienta de los derechos. Su desarrollo histórico es antiguo, pero sus garantías han sido menores que aquellos derechos surgidos a la luz de la tradición liberal. Durante la época de la llamada “Guerra fría” los bloques también se diferenciaban en el énfasis que hacían sobre ciertos derechos. El llamado bloque capitalista impulsó y dio vida al Pacto internacional de derechos civiles y políticos, mientras que el bloque socialista hizo lo mismo con el Pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales. Uno de los puntos de partida para superar estas historias paralelas y concebir un solo tipo de derechos es reafirmar las conclusiones de la Conferencia de Viena: *Todos los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados entre sí.*

La plena realización de los DESC constituyen obligaciones para los Estados, obligaciones que según los expresan los textos internacionales relativos al tema, se deben cumplir de manera progresiva. Esta progresividad no implica, como lo ven algunos gobiernos, su imposibilidad de ser justiciables, es decir, reclamables por vías judiciales.

Los Estados tienen cuatro obligaciones fundamentales en relación con los DESC¹.

1 En la Jugada de los DECS. Bogotá: Plataforma Sudamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, 1999, p. 10.

- a. *Obligación de respeto:* el Estado no debe interferir en la libertad de acción y uso de los recursos propios de cada individuo o de las colectividades, en aras de autosatisfacer sus necesidades económicas y sociales. Los Estados deben abstenerse de prácticas que afecten tales derechos y libertades y, de otro lado, deben promover iniciativas que incluyan la participación efectiva de los grupos afectados. Concertar las políticas públicas y la puesta en marcha de proyectos de desarrollo es uno de los deberes de los Estados.
- b. *Obligación de protección:* el Estado debe prevenir las posibles violaciones a los derechos humanos o la restricción de las garantías por acción de terceros que debido a intereses económicos afectan los derechos de las comunidades. Esta obligación implica la creación de recursos legales, judiciales, administrativos y políticos para evitar la violación, pero en caso de producirse, que la persona afectada pueda obtener reparación por la violación cometida. En este sentido, el Estado debe prevenir cualquier tipo de discriminación que impida el acceso de todos los ciudadanos a los DESC. El acceso a la justicia significa la posibilidad de todo ciudadano de exigir y reclamar, de manera efectiva, ante el Estado o los particulares, el respeto por sus derechos y la posibilidad de obtener reparación de ellos.
- c. *Obligación de satisfacer:* esta obligación de carácter positivo que consiste en adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que todos los ciudadanos puedan satisfacer de manera efectiva, equitativa y justa todos y cada uno de los derechos humanos reconocidos en los ordenamientos nacionales y en los tratados internacionales. En este sentido, se deben impulsar las medidas tributarias y fiscales que garanticen en poco tiempo la redistribución del ingreso, la justicia redistributiva, medidas de regulación de las economía, medidas de discriminación positiva hacia los sectores históricamente más desfavorecidos, en pocas palabras, hacer realidad el Estado social de derecho.
- d. *Obligación de sancionar:* esta obligación implica la posibilidad efectiva de sancionar a funcionarios públicos o particulares por la violación de los DESC. Las sanciones penales y disciplinarias deben ser públicas y efectivas. En América Latina en general y en Colombia en particular, la corrupción supera casi el 1% del PIB, lo cual va en detrimento de las inversiones sociales tan necesarias en nuestros países.

3. Protección de los DESC en los sistemas regionales de derechos humanos

a. Sistema ONU

Además de los instrumentos reconocidos por la organización de las Naciones Unidas, por ejemplo la Declaración universal de derechos humanos, donde se consagran como derechos humanos: el derecho a la seguridad social; el derecho al trabajo y a un salario digno y equitativo; el derecho a crear y participar en organizaciones sindicales; el derecho a tener un nivel de vida que permita el bienestar, la salud, la alimentación el vestido, la vivienda; se proclama la protección especial en caso de desempleo o discapacidad de las familias y su forma de subsistencia, se proclama una y otra vez la necesidad de un orden social justo que garantice el disfrute de todos los derechos.

El Pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales tiene como objetivo fortalecer el cumplimiento de los Estados frente a los DESC, proclamados en la Declaración universal de derechos humanos. Para supervisar el cumplimiento del PIDESC se estableció el Comité de derechos eco-

nómicos sociales y culturales. Hacen parte del Comité 18 expertos independientes quienes tienen a su cargo el estudio sobre los avances de las garantías de los DESC. Los Estados parte del pacto presentan informes periódicos. Estos son analizados por los miembros del Comité, quienes presentan un informe al Consejo económico y social de la ONU – ECOSOC. Los informes de los Estados deben contener el desarrollo de sus compromisos, sus planes a corto, mediano y largo plazo y los recursos que invertirá en el cumplimiento de dichos planes. El Comité recibe informes de otras fuentes como ONG que trabajan en este campo y de otras entidades intergubernamentales. El Comité emite entonces una serie de recomendaciones a los Estados para superar las dificultades que impiden el pleno cumplimiento del PIDESC.

b. Sistema africano: la Carta africana de derechos humanos

África ha querido en su Carta hacer especial énfasis en la reivindicación del derecho al desarrollo. Muestra de ello es la fuerte oposición que realizaron a los planteamientos de los países desarrollados en la última Cumbre social. Menciona la carta la indivisibilidad de los derechos civiles y políticos y de los DESC. Afirman que los DESC son una garantía para el ejercicio de los derechos civiles y políticos.

La Carta africana de los derechos del hombre y de los pueblos, aprobada el 27 de junio de 1981, es tal vez uno de los instrumentos regionales de protección de los derechos humanos que con mayor fuerza defiende los derechos colectivos, el medio ambiente, el derecho a la autodeterminación de los pueblos; se manifiesta contra la colonización y el avasallamiento de un pueblo por otro y proclama la liberación de toda África de cualquier forma de dominación, pretende eliminar los monopolios in-

ternacionales extranjeros y busca satisfacer las condiciones de vida digna

La Carta africana de derechos humanos y de los pueblos es el único tratado que ha reconocido de manera explícita el derecho al desarrollo, vinculando de esta manera a los Estados africanos que son parte de la Carta. En este sentido, el artículo 22 establece que:

1. "Todos los pueblos tendrán el derecho a su desarrollo económico, social y cultural con el debido respeto a su libertad e identidad y el mismo disfrute de lo que es común a la humanidad.
2. Los Estados tendrán la obligación individual o colectivamente de asegurar el ejercicio del derecho al desarrollo"

c. Sistema europeo

El Consejo europeo adopta en 1961 la Carta europea, en donde se consagran los derechos económicos y sociales. El desarrollo normativo tiene como eje la protección de los trabajadores (parte II artículo 1 al 19), en donde se encuentran derechos como: acceso al empleo, libertad de escoger profesión u oficio, remuneración equitativa para el sostenimiento del trabajador, entre otros.

Para el Consejo europeo los derechos económicos y sociales se gestan a partir de la protección del derecho al trabajo. Los derechos culturales versan sobre el derecho a la educación, por lo tanto, se consideró que los derechos económicos, sociales y culturales no debían ser adoptados en su totalidad por la convención de 1950, sino que cada país debía rendir informes sobre el cumplimiento de la Carta a un comité de expertos independiente².

² Basado en documento escrito por el profesor Alirio Uribe, abogado del Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, para el diplomado "Defensa de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario ante tribunales y cortes internacionales (Sistema Interamericano y Corte Penal Internacional). Desarrollado en la Universidad Santo Tomás en los meses de mayo y junio de 2005.

4. El sistema interamericano de derechos humanos

La Convención Americana de Derechos Humanos señala en su preámbulo que «*sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos*». Al respecto, la Comisión interamericana de derechos humanos, señaló recientemente que: “*los requerimientos del derecho humano a una vida digna trascienden los contenidos igualmente fundamentales del derecho a la vida (entendido en su sentido más estricto), del derecho a la integridad personal, del derecho a la libertad personal, de los derechos relacionados con el sistema de democracia representativa y de los demás derechos civiles y políticos*”; el sistema regional ha desarrollado parte de la Convención americana y de su Protocolo adicional de San Salvador dentro del siguiente marco:

a. Mecanismos políticos de garantía de los DESC: menos armas más desarrollo social

Uno de los aspectos más relevantes de la OEA es su preocupación por el tema de la limitación de los gastos militares, en desarrollo de los principios enunciados en el artículo 2º de la Carta constitutiva de la organización, que tiene como horizonte las relaciones armónicas, la paz y la seguridad de la región. La consolidación de estos principios se ha desarrollado en lo que se ha denominado “Medidas de fomento de la confianza y la seguridad en las Américas”. En 1991 se aprobó el Compromiso de Santiago con la democracia y la renovación del sistema interamericano para iniciar un proceso de reflexión conjunta sobre la seguridad y el desarme “*a fin de dedicar un mayor numero de recursos al desarrollo económico y social de los Estados miembros*”.

Este propósito ha sido reiterado en varias Resoluciones de la Asamblea general: AG/RES. 1179 (XXII-O/92), AG/RES. 1237 (XXIII-O/93), AG/RES. 1284 (XXIV-094), AG/RES. 1288 (XXIV O/94), AG/RES. 1353 (XXV-O/95), AG/RES. 1409 (XXVI-O96) y últimamente fue aprobada en la cuarta sesión plenaria celebrada el 4 de junio de 2002 la Resolución AG/RES. 1887 (XXXII-O/02).

Estos documentos reconocen “*que la aplicación de medidas de fomento de la confianza y la seguridad contribuye a la creación de un entorno favorable para la efectiva limitación de armamentos convencionales que permita dedicar el mayor número de recursos al desarrollo económico y social de los Estados miembros, uno de los propósitos esenciales de la OEA*”.

Sin embargo, un reciente estudio de la Red continental por el desarme y la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio, concluye que nunca en la historia se había dado un incremento tan alto en los gastos militares de los países de la región. Señala los casos de Panamá, Venezuela, Colombia, Chile, Argentina, USA, Canadá, Perú y Ecuador como los más preocupantes. La regionalización del conflicto armado en Colombia y la lucha contra el narcotráfico han sido algunos de los factores que han expuesto los gobernantes de estos países para aumentar sus gastos militares.

No existe todavía un estudio que nos muestre el incremento en los gastos militares de la región después del trágico 11 de septiembre de 2001, pero es de suponer que debe ser un porcentaje significativo. La lucha contra el terrorismo se ha convertido en la prioridad en la agenda, no solo de la región, sino del mundo entero. Así las cosas, exigir el cumplimiento de las Resoluciones sobre el fomento de la confianza y la seguridad se convierte en una herramienta para el desarrollo y la protección de los DESC en el Sistema americano de protec-

ción de los derechos humanos, algo así como un mecanismo político de protección de los DESC.

b. Un largo camino: el Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos económicos, sociales y culturales - "Protocolo de San Salvador"

La visión tradicional de la CIDH durante los primeros años de existencia y bajo la influencia de la "teoría de la dependencia", veía a los DECS más como consecuencia del desarrollo económico que como valores en sí mismos, es decir, se tenía la certeza que a un mayor desarrollo en los países americanos serían mayores los niveles de protección de los DECS.

Estos postulados, que sirvieron para colocar en la Agenda de los países de la OEA el tema de la pobreza y la inequidad en las relaciones internacionales, se superaron dando lugar a una conceptualización integral de los derechos. Ya la Carta de la OEA, en el artículo 33, establece:

"Que la igualdad de oportunidades, la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral".

La reafirmación de estos principios se encuentra expresa en la Convención americana sobre derechos humanos en su artículo 1, donde obliga a los Estados parte a:

"Respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

La resolución de la Asamblea general de la OEA AG/RES.1213 (XXIII-0/93) hace un llamado a la Comisión a que "*continúe dedicando especial atención al campo de los Derechos económicos sociales y culturales con el fin de contribuir al desarrollo de los Estados miembros*", además, expresa que:

"Sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la pobreza, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos..."

Al respecto, la Comisión señaló recientemente:

"Ciertamente, los requerimientos del derecho humano a una vida digna trascienden los contenidos igualmente fundamentales del derecho a la vida (entendido en su sentido más estricto), del derecho a la integridad personal, del derecho a la libertad personal, de los derechos relacionados con el sistema de democracia representativa y de los demás derechos civiles y políticos".

Veamos el artículo 26 de la misma Convención donde se establecen los principios del desarrollo progresivo de los DESC:

"Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos".

La Convención americana de derechos humanos había reconocido derechos tales como el derecho a trabajar y recibir justa retribución, el derecho al descanso y a su aprovechamiento, el derecho a la seguridad social, el derecho a la salud y al bienestar y el derecho a la educación.

La Comisión reconoce en forma expresa “*la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros*”.

El profesor Antonio A. Cançado Trindade ha señalado:

*“La denegación o violación de los derechos económicos, sociales y culturales, materializada, por ejemplo, en la pobreza extrema, afecta a los seres humanos en todas las esferas de su vida (inclusive civil y política), revelando así de modo evidente la interrelación o indivisibilidad de los derechos humanos. La pobreza extrema constituye, en última instancia, la negación de todos los derechos humanos. ¿Cómo hablar del derecho a la libre expresión, sin derecho a la educación? ¿Cómo concebir el derecho a entrar y salir (libertad de circulación), sin derecho a una vivienda? ¿Cómo contemplar el derecho a una libre participación en la vida pública, sin derecho a alimentarse? ¿Cómo referirse al derecho a la asistencia jurídica, sin tener presente, al mismo tiempo, el derecho a la salud? Y los ejemplos se multiplican. En definitiva, todos experimentamos la indivisibilidad de los derechos humanos en la cotidianidad de nuestras vidas y ésa es una realidad que no puede ser dejada de lado. Ya no hay lugar a la compartmentación, se impone una visión integrada de todos los derechos humanos”*³.

A pesar de estos avances, es el “Protocolo de San Salvador” o “Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de

derechos económicos sociales y culturales”, aprobado por la Asamblea general de la OEA en 1988, por su reciente entrada en vigor⁴, la herramienta que posibilita una mayor protección de los DESC ya que es específico y su poder vinculante frente a los Estados es mayor. El artículo 1 del PSS expresa el compromiso, pero igualmente, los límites:

“Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de sus recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, con el fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el protocolo”.

c. **¿Principio de desarrollo progresivo o cláusula de evasión de las responsabilidades por parte de los Estados?**

El Principio del desarrollo progresivo no puede significar que los gobiernos no tengan una obligación inmediata de desarrollar todos los esfuerzos en el plano económico y legislativo de asegurar el pleno disfrute de los DESC a sus ciudadanos. El avance material debe ser gradual y constante hacia este objetivo.

Este principio es consecuente con el desarrollo económico de América Latina, que como lo viene señalando el FMI desde 1993, es la región del mundo con la distribución de riqueza más desigual. Los informes señalan que el 20% más pobre de la población de América Latina y el Caribe recibe el 4% del ingreso nacional, mientras que el 10% más rico recibe el 43% del ingreso. El PNUD ha mostrado que a pesar de ser América Latina una de las

³ CANÇADO TRIDANTE, Antonio Augusto. Estudios sobre derechos humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994.

⁴ El PSS fue suscrito el 17 de noviembre de 1988, y no entró en vigor hasta el 16 de noviembre de 1999, cuando la Secretaría general de la OEA recibió la 11^{ta} ratificación.

economías emergentes más importantes, los países de la región presentan algunos de los contrastes más notorios entre las diferentes clases sociales y en ellos viven millones de personas por debajo de la línea de pobreza.

El principio de progresividad es analizado en los informes periódicos que los Estados deben presentar ante la CIDH a partir de 1993. La Comisión ha solicitado a los Estados miembros informes sobre las medidas aplicadas al desarrollo de los DESC, igualmente las ONG han hecho llegar sus informes para que la Comisión disponga de varias fuentes y así pueda realizar mejor la labor de monitoreo sobre el cumplimiento de las obligaciones de los Estados parte.

Uno de los puntos de la Agenda en el periodo 1983 – 1988, espacio de discusión del Protocolo de San

Salvador, fue justamente el carácter progresivo para la plena garantía de los DESC. Al final, se logró concertar con los Estados que el desarrollo de este principio sería abordado de acuerdo con el desarrollo de cada uno de los países que suscribieran el Protocolo y no bajo criterios generales. Se recordó igualmente que el desarrollo progresivo no puede ser interpretado desde ningún punto de vista para justificar la regresión de las garantías existentes en los países miembros, es decir: *progresividad sin regresión*.

d. Los DESC protegidos por el Sistema interamericano de derechos humanos

Declaración americana de derechos humanos y Protocolo adicional a la convención americana en materia de derechos económicos sociales y culturales:

Derecho	Mecanismo	Artículo
Derecho al trabajo	Declaración Protocolo	XIV 6
Condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo	Declaración Protocolo	XIV y XV 7
Derechos sindicales	Declaración Protocolo	XXII 8
Derecho a la seguridad social	Declaración Protocolo	XVI 9
Protección y asistencia a la familia	Declaración Protocolo	VI 15
Protección especial a los niños y adolescentes	Declaración Protocolo	VII 16
Derecho a un medio ambiente sano	Protocolo	11
Derecho a la alimentación	Protocolo	12

Derecho	Mecanismo	Artículo
---------	-----------	----------

5. Mecanismos de protección convencionales

El PSS crea tres mecanismos de protección los cuales se consagran en su artículo 19:

a. Presentación de informes periódicos

Es deber de los Estados partes presentar informes periódicos, en donde se demuestren las medidas progresivas adoptadas con respecto a los derechos referidos en el protocolo de San Salvador, estos informes serán entregados al Secretario general de la OEA, quien los remitirá al Consejo interamericano económico y social y al Consejo interamericano para la educación, la ciencia y la cultura, con el fin de realizar un informe general de acuerdo a las observaciones hechas por los dos consejos a la Comisión interamericana de derechos humanos. Así mismo, estos informes serán enviados a los organismos especializados del sistema los cuales estudiarán los casos para determinar el cumplimiento del protocolo y realizar análisis y comentarios con respecto a la situación que se aborda en cada país.

b. Recomendaciones de la CIDH

La CIDH, como órgano encargado de velar por el respeto de los derechos humanos dentro del Sistema interamericano de protección, incluirá recomendaciones en sus informes anuales o en informes especiales sobre la situación de los DESC. Este mecanismo se ha venido impulsando desde 1993, permitiendo la apropiación en los diferentes países y en los órganos regionales del concepto de integración de los derechos como un todo, indivisibles y al servicio de la dignidad humana.

c. Peticiones individuales

Los derechos a la libertad sindical (artículo 8.a) y el derecho a la educación (artículo 13), son los únicos que en virtud del artículo 19, numeral 6, podrán iniciar la aplicación del sistema de peticiones individuales del Sistema interamericano de derechos humanos (artículos 44 a 51 y 61 a 69) en caso de ser violados directamente por un Estado parte, lo cual genera que las posibilidades para los demás derechos reconocidos en el Protocolo se reduzcan

de manera sustancial, ya que el mecanismo directo ante la Comisión y la Corte ha sido delimitado claramente; sin embargo, la integralidad de los derechos ha permitido proteger los DESC al amparo de un derecho civil o político, lo cual si bien no es la mejor de las posibilidades, es un horizonte para el desarrollo doctrinal y jurisprudencial tanto de la Comisión como de la Corte, ya el Presidente de la Corte, Augusto Cançado Trindade, ha señalado:

"(...) Se impone el desarrollo de respuestas a nuevas demandas de protección, aunque no estén literalmente contempladas en los instrumentos internacionales de protección del ser humano vigentes. El problema sólo puede ser enfrentado adecuadamente teniendo presente la indivisibilidad de todos los derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales)".

Igualmente, continúa siendo la Declaración el instrumento normativo más importante del Sistema interamericano para reclamar directamente violaciones a los DESC por parte de los Estados, especialmente de aquellos derechos que no están contemplados en el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador.

La Comisión ha ido señalando aportes y avances importantes en relación con el establecimiento de canales de exigibilidad de los DESC, los cuales deben servir de horizonte de interpretación del Protocolo, porque éste es concebido como una herramienta "adicional", no solo de la Convención, sino de todo el Sistema americano de derechos humanos, tal como lo manifiesta la CIDH en los argumentos presentados para la admisibilidad del caso 11.670 contra el estado Argentino, en el que se denunciaba la violación de derechos humanos, algunos de ellos sociales, económicos y culturales:

"La Comisión considera que una vez que la Convención entró en vigor en el Estado, ésta y no la Declaración se convirtió en fuente primaria de derecho aplicable por la Comisión, siempre que la petición se refiera a la presunta violación de derechos idénticos en ambos instrumentos y no se trate de una situación de violación continua (...) Sin embargo, el derecho a la salud y al bienestar (artículo XI) y a la seguridad social en relación con el deber de trabajar y aportar a la seguridad social (artículos XVI, XXXV y XXXVII) contemplados en la Declaración, no se encuentran protegidos de manera específica por la Convención. La Comisión considera que esta circunstancia no excluye su competencia por razón de la materia, pues en virtud del artículo 29(d) de la Convención «ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza». Por tanto, la Comisión examinará estos alegatos de los peticionarios sobre violaciones de la Declaración"⁵.

Algunos avances del Sistema interamericano de derechos humanos en relación con los DESC

Son pocos los avances que la Corte ha presentado en torno a este tema a través de su jurisprudencia. Para este artículo se identificaron tres (3) casos, con los cuales se pretende señalar algunos marcos conceptuales que la Corte ha dado en torno a la aplicación de los DESC en el sistema regional.

Estudio de caso 1:

Baena, Ricardo y otros contra Panamá

Para el análisis de este caso, tomaremos apartes de la sentencia de la Corte del 2 de febrero de

5 CIDH. Caso 11.670. Argentina. Informe de admisibilidad N° 03/01 de 19 de enero de 2001.

2002. En esta Sentencia se argumentan por primera vez directamente los derechos reconocidos por el Protocolo de San Salvador y se sanciona al Estado panameño por violaciones contra el derecho a la libertad de asociación.

El 6 de diciembre de 1990 en Panamá, 270 empleados públicos que habían participado en un manifestación reivindicando sus derechos laborales fueron despedidos al ser acusados de ser cómplices de una asonada militar. A este despido arbitrario se le sumó la violación del debido proceso y la protección judicial frente a los trámites judiciales que instauraron ante órganos competentes, por lo cual, en febrero de 1994, se eleva la denuncia (No.11.325) ante la Comisión interamericana de derechos humanos.

Al fracasar el trámite de solución Amistosa y considerarlo agotado, el 16 de enero de 1998 la Comisión interpuso ante la Corte una demanda contra la República de Panamá, sometiendo a consideración la presunta violación, por parte de dicho Estado, de los artículos 1.1 (Obligación de respetar los derechos); 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno); 8 (Garantías judiciales); 9 (Principio de legalidad y de retroactividad); 10 (Derecho a indemnización); 15 (Derecho de reunión); 16 (Libertad de asociación); 25 (Protección judicial), y 33 y 50.2 de la Convención. Así mismo solicitó el reintegro de los 270 trabajadores a su lugar de trabajo y la reparación de daños e indemnizaciones a las presuntas víctimas o a sus familiares y la aplicación del Protocolo de San Salvador *"En la audiencia pública y en sus alegatos finales la Comisión alegó la aplicabilidad del Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -"Protocolo de San Salvador"- (en adelante "el Protocolo de San Salvador") al presente caso, basada en que con la aplicación de la Ley 25 el Estado afectó el ejercicio del derecho a la libertad de asociación sindical en general (uno de cuyas expresiones es el derecho de*

huelga), el cual está garantizado en el artículo 8 del aludido Protocolo; que el Protocolo de San Salvador entró en vigor el 16 de noviembre de 1999, pero Panamá firmó dicho instrumento en 1988, con anterioridad a los hechos del caso; que al firmar el Protocolo el Estado se comprometió a abstenerse de realizar actos que contrariassen el objeto y fin del tratado; que conforme a los principios generales del derecho internacional, las obligaciones de los Estados surgen desde mucho antes de que éstos ratifiquen un tratado internacional, y que en este caso Panamá es responsable de la violación cometida por sus agentes con posterioridad a la firma del Protocolo de San Salvador, ya que las acciones del Estado contravinieron el objeto y fin del mencionado instrumento, en lo que respecta a los derechos sindicales de los trabajadores destituidos".

La Corte consideró importantes los argumentos de la Comisión, sin embargo señaló:

"...como al momento de los hechos del presente caso, o sea, en diciembre de 1990, Panamá todavía no había ratificado el referido Protocolo, no se le pueden imputar al Estado violaciones del mismo. Esto, sin perjuicio del deber que ha tenido el Estado, a partir de la firma de ese instrumento internacional, es decir, del 17 de noviembre de 1988, de abstenerse de realizar cualquier acto contrario al objeto y fin del Protocolo de San Salvador, aún antes de su entrada en vigor".

La Corte en febrero de 2001 falla abriendo grandes posibilidades para los DESC en la aplicación dentro del sistema regional y la protección del derecho al trabajo al sentenciar que el Estado de Panamá violó:

1. *Los principios de legalidad y de irretroactividad consagrados en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los 270 trabajadores mencionados en el párrafo 4 de la presente Sentencia.*

2. *Los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los artículos 8.1, 8.2 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los 270 trabajadores mencionados en el párrafo 4 de la presente Sentencia.*
3. *El derecho a la libertad de asociación consagrado en el artículo 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los 270 trabajadores mencionados en el párrafo 4 de la presente Sentencia.*

E incumplió:

4. *Las obligaciones generales de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en conexión con las violaciones de los derechos sustantivos señalados en los puntos resolutivos anteriores de la presente Sentencia.*

Por lo tanto, “el Estado debe reintegrar en sus cargos a los 270 trabajadores mencionados en el párrafo 4 de la presente Sentencia y, si esto no fuera posible, brindarles alternativas de empleo que respeten las condiciones, salarios y remuneraciones que tenían al momento de ser despedidos. En caso de no ser tampoco posible esto último, el Estado deberá proceder al pago de la indemnización que corresponda a la terminación de relaciones de trabajo, de conformidad con el derecho laboral interno. De la misma manera, a los derechohabientes de las víctimas que hayan fallecido el Estado les brindará las retribuciones por concepto de pensión o retiro que les corresponda. El Estado deberá proceder a cumplir con lo establecido en el presente punto resolutivo en un plazo máximo de 12 meses contados a partir de la notificación de la presente Sentencia”.

Estudio de caso 2: Derecho a la salud

El 30 de agosto de 2002, el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional –CEJIL– solicitó 20 a la CIDH

recomendar a prevención a los Estados miembros de la OEA medicamentos antirretrovirales a enfermos de VIH/sida en la región.

El texto de la comunicación es el siguiente:

Ayer 29 de agosto, la Asociación Agua Buena y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional presentaron a la Comisión Interamericana una solicitud de medidas cautelares a favor de cuatro ciudadanos hondureños portadores de VIH/SIDA. Estas medidas, de ser concedidas, permitirán a los afectados recibir de forma inmediata el tratamiento y los medicamentos antirretrovirales necesarios para mantenerse con vida.

Esta petición amplía las medidas cautelares que fueron concedidas por la Comisión Interamericana en julio de este año. Con estos esfuerzos se ha podido concretar la ayuda a una docena de personas en Honduras, país que presenta la mayor problemática con la enfermedad en la región centroamericana. La CIDH ha señalado que las medidas cautelares para los tratamientos y medicamentos solicitados son necesarias para proteger la vida de las víctimas.

La Asociación Agua Buena y CEJIL han aunado esfuerzos con la finalidad de lograr que los gobiernos latinoamericanos respeten los compromisos internacionales asumidos y adopten todas las medidas necesarias para garantizar los derechos establecidos en la Convención Americana y en su Protocolo de «San Salvador», en especial el derecho a la vida y a la salud.

Igualmente CEJIL junto con otras organizaciones locales y activistas de derechos humanos en sus respectivos países ha podido presentar medidas cautelares ante la CIDH en países como Honduras, Guatemala, Nicaragua, Ecuador, Bolivia, El Salvador, Chile y República Dominicana, otorgando protección a más de 50 personas en el hemisferio.

Queremos destacar que en un caso de Guatemala la CIDH, en fecha 16 de agosto del presente año, solicitó al Estado que «suministre el tratamiento y los medicamentos antirretrovirales indispensables para su supervivencia, así como los exámenes médicos que permitan evaluar de manera regular su estado de salud».

Ante el incumplimiento por parte de los gobiernos de sus compromisos internacionales para la protección de las personas más vulnerables de la sociedad, la Comisión Interamericana consciente de la problemática y de la urgencia ha acogido las solicitudes con mucha sensibilidad sobre el tema de la salud como un derecho humano. A través de la utilización de los mecanismos de protección que ofrece el sistema interamericano es posible lograr que los gobiernos latinoamericanos atiendan la problemática del VIH/SIDA de manera oportuna, asignando los recursos necesarios para asegurar una atención integral a todas las personas que lo requieran.

Ya existían antecedentes sobre la protección del derecho a la salud. Así, por ejemplo, el primer caso en el que la Corte estableció la conexidad de un DESC frente a una violación a la convención Americana fue el caso No.11.297 (Juan Hernández contra Guatemala), en donde un detenido murió de cólera mientras se encontraba en custodia de la policía. La Corte estableció que el estado de Guatemala “Cometió una omisión que violó su deber de garantizar la salud y la vida”. De igual forma, sucedió en el Caso 11.427 contra el gobierno de Ecuador. En este caso, la víctima sufría de trastornos mentales y fue recluido, sin tener en cuenta su condición especial ni los cuidados médicos que requería de acuerdo a sus condiciones de salud, luego de lo cual murió. A lo largo del proceso la CIDH pudo comprobar que la causa de la muerte de la persona detenida fueron los graves deterioros de salud, especialmente a causa de lesiones, desnutrición y deshidratación. La Corte afirmó en esta ocasión que el Estado faltó a su obligación de asegurar la supervivencia del detenido. Además hizo

alusión al derecho a la salud cuando concluyó: “el deber de las autoridades de velar continuamente por la salud y el bienestar de las personas con discapacidad mental se extiende a aquellos casos en que los prisioneros no colaboren con las autoridades (...) el hecho de que el Estado no cuente con establecimientos especiales para la internación de detenidos que padecen enfermedades mentales, no lo exime del deber de prestar atención médica a las personas que se encuentran bajo su custodia (...). Por lo tanto, dadas las causas del fallecimiento y más allá de haber omitido brindarle atención médica psiquiátrica, el Estado desatendió en forma negligente su obligación de velar por la vida del interno Víctor Rosario Congo”.

Estudio de caso 3

A. Los derechos humanos integrales: Derechos de los pueblos indígenas de nuestra América

A pesar de nuestra insistencia en la exigibilidad de los DESC debemos recordar los postulados de la Convención de Viena de 1993 y luchar por la defensa de los derechos humanos integrales. Uno de los más claros ejemplos de aplicación de los postulados de la Conferencia de Viena es la forma como los pueblos indígenas de nuestra América han desarrollado estrategias de exigibilidad de sus derechos. La concepción de los derechos como universales, integrales, interdependientes e indivisibles convierten este proceso en un verdadero ejemplo no solo para América sino para el mundo entero.

Intentaremos en este estudio de caso analizar no sólo los aspectos jurídicos, sino además los procesos sociales y organizativos que hay detrás de cada logro en el plano del respeto y garantía de los derechos humanos. Los derechos son y serán lo que los hombres y mujeres quieren que sean, por eso mostraremos un proceso hasta ahora invisible que comenzó cuando los gobiernos americanos se disponían a celebrar llamado “Quinto centenario del encuentro de dos mundos”, en el año de 1987.

Durante el desarrollo del Primer encuentro de parlamentarios indígenas de América Latina en Panamá se debatieron los cuerpos legales, los órganos legislativos y las políticas indigenistas vigentes en los respectivos países participantes; se analizó la implicación del narcotráfico en las regiones indígenas, de la deuda externa y de los problemas del medio ambiente; se evaluó la repercusión de los problemas internacionales de América en las poblaciones indígenas; y se discutieron los temas referentes a la conmemoración de V centenario: encuentro de dos mundos.

Un año más tarde, en una nueva reunión llevada a cabo en Managua, Nicaragua, los participantes estuvieron de acuerdo a que en la participación de los indígenas en las instancias político-administrativas se debe exigir de los Estados y gobiernos nacionales el respeto a su identidad y a la libre determinación en la toma de decisiones políticas, económicas, sociales y culturales de los pueblos indígenas; pronunciándose por una auténtica democratización de los Estados nacionales con el fin de que los indígenas participen en todas las instancias político-administrativas, para que existan sociedades, Estados y naciones multiétnicas, pluriculturales y multilingües, basados en la democracia, pluralismo y la eliminación de la explotación social y la opresión de cualquier tipo.

Una de las resoluciones más fuertes emanadas de esta reunión fue lograr la aprobación por parte de la Asamblea general de la OEA de la "Declaración de derechos de los pueblos indígenas de América". Hoy, 17 años después, este objetivo no se ha cumplido. Estudiosos de los temas indígenas, como el profesor Bartolomé Clavero, afirman: "Vamos a hablar de la Declaración americana de derechos

indígenas que la OEA tiene actualmente en proyecto, aunque quizás sería mejor decir, como veremos, en fase de anteproyecto o incluso de pre-ante-proyecto"⁶.

La historia del reconocimiento de estos derechos a las comunidades indígenas es relativamente nueva, incluso comenzó como la reivindicación de los derechos culturales de los pueblos indígenas. La Declaración universal de derechos humanos de 1948 constituye uno de los primeros instrumentos internacionales. Allí, los principios jurídicos del derecho sustantivo presentes en la creación de la ONU empiezan a materializarse. En este momento de reconocimiento en el ámbito internacional, las poblaciones indígenas «...son sujetos colectivos, unos sujetos colectivos que en términos del Derecho, tienen derechos sobre sí mismos. Tienen derechos sobre sus territorios, tienen derechos sobre sus recursos, tienen derechos sobre su cultura, tienen derechos sobre su propio orden social, por la razón elemental de que tienen una existencia diferenciada...»⁷.

Este proceso de reconocimiento tendría sus momentos de mayor relevancia en la materialización de los Convenios 107 de la OIT, reemplazado posteriormente por el 169, que se ha convertido en herramienta fundamental en la defensa de los derechos de los Pueblos Indígenas en todo el mundo.

Existen en América alrededor de 400 pueblos indígenas diferentes⁸ en cultura, lenguaje y modo de vida, constituyendo, según cálculos conservadores, una población superior a los 30 millones de personas, lo cual representa alrededor del 10 por ciento de la población total de América Latina, siendo su peso demográfico creciente.

⁶ CLAVERO, Bartolomé. "Derechos indígenas versus derechos humanos (a propósito de un proyecto de la OEA)". Ponencia presentada en la Mesa de Trabajo N° 1 del Área de Antropología en el VI Encuentro de latinoamericanistas españoles. Madrid, 1997, 29 y 30 de septiembre y 1 de octubre. Coordinador, Luis Alfonso Fajardo, p. 1.

⁷ Ibíd., p. 18

⁸ STAVENHAGEN, Rodolfo. "Las organizaciones indígenas: actores emergentes de América Latina". Conferencia presentada en la segunda maestría de teorías críticas del derecho y la democracia en América Latina. Universidad Internacional de Andalucía. Huelva, noviembre de 1996, p. 6.

Frente al Proyecto de declaración americana de derechos humanos, Edelberto Torres-Rivas, preparó un documento de análisis que inicia con una sugerente pregunta ¿Por qué los derechos de los pueblos indígenas?, la respuesta es clara:

*"No hay problema indígena, ni cuestión indígena. Existen graves anomalías en la construcción del estado-nacional en aquellas sociedades latinoamericanas donde importantes grupos de la población han sido históricamente excluidos de las diversas dimensiones de la vida social por ser portadores de diferencias culturales a las que se niega el reconocimiento, diferencias étnico-culturales que están ahí y que los grupos dominantes no han querido ver. Se trata de una historia larga, de discriminación y rechazo por parte del "otro", del ladino, del mestizo, del criollo o del blanco, en sociedades que han sido conformadas de esa manera desde hace siglos. El indígena sólo sabe que al ser excluido ha sido discriminado, explotado, humillado y llegó el momento en que todo esto debe cambiar. Esta no es una formulación normativa sino una proposición política"*⁹.

El IIDH ha realizado varios foros y consultorías dirigidos a la preparación del proyecto de Declaración americana de derechos de los pueblos indígenas. Vale la pena señalar la consulta realizada con dirigentes indígenas en la Paz, Bolivia (diciembre de 1993); otra con constitucionalistas latinoamericanos en Guatemala (marzo de 1994); otras dos reuniones de consulta con gobiernos realizadas en Ciudad de Panamá (1997), etc. En una reunión realizada en Quito en 1999 los representantes de los pueblos indígenas latinoamericanos se refirieron a cinco derechos como la base de sus reivindicaciones:

1. El derecho a ser reconocido como "Pueblo", con identidad propia y con derechos históricos que se derivan de esa condición.
2. Como consecuencia de lo anterior, el derecho que su reconocimiento, como "Pueblo" de larga presencia histórica, les da a la tierra y al "territorio".
3. Como consecuencia de los dos anteriores, el derecho a ejercer las formas de "autogobierno y administración propias".
4. Como consecuencia de las tres anteriores, el derecho al reconocimiento y el ejercicio de un "derecho consuetudinario" propio.
5. Finalmente, como efecto de todo lo anterior, el derecho a "participar y decidir" en la determinación de las políticas nacionales que les afecten.

Afirman que si la Declaración lograba incluir estos cinco puntos, esto contribuiría a crear las condiciones para una vida con dignidad y respeto. Este es, sin embargo, un reclamo que no es fácil de aceptar por los Estados latinoamericanos. Ese temor se evidenció en los debates de la reunión del grupo de constitucionalistas convocados por la OEA, cuyas inquietudes se pueden reflejar así:

1. Aceptar las cinco reivindicaciones de los representantes indígenas supondría, de hecho, la reforma del Estado, la redefinición a fondo de la sociedad nacional, que empezara por la constitución, las leyes ordinarias, las estructuras de poder, las políticas estatales, las relaciones de poder, es decir todas estas exigencias suponen efectivamente una *nueva sociedad*, lo que supera el ámbito de aplicación del actual proyecto¹⁰.

9 NSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. Área de Sociedad Civil. Consideraciones sobre los derechos de los pueblos indígenas (elementos para una Declaración interamericana sobre derechos de los pueblos indígenas. Abril de 1996. Preparado por Edelberto Torres-Rivas, p. 4.

10 En el documento preparado por Edelberto Torres-Rivas, se señala que en la reunión de la Paz, varias intervenciones planteaban la reforma del Estado en términos de su destrucción y su sustitución por una Confederación de Pueblos. BO. Cita, p. 55, Nota 48. Tomaremos algunos de los apartes del texto para realizar el seguimiento histórico de parte del proceso y, además, porque este documento se constituye en uno de los pocos documentos que analizan de manera profunda estas reivindicaciones.

2. En relación con al reconocimiento como "Pueblo", tiene una significación jurídica decisiva, porque en la tradición legal nacional e internacional, ha habido una irrevocable identificación implícita entre lo que es Pueblo y lo que es nación y, en consecuencia, uno conduce al otro aunque se trate de conceptos que *no son intercambiables*. Constituye una derivación lógica que todo Pueblo reclame una identidad propia, nacional; o dicho con otras palabras, que la nación se define claramente como un colectivo con destino común y con identidad compartida con base en una historia común. El reconocimiento de las comunidades indígenas como Pueblo puede tener este alcance jurídico de nación.

3. El derecho a la tierra y al territorio se refiere al reconocimiento del significado especial que para estas comunidades tiene su *relación con la tierra*. La demanda indígena se refiere al derecho al territorio como el espacio que sostiene y garantiza su existencia social, espiritual, cultural, económica y política de esta población. El territorio no es una dotación de una parcela individual por parte del gobierno, apunta al reconocimiento de un *espacio socio-cultural y político* vital para el ejercicio pleno de sus derechos colectivos.

4. El término "Autodeterminación" es también un concepto que ha recorrido todos los escenarios del debate. La vinculación de los conceptos pueblo y autodeterminación es para algunos estados una cuestión de "seguridad nacional". En el caso de los pueblos indígenas, el tema se plantea más en términos de *administración local*, es decir, el reconocimiento de que una población indígena pueda aspirar a determinar libremente su destino, es el derecho a la libre elección cuyo contenido, tanto interno como externo, no supone necesariamente

la voluntad de secesión del Estado en que se vive, se tratará, por tanto, de una autonomía en el interior del Estado al que se pertenece, para desarrollar libremente el desarrollo económico, social, político y cultural, tal sería el alcance de esta pretensión de autodeterminación.

5. El conflicto entre derecho nacional vigente y derecho consuetudinario indígena tenderá a desaparecer en la medida el Estado acepte las formas jurídicas de las poblaciones indígenas, que hoy existen pero tienen una vida marginal en las prácticas oficiales. Por ser este derecho una práctica social reiterada, es una fuente formal de derecho. La costumbre y sabiduría indígena encarnada en los Chamanes o los consejos de ancianos es una práctica viva y debe ser reconocida por los Estados. Es decir, en un orden jurídico de la diversidad¹¹.

6. Finalmente, como consecuencia de los enunciados anteriores, si el Estado reconoce a una comunidad indígena su territorio, el derecho a su gobierno local, a sus leyes, la reivindicación de la plena participación es inevitable. Formar parte de las instancias políticas nacionales e internacionales, donde se deciden las prioridades para su desarrollo, así como el derecho a la formulación, gestión y seguimiento de programas y proyectos que los involucren, es algo en lo cual se está avanzando, lentamente¹².

A pesar de las consultas y reuniones con representantes de todas las partes interesadas, el primer borrador, elaborado en septiembre de 1995, no avanzaba mucho en sus planteamientos en relación con los instrumentos de ONU y OIT. Por ejemplo, en el preámbulo, punto 3, dice "...así como la *relación especial entre los pueblos indígenas y los territorios que habitan*", desconociendo la opinión

11 DANDER, Jorge. "Hacia un orden jurídico de la diversidad". En: *Amerindia hacia el tercer milenio*. Instituto Nacional Indigenista. UNESCO-INI. México, 1991, p. 59 y ss.

12 Ibíd., p. 30.

de las organizaciones indígenas que hablan de “territorios tradicionales”¹³ que es una categoría más amplia e incluye territorios que hoy no se habitan, por diversas circunstancias, y son considerados patrimonio territorial indígena.

El numeral 7 del preámbulo expresa “...*Teniendo en cuenta la presencia de fuerzas armadas en tierras y territorios de los pueblos indígenas, y enfatizando la importancia de retirarlas de donde no sean estrictamente necesarias para sus funciones específicas*”, la propuesta de las organizaciones indígenas es enfática sobre este punto “...*Teniendo en cuenta que la presencia de las fuerzas armadas en territorios y tierras de los pueblos indígenas ha causado sufrimientos indebidos y ha resultado una violación de sus derechos humanos, y enfatizando la importancia de retirarlas para evitar futuros abusos*”.

El proyecto de declaración adopta la misma solución que el Convenio 169 de la OIT, para de esta manera pretender cerrar el paso a reivindicaciones legítimas de algunos pueblos indígenas. En el art. 3, sostiene: “*La utilización del término “pueblos” en esta declaración no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a otros derechos que puedan referirse a dicho término en el derecho internacional*”.

La Resolución AG/RES. 1875 (XXXII-O/02) aprobada por la Asamblea general de la OEA, en la cuarta sesión plenaria celebrada el 4 de junio de 2002, reafirma la prioridad de la OEA de la adopción de la Declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, con plena participación de los representantes indígenas, apoyando la posibilidad de crear un fondo específico para apoyar la mencionada Declaración, y renueva el mandato del Grupo de trabajo para continuar la consideración del Proyecto de Declaración, etc.

En opinión de los representantes de los pueblos indígenas, aún el camino por la aprobación de la Declaración es largo, pero como dicen ellos mismos: “*si hemos esperado y resistido más de 500 años, porque no vamos a esperar otros diez años más*”.

B. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni

Como lo vimos anteriormente, el Proyecto de Declaración americana de derechos de los pueblos indígenas aún se puede demorar otros 15 años, mientras se logran los consensos necesarios. Sin embargo, la Corte interamericana ha tutelado, mediante sentencia del 31 de agosto de 2001, a la comunidad indígena Awas Tingni de Nicaragua su derecho a la propiedad colectiva de la tierra. En el proceso ante la Comisión, ésta realizó consideraciones importantes, base para la presentación del caso ante la corte:

El 3 de mayo de 1996, se dio inicio con una reunión informal a la etapa de solución amistosa entre los peticionarios, el Estado y la Comisión, con el fin de alcanzar una solución amistosa sobre este caso. El 17 de noviembre de 1997 los peticionarios manifestaron a la Comisión que el punto central de la denuncia era la falta de protección por parte de Nicaragua de los derechos de la Comunidad sobre sus tierras ancestrales, situación que aún permanecía vigente. Asimismo, con respecto a la ratificación del Consejo Regional de la RAAN de la concesión otorgada a SOLCARSA, señalaron que este Consejo era parte de la organización político-administrativa del Estado y que había actuado sin tomar en cuenta los derechos territoriales de la Comunidad. Por último, solicitaron a la Comisión que rindiera un informe de acuerdo con el artículo 50 de la Convención:

¹³ En el documento preparado por la U. de Denver, donde se recogen los principales aportes de la OIT, la Asociación Nacional Indígena del Salvador (ANIS) y Héctor Mondragón, experto independiente, podemos observar con detalle cada una de las diferencias en forma clara. Documento mimeográfico.

141. Sobre la base de las acciones y omisiones examinadas, [...] que el Estado de Nicaragua no ha cumplido con sus obligaciones bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Estado de Nicaragua no ha demarcado las tierras comunales de la Comunidad Awas Tingni, ni de otras comunidades indígenas. Tampoco ha tomado medidas efectivas que aseguren los derechos de propiedad de la Comunidad en sus tierras. Esta omisión por parte del Estado constituye una violación a los artículos 1, 2 y 21 de la Convención, los cuales en su conjunto establecen el derecho a dichas medidas efectivas. Los artículos 1 y 2 obligan a los Estados a tomar las medidas necesarias para implementar los derechos contenidos en la Convención.

142. El Estado de Nicaragua es responsable por violar el derecho a la propiedad en forma activa, consagrado en el artículo 21 de la Convención, al otorgar una concesión a la compañía SOLCARSA para realizar en las tierras de Awas Tingni trabajos de construcción de carreteras y de explotación maderera sin el consentimiento de la Comunidad Awas Tingni.

143. [...] que el Estado de Nicaragua no garantizó un recurso efectivo para responder a las reclamaciones de la Comunidad Awas Tingni sobre sus derechos a tierras y recursos naturales, de acuerdo con el artículo 25 de la Convención.

Asimismo, la Comisión recomendó a Nicaragua que:

- a) Estableciera un procedimiento en su ordenamiento jurídico, aceptable a las comunidades indígenas involucradas, que tuviera como resultado la pronta demarcación y el reconocimiento oficial del territorio de Awas Tingni y

de los territorios de otras comunidades de la Costa Atlántica;

- b) Suspendiera a la mayor brevedad, toda actividad relativa a la concesión maderera otorgada a SOLCARSA por el Estado dentro de las tierras comunales de Awas Tingni, hasta que la cuestión de la tenencia de la tierra que afecta a las comunidades indígenas hubiera sido resuelta, o que se hubiera llegado a un acuerdo específico entre el Estado y la Comunidad Awas Tingni; [y]

A raíz de que las anteriores consideraciones no fueron acatadas por el estado de Nicaragua y el fracaso de la etapa de solución amistosa, el 4 de junio de 1998 la Comisión interamericana de derechos humanos sometió ante la Corte una demanda contra el Estado de Nicaragua que se originó en la denuncia No. 11.577, recibida en la Secretaría de la Comisión el 2 de octubre de 1995, en su demanda, la Comisión invocó los artículos 50 y 51 de la Convención americana sobre derechos humanos y los artículos 32 y siguientes del Reglamento. La Comisión presentó este caso con el fin de que la Corte decidiera si el Estado violó los artículos 1 (Obligación de respetar los derechos), 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno), 21 (Derecho a la propiedad privada) y 25 (Protección judicial) de la Convención, en razón de que Nicaragua no ha demarcado las tierras comunales de la Comunidad Awas Tingni, ni ha tomado medidas efectivas que aseguren los derechos de propiedad de la Comunidad en sus tierras ancestrales y recursos naturales, así como por haber otorgado una concesión en las tierras de la Comunidad sin su consentimiento y no haber garantizado un recurso efectivo para responder a las reclamaciones de la Comunidad sobre sus derechos de propiedad.

Asimismo, la Comisión solicitó a la Corte que declarara que el Estado debe establecer un procedimiento jurídico que permita la pronta demarcación y el

reconocimiento oficial de los derechos de propiedad de la Comunidad Mayagna, así como abstenerse de otorgar o considerar el otorgamiento de cualquier concesión para el aprovechamiento de recursos naturales en las tierras usadas y ocupadas por Awas Tingni hasta que se resuelva la cuestión de la tenencia de la tierra que afecta a la Comunidad.

Finalmente, la Comisión solicitó a la Corte que condenara al Estado a pagar una indemnización compensatoria equitativa por los daños materiales y morales que la Comunidad ha sufrido, y al pago de las costas y gastos generados en la tramitación del caso en la jurisdicción interna y ante el Sistema interamericano.

La Corte en sentencia del 31 de agosto de 2001 hizo las siguientes consideraciones en relación con DESC:

1. Declara que el Estado violó el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención americana sobre derechos humanos, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, en conexión con los artículos 1.1 y 2 de la Convención, de conformidad con lo expuesto en el párrafo 139 de la presente Sentencia.
2. Declara que el Estado violó el derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la Convención americana sobre derechos humanos, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, en conexión con los artículos 1.1 y 2 de la Convención, de conformidad con lo expuesto en el párrafo 155 de la presente Sentencia.
3. Decide que el Estado debe adoptar en su derecho interno, de conformidad con el artículo 2 de la Convención americana sobre derechos humanos, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo

de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de éstas, de conformidad con lo expuesto en los párrafos 138 y 164 de la presente Sentencia.

4. Decide que el Estado deberá delimitar, demarcar y titular las tierras que corresponden a los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni y abstenerse de realizar, hasta tanto no se efectúe esa delimitación, demarcación y titulación, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, de conformidad con lo expuesto en los párrafos 153 y 164 de la presente Sentencia.

Conclusión

Latinoamérica debido a sus contextos de desigualdad y pobreza es una de las regiones en donde la violación a los DESC se presenta en forma reiterativa, haciendo evidente la imposibilidad de sus habitantes para el desarrollo de una vida digna. Para reducir esta dificultad, gran parte de los Estados, en el marco de la suscripción de los tratados internacionales de protección y promoción de derechos humanos y del fortalecimiento de sistemas más democráticos y justos, se ha comprometido con la adopción de medidas progresivas que posibiliten cerrar la brecha entre las realidades de cada pueblo y la aplicación de los DESC.

El Sistema interamericano de derechos humanos es uno de los principales órganos que ha velado por la protección de los DESC, al pronunciarse sobre los informes periódicos que cada país presenta en relación a los avances reales en estos temas y

en la construcción del concepto de indivisibilidad e integralidad de los derechos para su protección a través de la jurisprudencia. Cada vez se reportan avances en esta área, gracias a la concientización de la importancia de la protección y difusión de estos derechos desde las Organizaciones de la sociedad civil, ONG de derechos humanos y el mismo Sistema interamericano con el fin de que los Estados abandonen su papel de principales violadores de los mismos, a partir de la falta de aplicación política y judicial de sus deberes, y la negligencia para asumir su imperativo rol de garante y defensor de los derechos de sus asociados.

Para enfrentar los retos propuestos por el siglo XXI, se dependerá en gran medida del desarrollo y garantía que el Sistema brinde en relación con los DESC y la forma como se impulse doctrinal y jurisprudencialmente el Protocolo de San Salvador y los demás mecanismos indirectos que de manera tímida se hayan implementado. De igual manera, la democratización del acceso al Sistema exige cada vez y con mayor entusiasmo la difusión y promoción de los mecanismos de acceso a la justicia planteados por el Sistema y la manera como las organizaciones sociales y el conjunto de la sociedad civil asuman como suyo el Sistema y lo utilicen con seriedad y de manera sistemática.

Para los fines propuestos se debe poner especial interés en capacitar y acompañar técnicamente a nuevas ONG de derechos humanos interesadas en el tema, a las redes y demás organizaciones, como la “Plataforma interamericana de derechos humanos, democracia y desarrollo”, que viene construyendo caminos para la realización plena de los DESC.

La medidas judiciales son importantes en la exigibilidad de los DESC, pero es igualmente importante la movilización de amplios sectores sociales, la consolidación organizativa, la alianza de organizaciones reivindicativas que desarrollen estrategias de capacitación, sensibilización, veeduría y presión a los Estados para avanzar en este objetivo.

Bibliografía

1. Instrumentos del Sistema Interamericano

- Carta de la Organización de los Estados Americanos. Suscrita en Bogotá en 1948. Ratificada el 1 de octubre de 1960.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá, 1948.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de Noviembre 1969.
- Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

2. Otros Instrumentos

- Carta Social Europea, adoptada por el Consejo de Europa el 18 de Octubre de 1961.
- Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, adoptada el 27 de Julio de 1981.

3. Casos Contenciosos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Caso Baena Ricardo y otros contra el Estado de Panamá.
- Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra el Estado de Nicaragua.
- Caso Juan Hernández contra el Estado de Guatemala.
- Caso Rosario Congo contra el Estado de Ecuador.

- Caso Niños de la Calle (Villagran Morales) y otros contra el Estado de Guatemala.

4. Informes de Admisibilidad

- CIDH Caso 11.670. Argentina. Informe de admisibilidad N° 03/01 de 19 de enero de 2001.

5. Otros documentos

- GARCÍA HEREDIA, Irma y GUARÍN MARTÍNEZ, Lina. "La incidencia: Un mecanismo eficaz de exigibilidad de los DESC". En: *Para exigir nuestros derechos – Manual de exigibilidad en DESC. VI Asamblea de la Plataforma interamericana de derechos humanos, democracia y desarrollo*. Bogotá: Antropos, 2004, p. 59 y ss.
- MARTÍNEZ O. David M. "Aproximación a los mecanismos internacionales de protección de los derechos económicos, sociales y culturales". En: *Para exigir nuestros derechos – Manual de exigibilidad en DESC. VI Asamblea de la Plataforma interamericana de derechos humanos, democracia y desarrollo*, Bogotá: Antropos, 2004, p. 173 y ss.
- MARTÍNEZ OSORIO, David y URIBE MUÑOZ, Alirio. "Estrategia de exigibilidad jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales a nivel nacional". En: *Para exigir nuestros derechos – Manual de exigibilidad en DESC. VI Asamblea de la Plataforma interamericana de derechos humanos, democracia y desarrollo*. Bogotá: Antropos, 2004, p. 121 y ss.
- MELISH, Tara. *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos: manual para la presentación de casos*. Quito: Orville H. Schell, Jr. Center for International Human Rights Yale Law School, Centro de Derechos Económicos, Sociales – CDES-, 2003.
- DE FERRANTI, David, et al. *Desigualdad en América Latina ¿Rompiendo con la historia?*. Bogotá: Alfaomega – Banco Mundial, 2005.
- DANDER, Jorge. "Hacia un orden jurídico de la diversidad". En: *Amerindia hacia el tercer milenio*. México: Instituto Nacional Indigenista. UNESCO-INI, 1991, p. 59 y ss.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. Área de Sociedad Civil. Consideraciones sobre los derechos de los pueblos indígenas (*elementos para una declaración interamericana sobre derechos de los pueblos indígenas*). Preparado por Edelberto Torres-Rivas. 1996, p. 4.
- *En la Jugada de los DECS*. Bogotá: Plataforma Sudamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, 1999, p. 10.