

**SURGIMIENTO DE UN DERECHO
AMERICANO DE LOS DERECHOS
HUMANOS EN AMERICA LATINA**

GONZALO AGUILAR CAVALLO

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. EL ORDEN PÚBLICO Y EL ESPACIO PÚBLICO AMERICANO. 2. PERFIL ESPECÍFICO Y CONTENIDO DEL DADH. A) Promoción y protección de la diversidad cultural. B) Promoción y protección de los DESC. C) Promoción y reconocimiento del dominio del *ius cogens*. Conclusiones

Fecha recepción: 03.12.2009
Fecha aceptación: 15.09.2010

SURGIMIENTO DE UN DERECHO AMERICANO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN AMERICA LATINA

POR

GONZALO AGUILAR CAVALLO¹

INTRODUCCIÓN

Una de las características más notables del proceso democratizador latinoamericano, es la simetría entre la transición a la democracia de los años 80 y 90 y de normalidad constitucional, y la aceptación por parte de los países de la región, de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH). Esto último resulta de la más alta relevancia, ya que el sometimiento de un Estado al escrutinio de un órgano jurisdiccional internacional en cuanto al cumplimiento efectivo de los derechos humanos en la jurisdicción de dicho Estado, representa una demostración patente y relevante de la madurez y solidez democrática constitucional de ese Estado. En este sentido, se puede expresar que se entiende por sociedad democrática aquella que funciona sobre la base de la división de los tres poderes y cuyo eje principal lo constituyen los derechos humanos también llamados derechos fundamentales². Así, el siste-

¹ Becario de Investigación postdoctoral del DAAD-Conicyt en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law de la Universidad de Heidelberg, Alemania. Profesor de Derecho Internacional Público y Derechos Humanos, Doctor en Derecho, LLM en Derechos Humanos y Derecho Humanitario, MA en Relaciones Internacionales. El autor agradece el apoyo brindado por el DAAD y Conicyt y por el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, en cuyo marco se ha realizado esta investigación.

² FEDDERSEN MARTÍNEZ, Mayra: «Responsabilidad civil y actividad periodística en Chile», en *Cuadernos de Análisis Jurídicos*, IV, 2008, pp. 71-94, especialmente, p. 71.

ma interamericano de promoción y protección de los derechos humanos en particular, se erige como un catalizador del nivel de cumplimiento, por parte de los Estados, de los derechos humanos garantizados en sus propias Constituciones, las cuales contienen «la ventana por donde ingresa el haz de luz» del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, el DIDH). Esta apertura, ampliación y optimización de los derechos humanos, en el orden interno de los Estados, a través del DIDH, refuerza la ya consolidada posición de estos en el Derecho Constitucional latinoamericano contemporáneo.

El avance de los derechos humanos en el mundo contemporáneo ha transformado las concepciones tradicionales de la soberanía, diluyendo las estrictas fronteras del Estado y convirtiéndolas en zonas de interacción e interrelación entre el orden jurídico interno y el orden jurídico internacional. Incluso, algunos autores se han referido a una nueva realidad jurídica global y expresan la necesidad, para esta nueva realidad, de un Estado de Derecho global³.

Pese a lo anterior, subsisten autores que realzan la soberanía de los Estados frente a los derechos humanos⁴. Sin embargo, creemos que la posición mayoritaria reside en los que reconocen que el sistema del Estado-Nación se encuentra en evolución mutativa y que la concepción de la soberanía vigente con anterioridad a la Segunda Guerra Mundial, actualmente está superada⁵. En este sentido, Biaggini ha destacado la creciente importancia que ha jugado el Derecho Internacional en relación con el Derecho Constitucional, cuando ha señalado que «[d]esde el final de la Segunda Guerra Mundial, el Derecho internacional alcanza en la solución de los problemas del presente, que ya no se paran en su mayoría en las fronteras nacionales, un enorme incremento de su significación. Sin embargo, parece exagerado, hoy, hablar de una verdadera disolución de la estatalidad o de la Constitución, si bien los concretos Estados y sus estructuras constitucionales no dejan de ser afectados por este proceso. La

³ CASSESE, Sabino: «Administrative Law without the State? The Challenge of Global Regulation», en *N.Y.U. Journal of International Law and Politics*, Vol. 37 (2005), pp. 663-694; PALOMBELLA, Gianluigi: «The Rule of Law beyond the State: Failures, Promises, and Theory», *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 7, n.º 3 (2009), pp. 442-467.

⁴ FUENTES TORRIJOS, Ximena: «El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja», en www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes_Spanish.pdf [consultado el 19 de octubre de 2009]

⁵ CASSESE, Antonio: *International Law*. Oxford University Press, Oxford, 2005, 2nd ed., p. 217; Rosenfeld, Michel y Ruiz Fabri, Hélène: «Rethinking Constitutionalism in an era of Globalization and Privatization», en *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 6, n.º 3 & 4 (2008), pp. 371-372; PALOMBELLA, Gianluigi: «The Rule of Law beyond the State: Failures, Promises, and Theory», *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 7, n.º 3 (2009), pp. 442-467.

soberanía en el sentido clásico ya no corresponde a los Estados constitucionales iusinternacionalmente vinculados de formas diversas»⁶. A este último respecto, Ferrajoli ha señalado que «en la historia de las relaciones internacionales con la institución de la ONU y de las cartas internacionales de derechos humanos, se produjo una ruptura de las que hacen época. La ruptura de ese *Ancien Régime* internacional nacido hace tres siglos de la paz de Westfalia, fundado en el principio de la soberanía absoluta de los Estados y que fue a quebrar con la tragedia de las dos guerras mundiales»⁷.

El carácter angular de los derechos humanos en el Derecho Constitucional —comúnmente denominados en esta disciplina «derechos fundamentales»⁸— es una idea bastante antigua. En efecto, Smend había señalado ya en 1928 que los derechos fundamentales «representan la norma que rige a la Constitución, la legislación y la Administración» y además que «la legitimidad que proporciona el sistema de los derechos fundamentales constituye una definición del ordenamiento jurídico positivo y (sic) una de las principales tareas del derecho consiste en concretar el tipo y el grado de legitimidad que posee un ordenamiento jurídico positivo»⁹. Por otra parte, tal como ha señalado Pérez Luño, «[n]o es tampoco ocioso recordar que el célebre art. 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, considerada como uno de los textos fundacionales del Estado de derecho, proclamaba: «toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes establecida carece de Constitución. El Estado de derecho es, a tenor de ello un Estado constitucional, pero no todo Estado que posee una Constitución es un Estado de derecho»¹⁰. En este sentido y respecto de los derechos fundamentales, resulta muy asertivo cuando Ferrajoli señala que «[e]l paradigma de la democracia constitucional no es otro que la sujeción del derecho al derecho», y nosotros precisaríamos, la sujeción del Derecho a los derechos¹¹.

⁶ BIAGGINI, Giovanni: «La idea de constitución: ¿nueva orientación en la época de la globalización?», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 7, 2003, pp. 43-75, especialmente, p. 51.

⁷ FERRAJOLI, Luigi: *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Trotta, Madrid, 1999, p. 55.

⁸ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo: «Derechos humanos y derechos fundamentales: una distinción válida en el siglo XXI», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2009, a aparecer.

⁹ SMEND, Rudolf: *Constitución y Derecho Constitucional*. Traducción de José María Beneyto Pérez. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pp. 231 y 233.

¹⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: «Estado constitucional y generaciones de derechos humanos», en Corte I.D.H.: *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Volumen II, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1998, pp. 1241-1264, especialmente, p. 1255.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi: *Derechos*, cit. nota n.º 4, p. 52.

América Latina ha experimentado interesantes avances y también retrocesos en su evolución política-constitucional de las últimas tres décadas. Sin embargo, uno de los aspectos que merece actualmente mayor atención son los procesos constituyentes que han vivido recientemente Venezuela, Ecuador y Bolivia, y que podrían atravesar otros países de la región. Estos procesos han traído como consecuencia directa, nuevas constituciones, con un grado avanzado de reconocimiento y desarrollo de los derechos humanos, en particular, de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, DESC), configurándose así, desde una perspectiva formal, como constituciones muy avanzadas y protectoras —incluso a nivel mundial— en esta materia. El problema es, en términos simples, que mientras en otros países que han alcanzado un avanzado estado de cumplimiento de los DESC, ello se ha logrado sin necesidad de una reforma a la constitución y muchas veces con simples y escuetas elaboraciones de principios sociales generales contenidos en sus cartas fundamentales. En América Latina, incluso mediante reformas constitucionales y amplios desarrollos normativos, ni aún así se obtiene que los Estados —en la práctica y en el cotidiano constitucional— cumplan y satisfagan plenamente los DESC.

Dicho de otro modo, de manera predominante, en América Latina, el problema más acuciante es la brecha de implementación y el del goce efectivo de los derechos humanos, sin distinción alguna. En consecuencia, podemos enfrentarnos a constituciones que contengan un amplio catálogo de derechos, sin que estos derechos sean efectivamente respetados y susceptibles de tutela en la práctica, y en este aspecto, se podrían denominar Cartas Fundamentales «semánticas». A este propósito, podemos referirnos a la tipología de las constituciones desarrollada por Loewenstein, quien opone las Constituciones normativas, aquellas que son «efectivamente vividas» por destinatarios y detentadores del poder, necesitando un ambiente nacional favorable para su realización, a las Constituciones semánticas, que son una especie de «disfraz» retórico de unas realidades del todo ajenas a las formas normativas constitucionales¹².

En este trabajo, pretendemos abordar la interrogante de si, como consecuencia de la evolución político, social e institucional de América Latina en las últimas tres décadas, y producto de la interacción del sistema de protección interamericano de derechos humanos y de sus órganos, con los Estados y sus ordenamientos, ha surgido, aun de manera emergente, un cuerpo común de principios, normas y estándares, en el orden de los derechos humanos, que es compartido por los Estados latinoamericanos. Nuestro planteamiento es que, al

¹² LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría de la Constitución*. Trad. Cast. de Alfredo Gallego Anabitarre, Ariel, Barcelona, 2.ª ed., 3.ª reimp., 1983, pp. 217 y 219.

menos de manera incipiente, comienza a surgir lo que podríamos denominar un Derecho Americano de los Derechos Humanos (en adelante, el DADH). En cuanto a tipos de derechos reconocidos y contenido de los derechos, este Derecho varía, por ejemplo, del Derecho Europeo de los Derechos Humanos (en adelante, el DEDH). Este DADH es, por supuesto, DIDH, pero presenta algunos rasgos particulares. Por una lado, quizás hay derechos que el sistema interamericano de protección de los derechos humanos —en particular, una Corte Internacional de Derechos Humanos— ha abordado *ex novo* (como los derechos de los pueblos indígenas) y, por otro lado, también es posible que la Corte IDH trate los mismos derechos que la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante, la Corte EDH), pero que la Corte IDH los interprete y defina el contenido normativo de manera diferente. Todo esto sirve para contribuir a la singularidad del DADH.

Cuando hablamos del Derecho Americano de los Derechos Humanos nos estamos refiriendo a aquellas normas, principios y estándares que han ido surgiendo producto del establecimiento de un sistema interamericano de protección de los derechos humanos y, particularmente, a partir de la actividad de la Corte IDH¹³, y que constituyen los rasgos definidores o distintivos de los derechos humanos en el continente americano.

Desde un punto de vista metodológico, se debe señalar que nuestro planteamiento no es un planteamiento formal sino material y substancial. Por esta razón no se efectúa una comparación en aspectos formales con los otros sistemas de protección regional de los derechos humanos o con el sistema de protección universal de los derechos humanos. No es el sistema interamericano de protección de los derechos humanos que nosotros queremos relevar en este trabajo, como distinto o diferente de los otros, sino más bien el corazón del presente trabajo es el Derecho Americano de los Derechos Humanos. No se trata de comparar mecanismos de protección, sino la existencia de un Derecho que posee características particulares. Tampoco se trata de relevar la existencia de un Derecho que ha surgido a partir de las experiencias nacionales, sino más bien de identificar un Derecho que emana de los órganos de control del sistema interamericano, que posee particularidades y que se proyecta a los diferentes ordenes estatales. En consecuencia, tampoco se estudiará la legislación y la jurisprudencia

¹³ La Corte Interamericana de Derechos Humanos fue creada por la Convención Americana de Derechos Humanos de 1968 y fue establecida, luego de que dicha Convención entrara en vigor, con fecha 22 de mayo de 1979 durante el 7° periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA. El 22 de mayo de 1979 los Estados Partes en la Convención Americana eligieron a los juristas que serían los primeros jueces que compondrían la Corte Interamericana. La primera reunión de la Corte se celebró el 29 y 30 de junio de 1979 en la sede de la OEA en Washington D.C.

nacional sino en cuanto sirva para ejemplarizar las influencias del sistema interamericano en el orden estatal.

En otras palabras, cabe tener presente que el planteamiento dice relación con un DADH que ha surgido a partir de la actividad de los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, no de un Derecho que surge a partir de la identificación de rasgos distintivos comunes en la legislación y en la jurisprudencia de los Estados latinoamericanos. Los rasgos distintivos del DADH vienen determinados por la actividad de los órganos de control del sistema interamericano de protección y su interacción con los órganos jurisdiccionales nacionales latinoamericanos.

Se ha concentrado el área geográfica de referencia a los países latinoamericanos de habla portuguesa o española. Se excluye de esta hipótesis y, por tanto, del presente análisis a los países pertenecientes al sistema jurídico del *common law*, vale decir, Estados Unidos y Canadá y los países angloparlantes del Caribe. Junto con lo anterior, se han dejado fuera Estados de lengua francesa como Haití y las dependencias francesas de América. Además, países de lengua no latina, como Surinam y Guayana Británica en América del Sur, y Belice en América Central, y el Caribe. Una justificación para excluirlos es que la mayoría de esos países no son partes en el Pacto de San José. Esta elección se ha hecho pensando que estos países latinoamericanos comparten raíces históricas, sociales y culturales —en gran medida— comunes y que, además, tienen una visión y una aproximación a los derechos humanos compartida. Por lo tanto, cuando en este trabajo se hable del Derecho Americano de los Derechos Humanos, debe entenderse efectuada dicha referencia al grupo de países y los órdenes jurídicos que se han mencionado anteriormente.

Este estudio se encuentra dividido en dos partes principales, la primera abordará el análisis de un espacio de orden público americano, configurado, fundamentalmente, a partir de este DADH y, con posterioridad, se examinarán los rasgos principales de este orden jurídico.

1. EL ORDEN PÚBLICO Y EL ESPACIO PÚBLICO AMERICANO

Un orden público americano sería aquel que en el contexto regional mencionado determina ciertos principios, estándares, reglas y valores mínimos que apuntan a preservar al individuo y a permitir su pleno desenvolvimiento material y espiritual en el seno de la sociedad, limitando, de esta manera, el poder de los Estados y, además, de los individuos, grupos y otros actores no estatales. Este orden público americano, consagra un Estado de Derecho global o internacional (o al menos americano), asegurando la libertad del individuo en un contexto de res-

peto hacia la comunidad y establece los límites infranqueables del poder *vis-à-vis* la existencia y los derechos del individuo, de los grupos y de los pueblos¹⁴.

En este sentido, la Corte IDH ha proporcionado una especie de conceptualización del orden público que tiene su base en la CADH, y que ella califica de orden público democrático. En su Opinión Consultiva sobre *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, señaló que «[n]o escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de «orden público» y «bien común», ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el «orden público» o el «bien común» como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real»¹⁵. Cançado Trindade, por su parte, ha reforzado esta idea de orden público cuando en su voto disidente en la sentencia sobre excepciones preliminares en el *caso de las Hermanas Serrano Cruz*, señaló que «la primacía de consideraciones de *ordre public* sobre la voluntad de Estados individuales, han establecido estándares más altos de comportamiento estatal y cierto grado de control sobre la interposición de restricciones indebidas por parte de los Estados, y han, de modo alentador, fortalecido la posición de los individuos como sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con plena capacidad procesal»¹⁶.

¹⁴ Una de las reglas básicas de este Estado de Derecho internacional o supranacional —la limitación del poder estatal— ha sido establecida y repetida en reiteradas ocasiones por la Corte IDH, a saber, «[...] no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana». Vid. Corte I.D.H.: *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, par. 154, p. 32. Esta regla básica esta complementada por la obligación general del Estado de garantizar los derechos humanos. En efecto, esta Corte ha señalado que «Esta obligación implica el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos». Vid. Corte I.D.H.: *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202, par. 62, p. 22.

¹⁵ Corte I.D.H.: *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, par. 66, p. 20.

¹⁶ Corte I.D.H.: *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C No. 118. Voto Disidente del juez Antonio Augusto Cançado Trindade, par. 47, p. 15.

Esta noción de orden público, se ve respaldada también por decisiones transatlánticas, en este caso, de la Corte de Justicia de la Comunidad CEDEAO, en donde, a propósito de la esclavitud, dicha Corte ha declarado que el Estado debe proteger a las personas de las situaciones de esclavitud y que, en consecuencia, el Estado es responsable tanto en Derecho Internacional como nacional de toda forma de violación de los derechos humanos de la demandante fundada en la esclavitud, debido a la tolerancia, la pasividad, la inacción, la abstención de sus autoridades frente a esta práctica. En definitiva —señaló la Corte de Justicia de la Comunidad CEDEAO— *al omitir plantear de oficio una prohibición de orden público* y de tomar o de hacer tomar todas las medidas adecuadas para evitar la situación de esclavitud, el Estado de Níger ha comprometido su responsabilidad¹⁷.

Si entendemos la justicia constitucional como una justicia primordialmente salvaguardadora de los derechos humanos —comprendidos estos como un componente esencial de un Estado de Derecho— entonces, se puede sostener que la Corte IDH realiza una especie de justicia constitucional. La Corte IDH, a través de la cooperación judicial multinivel (vertical) con las Cortes nacionales —especialmente constitucionales— y del dialogo jurisprudencial (horizontal) con otras Cortes de Derechos Humanos, contribuye a fijar los parámetros básicos comunes de un DADH y, a través de este Derecho, de un Estado de Derecho compartido que sobrevuela todos los órdenes nacionales americanos¹⁸. Incluso más, desde la perspectiva de este orden constitucional global que tiene como eje central al individuo, a los grupos y comunidades, y la protección de sus derechos, y de la interacción importación-exportación entre Cortes u órganos constitucionales, Tushnet ha llegado a plantear el surgimiento de una visión constitucional transnacional¹⁹. El ejemplo de la Unión Europea, donde la Corte de Justicia de la Unión y la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante, la Corte EDH) actúan como catalizadores de ese orden constitucional, le asigna razón a esta idea del profesor Tushnet.

¹⁷ Corte de Justicia de la CEDEAO: Caso *Dame Hadjatou Mani Koraou c. Republica de Níger*. Arret N° ECW/CCJ/JUD/06/08, du 27 octobre 2008, pars. 85-86. El destacado es nuestro.

¹⁸ Utilizando ideas expresadas por Bogdandy, la Corte IDH, actuando de la manera que se ha señalado, sienta las reglas básicas de una gobernanza supranacional (al menos, regional Americana). Cfr. Bogdandy, Armin von: «Die Minderheitenpolitik der Europäischen Union. Zugleich ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Fassung überstaatlicher Governance», en *Kritische Justiz*, vol. 40, n.º 3 (2007), pp. 224-239.

¹⁹ «This cross-fertilization between separate constitutional cultures, which appears to be in process, may create an important bridge toward the ultimate creation of a shared, transnational constitutional vision». Tushnet, Mark: «Transnational/Domestic Constitutional Law», en *Loyola of Los Angeles Law Review*, Vol. 37, issue 2, (Fall 2003), pp. 239-269.

En consecuencia, si pensamos que los derechos humanos o fundamentales constituyen el componente estructural medular del orden constitucional, tanto interno como internacional, entonces, desde esa perspectiva, se podría hablar de una justicia constitucional multidimensional o —como se le ha denominado en el contexto de un derecho y un gobierno global— multinivel²⁰. Se ha propuesto que en la época actual la protección de los derechos fundamentales viene proporcionada en distintos niveles, porque se cautela lo que hemos denominado precedentemente «orden constitucional», en varios niveles verticales, esto es, al menos en América, en el nivel nacional y regional internacional²¹.

En este sentido, todos los niveles jurisdiccionales tienen un rol importante a jugar en la construcción y fortalecimiento constante de un «orden público americano», primordialmente, los órganos jurisdiccionales constitucionales de los Estados y, esencialmente, en su calidad de supremo intérprete de los derechos humanos en el Continente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En efecto, como ha señalado el juez Cançado Trindade, la Corte IDH cumple una «función de órgano judicial máximo de salvaguardia de los derechos humanos en el sistema interamericano de protección, y en el marco de la universalidad de los derechos humanos»²².

La reflexión sobre un orden público americano tiene al individuo como sujeto primordial de derecho, desde el punto de vista del Estado de Derecho, tanto en el contexto del orden interno de los Estados como en el contexto del orden internacional, ya que ha habido, como señala Petersmann, una progresiva transformación del Derecho Internacional desde las normas centradas en el Estado hacia las normas centradas en el individuo, de lo cual también puede dar testimonio el Derecho Constitucional contemporáneo. Por esta razón es que estamos de acuerdo con la afirmación de Petersmann en el sentido de que «[h]uman rights require all governments and intergovernmental organisations to review how the power-oriented structures of the Westphalian “international law among

²⁰ Cfr. AALBERTS, Tanja E.: «The Future of Sovereignty in Multilevel Governance Europe - A Constructivist Reading», en *Journal of Common Market Studies*, Vol. 42, n.º 1 (2004), pp. 23-46.

²¹ Para examinar una aplicación de este gobierno judicial multinivel en Europa, vid. Petersmann, Ernst-Ulrich: «Human Rights, International Economic Law and “Constitutional Justice”», en *The European Journal of International Law*, Vol. 19, n.º 4 (2008), pp. 769-798, especialmente, p. 775.

²² Corte I.D.H.: *Caso Del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de agosto de 2008 Serie C No. 181. Voto razonado del juez Antônio Augusto Cançado Trindade, par. 153.

states' must be restructured so as to respect citizens as legal subjects and protect and promote human rights more effectively»²³.

Utilizando estas dos herramientas —tradiciones constitucionales e instrumentos internacionales de derechos humanos— como fuentes de inspiración, indudablemente que se irá configurando el sistema de derechos humanos propio del ordenamiento jurídico latinoamericano, el cual, en definitiva, será el sustento y fundamento de un verdadero espacio público americano²⁴. Este espacio público americano se encuentra dotado, desde un punto de vista jurídico, de un verdadero orden constitucional, esto es, de un «orden público americano», compuesto por los valores y principios de los derechos humanos, y en cuya cúspide se encontrarían las normas de *ius cogens*.

Así, como ha sido reconocido, tanto en el ámbito europeo como en el ámbito americano, la existencia de un orden público constitucional, el sistema de derechos humanos admite y reconoce las particularidades culturales de las distintas comunidades y pueblos²⁵. En virtud de este reconocimiento, es posible que las orientaciones o los énfasis impresos al orden público europeo no sea el mismo que aquel aplicado al orden público americano, si bien, en gran medida, ambos órdenes coincidirán en su contenido. Con todo, en lo que dice relación con aquellas normas que se encuentran fuera del acuerdo convencional, y que vinculan al individuo, a las comunidades y pueblos, en todo momento y bajo cualquier circunstancia, dichas normas imperativas conforman *omnium gentium* un orden público internacional.

De este modo, la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre* y la *Convención Americana de Derechos Humanos*, son los instrumentos constitucionales principales del orden público americano, por la particular naturaleza de estos instrumentos, por el carácter objetivo de sus disposiciones y por la instau-

²³ PETERSMANN, Ernst-Ulrich: «Human Rights, International Economic Law and 'Constitutional Justice'», en *The European Journal of International Law*, Vol. 19, n.º 4 (2008), pp. 769-798, especialmente, p. 771.

²⁴ Para un desarrollo de esta idea, aplicada al continente Europeo, vid. Innerarity Grau, Daniel: «El espacio público europeo», en *Claves de razón práctica*, n.º 175 (2007), pp. 24-31

²⁵ «Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales». Vid. *Declaración y Programa de Acción de Viena*, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993. Doc. A/CONF.157/23, de fecha 12 de julio de 1993, par. 5.

ración de un sistema de garantía colectiva del respeto a los derechos humanos. Este orden público se funda, además, en que los Estados Americanos han declarado que «la consagración americana de los derechos esenciales del hombre unida a las garantías ofrecidas por el régimen interno de los Estados, establece el sistema inicial de protección que los Estados americanos consideran adecuado a las actuales circunstancias sociales y jurídicas, no sin reconocer que deberán fortalecerlo cada vez más»²⁶.

Como ya se ha mencionado precedentemente, en el ámbito americano se ha resaltado el principio de la solidaridad, entre otros instrumentos jurídicos, en la *Carta de la Organización de Estados Americanos* (en adelante, la OEA)²⁷ y, además, por supuesto, en la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en cuyo preámbulo, los Estados americanos han reafirmado «su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre» y, junto con ello, han reiterado que «con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos»²⁸. Unido a lo anterior, hay que mencionar el *Protocolo de San Salvador*, que complementa la CADH, en cuyo preámbulo los Estados han afirmado «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» y, además, han resaltado que «si bien los

²⁶ Cfr. Preámbulo, *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948).

²⁷ Los pueblos de América están «[s]eguros de que el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre». Preámbulo de la *Carta de la Organización de los Estados Americanos*, suscrita en Bogotá en 1948 y reformada por el Protocolo de Buenos Aires en 1967, por el Protocolo de Cartagena de Indias en 1985, por el Protocolo de Washington en 1992, y por el Protocolo de Managua en 1993.

²⁸ Vid. Preámbulo, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.

derechos económicos, sociales y culturales fundamentales han sido reconocidos en anteriores instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional, resulta de gran importancia que éstos sean reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos en función de consolidar en América, sobre la base del respeto integral a los derechos de la persona, el régimen democrático representativo de gobierno, así como el derecho de sus pueblos al desarrollo, a la libre determinación y a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales»²⁹.

Además, los Estados miembros, en la Asamblea General de la OEA, reiteraron, en 1991, su reconocimiento expreso al principio de solidaridad como componente esencial del orden constitucional regional. Así, en la Resolución 1080 de 1991, los Estados declararon que «teniendo en cuenta la existencia generalizada de gobiernos democráticos en el Hemisferio, es necesario darle efectiva aplicación al principio consignado en la Carta de que la solidaridad de los Estados americanos y los altos fines que con ella se persiguen requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa»³⁰.

A estos instrumentos jurídicos, hay que sumar otros no vinculantes —al menos en cuanto tales— tales como la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre* (en adelante, la DADDH), cuyo preámbulo ya en 1948, adelantaba el surgimiento, en cierne, de este Derecho Americano de los Derechos Humanos, al señalar que «la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución»³¹.

Junto con los compromisos jurídicos, existen instrumentos internacionales que contienen relevantes compromisos políticos de los Estados de América y que reconocen asimismo el principio de solidaridad y el de justicia social. En este sentido conviene tener presente la importancia que en Derecho Internacional tienen las declaraciones y otras manifestaciones oficiales de voluntad de los agentes de los Estados como fuente de obligaciones internacionales. Además, estas declaraciones son relevantes puesto que pueden contribuir a la generación o cristalización de una costumbre internacional, la cual es una importante fuente del Derecho Internacional.

²⁹ Preámbulo del *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Protocolo de San Salvador. Adoptado en San Salvador, El Salvador, con fecha 17 de noviembre de 1988, y entrado en vigor con fecha 16 de noviembre de 1999.

³⁰ Vid. *Democracia Representativa*. Doc. AG/RES. 1080 (XXI-O/91). Resolución aprobada en la quinta sesión plenaria, celebrada el 5 de junio de 1991.

³¹ Preámbulo de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana), Bogotá, Colombia, 1948.

En efecto, durante la *V Reunión de Consulta de los Ministros de Relaciones Exteriores de América*, reunida en Santiago de Chile en 1959, se adoptó la «*Declaración de Santiago de Chile*», la cual señala los rasgos fundamentales que un régimen democrático debería tener en el continente. Así, la Declaración señala que «los Gobiernos deben surgir de elecciones libres y mantener un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana; que el imperio de la ley debe asegurarse mediante la independencia de los poderes, y la fiscalización de la legalidad de los actos del Gobierno por órganos jurisdiccionales del Estado; que la perpetuación en el poder o el ejercicio de éste sin plazo determinado y con manifiesto propósito de perpetuación, son incompatibles con el ejercicio de la democracia»³².

En 1991, los Ministros de Relaciones Exteriores y Jefes de Delegación de los países miembros de la Organización de los Estados Americanos aprobaron el denominado *Compromiso de Santiago con la democracia y con la renovación del sistema interamericano*, en el cual declaran su decisión de «intensificar la lucha solidaria y la acción cooperadora contra la pobreza crítica para contribuir a disminuir las desigualdades económicas y sociales en el hemisferio, fortaleciendo así el proceso de promoción y consolidación de la democracia en la región»³³. Asimismo, decidieron «contribuir a la Protección solidaria del medio ambiente para beneficiar a las presentes y futuras generaciones asegurando un desarrollo sustentable en la región»³⁴.

En la *Declaración de Santiago*, del año 2007, las Jefas y los Jefes de Estado y de Gobierno de los veintidós países miembros de la Comunidad Iberoamericana, reiteraron su adhesión al principio de solidaridad, comprometiéndose con la cohesión social y las políticas sociales, consolidando así sociedades más articuladas y solidarias en el marco de la diversidad de los Estados iberoamericanos³⁵. Resulta destacable el compromiso adquirido por los Estados en el sentido

³² Fernández Shaw, Félix G.: «Reuniones de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de América», en *Revista de Política Internacional*, núm. 52, Noviembre-Diciembre 1960, pp. 95-116, especialmente, p. 99.

³³ Vid. *Compromiso de Santiago con la democracia y con la renovación del sistema interamericano*. Aprobado en Santiago de Chile, el 4 de junio de 1991, en la tercera sesión plenaria del Vigésimo Primer Periodo Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. Doc. OEA/Ser.P/AG/doc. 2734/91, 4 junio 1991, letra a).

³⁴ Vid. *Compromiso de Santiago con la democracia y con la renovación del sistema interamericano*. Aprobado en Santiago de Chile, el 4 de junio de 1991, en la tercera sesión plenaria del Vigésimo Primer Periodo Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. Doc. OEA/Ser.P/AG/doc. 2734/91, 4 junio 1991, letra e).

³⁵ Vid. *Declaración de Santiago*, XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno 8, 9 y 10 de noviembre de 2007, par. 12.

de «fortalecer la promoción y respeto de todos los derechos humanos como un componente indispensable en la adopción y ejecución de las políticas destinadas a lograr la cohesión social»³⁶.

En el caso de la *Declaración de San Salvador* de la XVIII Cumbre Iberoamericana, del año 2008, los Estados miembros expresaron que reconocían la «importancia que reviste para el presente y futuro de nuestras sociedades el atender las necesidades de la juventud, como protagonista y beneficiario del desarrollo y de políticas públicas, orientadas a garantizar los más elevados niveles de equidad, justicia social, solidaridad, participación e inclusión en nuestros pueblos». Y, además, acordaron, «desarrollar políticas que promuevan en la juventud iberoamericana los valores de la solidaridad, justicia, tolerancia, igualdad, equidad y paz; así como su activa participación como actores sociales protagónicos del desarrollo, en el contexto de un mundo globalizado e interdependiente»³⁷.

En el contexto de las Cumbres de las Americas, los Jefes de Estado y de Gobierno también han reiterado el principio de solidaridad y de justicia social. Así, en la Cuarta Cumbre de las Americas, del año 2005, las Jefas y los Jefes de Estado y de Gobierno de los países democráticos de las Américas señalaron expresamente: «Reafirmamos que el carácter participativo de la democracia en nuestros países, en los diferentes ámbitos de la actividad pública, contribuye a la consolidación de los valores democráticos y a la libertad y la solidaridad en el Hemisferio»³⁸.

Por su parte, en la Quinta Cumbre de las Americas, del año 2009, las Jefas y los Jefes de Estado y de Gobierno de los países democráticos de las Américas, declararon que actuaban «guiados por un espíritu renovado de cooperación, integración y solidaridad»³⁹. Luego, los jefes de Estado de las Americas reafirman todos

³⁶ Vid. *Declaración de Santiago*, XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno 8, 9 y 10 de noviembre de 2007, par. 13.

³⁷ Vid. *Declaración de San Salvador*. XVIII Cumbre Iberoamericana de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno de los veintidós países miembros de la Comunidad Iberoamericana, reunidos en la ciudad de San Salvador, República de El Salvador, en 2008, par. 2.

³⁸ Vid. *Declaración de Mar del Plata: «Crear Trabajo para Enfrentar la Pobreza y Fortalecer la Gobernabilidad Democrática»*. Cuarta Cumbre de las Americas, Mar del Plata, Argentina, 5 de noviembre de 2005, par. 60, p. 12.

³⁹ «Reafirmamos los principios y valores de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), la Carta Democrática Interamericana, el Consenso de Monterrey sobre Financiación para el Desarrollo y la Declaración del Milenio; y estamos decididos a intensificar nuestra lucha contra la pobreza, el hambre, la exclusión social, la discriminación y la desigualdad, así como promover la inclusión y la cohesión social para mejorar las condiciones de vida de nuestros pueblos y alcanzar el desarrollo y la justicia social». Vid. *Declaración de Compromiso de Puerto España: Asegurar el futuro de nuestros ciudadanos pro-*

los principios y valores contenidos en la Carta de la OEA, por lo tanto, el principio de solidaridad y de justicia social y continúan para señalar que «nuestra concepción de seguridad en el Hemisferio incorpora las prioridades de cada Estado, contribuye a la consolidación de la paz, el desarrollo integral y la justicia social, y se basa en valores democráticos, el respeto, la promoción y defensa de los derechos humanos, la solidaridad, la cooperación y el respeto a la soberanía nacional»⁴⁰.

De esta manera, se podría sostener que el principio de solidaridad, es un principio estructural del orden constitucional internacional americano y que, en cuanto tal, constituye uno de los rasgos distintivos del Derecho Americano de los Derechos Humanos.

Estos instrumentos jurídicos, que contienen y reconocen el principio de solidaridad, contribuyen, *inter alia*, a determinar el orden jurídico americano. De esta manera, el estándar mínimo de derechos humanos compone y configura un espacio público americano, que desde el punto de vista normativo, se llena de contenido a través del orden público americano. El orden público americano fija el marco jurídico mínimo dentro del cual los Estados —constitucionales y democráticos— americanos pueden moverse para alcanzar grados avanzados de justicia social. A través del DADH, el Estado latinoamericano es un Estado democrático, multicultural y comunitario, gracias al fuerte contenido humanista, que el especial sentido de comunidad existente en el continente, le impregna a los derechos humanos, especialmente, a los DESC. Dicho de otro modo, los derechos humanos, particularmente, los DESC, son leídos en América Latina a la luz del fuerte sentido de comunidad que existe en la región, en cuyo seno se aloja un poderoso componente de solidaridad. Esto último explica que el Estado constitucional latinoamericano pueda ser visto, desde la óptica del DADH, como un Estado democrático, multicultural y comunitario de derechos.

En este contexto, como se ha dicho, el DADH puede caracterizarse por la consagración de la diversidad cultural y del reconocimiento de la identidad cultural como derecho humano colectivo, por el desarrollo, en la última década, de su doctrina en materia de los derechos sociales, y por el reconocimiento expreso de normas de *ius cogens*. A continuación se examinara brevemente cada uno de estos particularismos del DADH.

moviendo la prosperidad humana, la seguridad energética y la sostenibilidad ambiental. Quinta Cumbre de las Américas, Puerto España, Trinidad y Tobago, 19 de abril de 2009. Doc. OEA/Ser.E, CA-V/DEC.1/09, 19 de abril de 2009, par. 2.

⁴⁰ Vid. *Declaración de Compromiso de Puerto España: Asegurar el futuro de nuestros ciudadanos promoviendo la prosperidad humana, la seguridad energética y la sostenibilidad ambiental*. Quinta Cumbre de las Américas, Puerto España, Trinidad y Tobago, 19 de abril de 2009. Doc. OEA/Ser.E, CA-V/DEC.1/09, 19 de abril de 2009, par. 68.

2. PERFIL ESPECÍFICO Y CONTENIDO DEL DADH

¿Cuál es el contenido normativo concreto de este DADH, que le otorga una singularidad especial frente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y también frente al DEDH y al DADH? Para enfrentar esta pregunta vale la pena, en primer lugar, tener en cuenta que, tal vez, los contenidos de los derechos no son diversos —salvo el caso especial de los derechos de los pueblos indígenas y la extensión y contenido que se la ha dado al dominio del *ius cogens*— pero la aplicación e interpretación que de dichos derechos se hace, es diversa, esto es, más elástica, extensa, flexible, o también, puede ser, más estricta o reducida.

Reiteramos, en esta parte, que cuando hablamos del Derecho Americano de los Derechos Humanos nos estamos refiriendo a aquellas normas, principios y estándares que han ido surgiendo producto del establecimiento de un sistema interamericano de protección de los derechos humanos y, particularmente, a partir de la actividad de la Corte IDH, y que constituyen los rasgos definidores o distintivos de los derechos humanos en el continente americano.

Entre estos rasgos distintivos o diferenciadores, podemos mencionar (a) la protección de la diversidad cultural, (b) los desarrollos respecto de los DESC y (c) la jurisprudencia dinámica y extensiva en el dominio del *ius cogens*.

A) Promoción y protección de la diversidad cultural

La proyección de la diversidad cultural en la esfera de los derechos humanos se ha producido con especial énfasis en el ámbito latinoamericano, gracias a la especificidad de la composición étnica del continente americano, en particular, de la presencia de pueblos indígenas y de población afrodecendiente. La forma en que se ha ido produciendo el reconocimiento gradual de la diversidad cultural en el DADH es doble.

Por un lado, la Corte IDH ha ido reconociendo los derechos de los miembros de los pueblos indígenas, teniendo en cuenta sus características etnoculturales y sus derechos específicos. Por otro lado, en un grado más avanzado, la Corte IDH también ha reconocido derechos humanos colectivos de la comunidad indígena en cuanto tal y, con ello, su capacidad jurídica como sujetos de Derecho Internacional⁴¹. En esta línea, la Corte IDH ha enfatizado, en el *Caso*

⁴¹ BRUNNER, Lisl: «The Rise of Peoples' Rights in the Americas: The Saramaka People Decision of the Inter-American Court of Human Rights», en *Chinese Journal of International Law*, vol. 7, n.º 3 (2008), pp. 699-711.

del *Pueblo Saramaka*, que «el pueblo Saramaka es un grupo tribal distinto, cuyos miembros gozan y ejercen ciertos derechos de manera colectiva»⁴², lo que, dicho de otro modo, implica reconocerlos como «sujet à part entière».

Al mismo tiempo, un elemento característico de las modernas democracias constitucionales comunitarias de América Latina es su claro componente multicultural, lo que resalta el enfoque comunitario que se le está imprimiendo a las Constituciones de la región⁴³.

Los pueblos indígenas, como colectivo organizado, han irrumpido definitivamente en la escena político-constitucional e internacional de América Latina, y lo han hecho para quedarse. A lo largo de las últimas tres décadas, estos pueblos han dejado sentir la reivindicación de sus derechos específicos y, particularmente, sus derechos a las tierras y territorios que tradicionalmente les han pertenecido. Los pueblos indígenas han sido particularmente exitosos no sólo en el reconocimiento constitucional de su existencia y de sus derechos, sino además, en los litigios ante órganos jurisdiccionales, donde han reivindicado sus derechos.

Fruto de esta movilización, la identidad cultural ha pasado a ser un elemento identificador de las democracias constitucionales comunitarias y multiculturales, donde el individuo no pasa a tener derechos conforme a un patrón de derechos abstracto homogéneamente definidos, sino donde el individuo tiene los derechos fundamentales básicos que la Constitución asegura a todos y además aquellos que le corresponde conforme a su identidad cultural⁴⁴. Así, el individuo se en-

⁴² Corte I.D.H.: Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125; Corte I.D.H.: Caso del *Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, par. 65, p. 52.

⁴³ Vid. AGUILAR, Gonzalo; LAFOSSE, Sandra; ROJAS, Hugo; STEWARD, Rébecca: «Modelos de reconocimiento constitucional de los Pueblos Indígenas en América Latina», en Serie Estudios, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Santiago de Chile, Vol. III, 2009, *passim*.

⁴⁴ Los Estados del Continente, reunidos en la Quinta Cumbre de las Américas en 2009, han señalado, a este respecto, lo siguiente: «Reconociendo la diversidad y el carácter tradicional y ancestral de las culturas, historias y circunstancias demográficas, socioeconómicas y políticas de los pueblos indígenas, reafirmamos nuestro compromiso de respetar sus derechos, y promoveremos la conclusión exitosa de las negociaciones de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas es esencial para su existencia, bienestar y desarrollo integral. De acuerdo con la legislación nacional de cada Estado, promoveremos el ejercicio de sus derechos, su plena participación en las actividades nacionales y la creación de las condiciones que les permitan superar la pobreza, la exclusión social y la desigualdad». Vid. *Declaración de Compromiso de Puerto España*, Quinta Cumbre de las Américas, realizada del 17 al 19 de abril de 2009, en Puerto España, Trinidad y Tobago, par. 86.

cuentra reconocido como parte integrante de la sociedad estatal en cuanto ciudadano y además, conforme a su identidad cultural.

Además, la democracia constitucional multicultural, implica un reconocimiento de las comunidades y pueblos y de los distintos grupos componentes de la sociedad, tales como los pueblos indígenas, las minorías, los inmigrantes, etc. todos los cuales merecen una protección especial, mediante el respectivo reconocimiento constitucional, debido a su particular situación de vulnerabilidad. En este contexto, la democracia constitucional multicultural comprende, además, los derechos humanos colectivos por contraposición a los derechos —eminente-mente individuales— del constitucionalismo liberal. En este sentido, es sintomática la aparición, en las diversas constituciones de América Latina, de reconocimientos expresos del multiculturalismo y de derechos colectivos. De este grupo, sin lugar a dudas, las constituciones más avanzadas en este sentido son las Constituciones de Venezuela, Ecuador y Bolivia, lo cual, sin duda, representa un progreso para el desarrollo humano en dichos Estados, a pesar de las críticas que se puedan hacer al proceso constitucional seguido o al régimen constitucional que dichas reformas pretenden instaurar. Por su parte, la Constitución Política de Chile y de Uruguay pueden ser destacadas como unas de las escasas constituciones de América Latina que no han incorporado el reconocimiento del multiculturalismo ni los derechos de los pueblos indígenas, lo que demuestra el carácter claramente refractario de la clase política y de los operadores jurídicos, frente al constitucionalismo incluyente y multicultural del tercer milenio, es decir, un multiculturalismo donde todos tienen cabida, con el reconocimiento y respeto de sus propias especificidades.

A pesar de los avances y progresos logrados en materia de reforma constitucional y de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y de los derechos de los pueblos indígenas, subsiste una cultura de exclusión, racismo y discriminación. Esta cultura fue cimentada por el constitucionalismo liberal que a lo largo de siglos han olvidado a los pueblos indígenas asumiendo como parámetro constitucional la figura del colonizador y enarbolando la bandera, que hoy se ha revelado falaz, de que todas las personas son iguales. En virtud de este principio de igualdad, se ha preterido al indígena, se lo ha aislado y se lo ha excluido y se han cometido grandes violaciones de derechos humanos. En virtud de este principio de igualdad se ha terminado de desposeer al indígena de sus derechos. Esta cultura constitucional forjada en los albores de nuestra vida republicana, subsiste hoy en día. Una reacción real, y concretamente posible, inspirada por el motor de los derechos humanos, es reconocer que no todos los individuos se encuentran en un pie de igualdad y que es necesario corregir las desigualdades de la sociedad, a través de tratamientos diferenciados —objetivos, razonables y propor-

cionados— a fin de restablecer una igualdad de derechos, que en los hechos, no existe.

Según el DIDH, es deber del Estado diseñar sus políticas públicas e implementar programas con base en las normas constitucionales e internacionales de derechos humanos a fin de acortar paulatinamente la brecha entre desarrollo normativo y cultura constitucional en el ámbito de la identidad cultural. En este sentido, en el ámbito universal se puede mencionar, la *Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales*, adoptada en París el 28 de noviembre de 1978, en el seno de la Unesco⁴⁵. Además, la *Declaración Universal de la Unesco sobre la Diversidad Cultural*, aprobada el 2 de noviembre de 2001. Esta Declaración en su artículo 1º señala que «[l]a cultura adquiere formas diversas a través del tiempo y del espacio. Esta diversidad se manifiesta en la originalidad y la pluralidad de las identidades que caracterizan a los grupos y las sociedades que componen la humanidad. Fuente de intercambios, de innovación y de creatividad, la diversidad cultural es tan necesaria para el género humano como la diversidad biológica para los organismos vivos. En este sentido, constituye el patrimonio común de la humanidad y debe ser reconocida y consolidada en beneficio de las generaciones presentes y futuras». Junto con lo anterior, existe la relevante *Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial*, adoptada en París el 17 de octubre de 2003⁴⁶. Sin lugar a dudas, el avance más importante respecto de la protección de la diversidad cultural, a nivel normativo, es la *Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales*, adoptada en París, el 20 de octubre de 2005⁴⁷. El artículo 4.1. de la referida Convención señala que «[l]a “diversidad cultural” se refiere a la multiplicidad de formas en que se expresan las culturas de los grupos y sociedades. Estas expresiones se transmiten dentro y entre los grupos y las sociedades. La diversidad cultural se manifiesta no sólo en las diversas formas en que se expresa, enriquece y transmite el

⁴⁵ «Artículo 1º: Todos los individuos y los grupos tienen derecho a ser diferentes, a considerarse y ser considerados como tales». Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales, adoptada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, reunida en París en su 20.ª reunión, del 24 de octubre al 28 de noviembre de 1978, doc. E/CN.4/Sub.2/1982/2/Add.1, annex V (1982).

⁴⁶ Hasta el 30 de octubre de 2009 esta Convención tenía 117 Estados Partes. La Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial entró en vigor el 20 de abril de 2006.

⁴⁷ Hasta octubre de 2009, 103 Estados eran partes en esta Convención. La Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales entró en vigor el 18 de marzo de 2007. Los siguientes países del continente americano son partes en esta Convención: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Cuba, Ecuador, Granada, Guatemala, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía y Uruguay.

patrimonio cultural de la humanidad mediante la variedad de expresiones culturales, sino también a través de distintos modos de creación artística, producción, difusión, distribución y disfrute de las expresiones culturales, cualesquiera que sean los medios y tecnologías utilizados». Además, no se puede dejar de mencionar la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, Resolución aprobada por la Asamblea General, 13 de septiembre de 2007, aprobada por una mayoría de más de 140 Estados.

En el ámbito regional americano, existe, aun en negociación, el Proyecto de *Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas*⁴⁸. Además, la *Carta Cultural Iberoamericana*, del año 2006, adoptada en la Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, realizada en Montevideo (Uruguay), el 4 y 5 de noviembre de 2006. Esta Carta, que tiene como objetivo preciso, reforzar la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, de 2005, consagra como principio rector que «[l]os derechos culturales deben ser entendidos como derechos de carácter fundamental según los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia. Su ejercicio se desarrolla en el marco del carácter integral de los derechos humanos, de forma tal, que ese mismo ejercicio permite y facilita, a todos los individuos y grupos, la realización de sus capacidades creativas, así como el acceso, la participación y el disfrute de la cultura. Estos derechos son la base de la plena ciudadanía y hacen de los individuos, en el colectivo social, los protagonistas del quehacer en el campo de la cultura».

Un ejemplo de la recepción por la jurisprudencia interamericana de este reconocimiento y protección de la diversidad cultural, lo encontramos en el caso de la *Comunidad Indígena Yakyé Axa*, del año 2005. En este caso, la Corte reconoce a la comunidad indígena como un sujeto pleno de derechos colectivos preexistentes a cualquier reconocimiento que se realice en el orden interno. En efecto, la Corte «considera que el otorgamiento de personería jurídica sirve para hacer operativos los derechos ya existentes de las comunidades indígenas, que los vienen ejerciendo históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas. Sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, y los derechos que ello apareja, como la designación de sus propios líderes y el derecho a reclamar sus tierras tradicionales, son reconocidos no a la persona jurídica que debe inscribirse para cumplir con un formalismo le-

⁴⁸ Registro del estado actual del *Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* (resultados de las Once Reuniones de Negociación para la Búsqueda de Consensos celebradas por el Grupo de Trabajo). Doc. GT/DADIN/doc. 334/08 rev. 4, 19 noviembre 2009. Vid. www.oas.org/OASpage/Events/default.asp?eve_code=11.

gal, sino a la comunidad en sí misma que la propia Constitución paraguaya reconoce como preexistente al Estado»⁴⁹.

B) *Promoción y protección de los DESC*

Dentro de los avances que se han producido en estas últimas décadas, se encuentra el lento posicionamiento, en un lugar de relevancia en la agenda político-constitucional de los países de la región, de los derechos económicos, sociales y culturales. No es que los Estados de la región hayan superado con éxito todas las exigencias derivadas de la plena satisfacción de los derechos civiles y políticos, y muestra de ello son los defectos que aún subsisten en muchos países en relación con el derecho al debido proceso, pero se ha posicionado, en términos relativamente equivalentes, el debate constitucional en torno a los derechos económicos, sociales y culturales.

En esta línea, la superación de la tradicional distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos contribuiría a la adquisición de 'ciudadanía plena' de los DESC en el orden estatal y permitiría la desaparición definitiva de la distinción, que ha predominado en los ordenes estatales, en cuanto al carácter mismo de derechos, de los DESC.

El orden internacional, mucho más dinámico que el orden constitucional en esta materia, ha evolucionado progresivamente a través de la adopción de un nuevo *Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, que contempla la posibilidad de aceptar la competencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, para recibir denuncias individuales⁵⁰. Desde la perspectiva interamericana, el Protocolo de San Salvador,

⁴⁹ «La comunidad indígena, para la legislación paraguaya, ha dejado de ser una realidad fáctica para pasar a convertirse en sujeto pleno de derechos, que no se reducen al derecho de sus miembros individualmente considerados, sino se radican en la comunidad misma, dotada de singularidad propia». Corte I.D.H.: Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, pars. 82-83, p. 65.

⁵⁰ El Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en ocasión del 60º aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el 10 de diciembre de 2008, mediante la resolución A/RES/63/117. En dicha resolución, la Asamblea General recomienda que el Protocolo Facultativo sea abierto a la firma en una ceremonia el año 2009. Hasta noviembre de 2009, 30 Estados han firmado el Protocolo, de los cuales siete Estados de América Latina, a saber, Argentina, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Paraguay, Uruguay; «Artículo 2. Comunicaciones: Las comunicaciones podrán ser presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Es-

adoptado en 1988 y entrado en vigor en 1999, representa una evolución cualitativa de los derechos económicos, sociales y culturales. Esta normativa representa un paso importante en el respeto y protección de los DESC en el sistema interamericano y viene a complementar la escasa normativa regional ya existente, entre otros instrumentos, la *Carta Internacional Americana de Garantías Sociales* o *Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador*, aprobada en la 9ª Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, en 1948. En este sentido, podría afirmarse junto con Cançado Trindade que «[e]n nuestros días, la conciencia jurídica universal ha despertado para reconocer judicialmente el sufrimiento humano y buscar su reparación mediante la garantía del primado de la Justicia en las relaciones humanas»⁵¹.

La jurisprudencia de la Corte IDH, tímidamente, ha intentado pronunciarse sobre los DESC, en algunos casos contenciosos. Sin embargo, en nuestra opinión, los avances más notables que se han producido en esta materia, en la Corte IDH, han provenido del ejercicio de la competencia consultiva, por ejemplo, en el caso de los *Trabajadores Migrantes Indocumentados*⁵².

En efecto, desde la perspectiva de los DESC, la actividad de la Corte IDH ha sido más bien recatada, por la escasez de mención de estos derechos en la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* y por la debilidad que plantea el Protocolo de San Salvador, el cual, si bien reconoce esta clase de derechos, sólo contempla la jurisdicción de la Corte IDH y la posibilidad de presentar denuncias individuales, respecto de dos derechos⁵³. En efecto, el Protocolo de

tado Parte de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto. Para presentar una comunicación en nombre de personas o grupos de personas se requerirá su consentimiento, a menos que el autor pueda justificar que actúa en su nombre sin tal consentimiento». *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, adoptado por la Asamblea General mediante resolución A/RES/63/117 adoptada el 10 de diciembre de 2008.

⁵¹ Corte I.D.H.: Caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153. Voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, par. 68, p. 23.

⁵² Corte I.D.H.: *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

⁵³ Todos los países de América del Sur, salvo Chile y Venezuela, han ratificado el Protocolo de San Salvador. «Artículo 19: Medios de Protección: 6. En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos». *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos*

San Salvador redujo la posibilidad de presentar denuncias individuales a ciertos derechos sindicales y al derecho a la educación⁵⁴.

En consecuencia, desde la perspectiva jurisdiccional, la competencia contenciosa de la Corte en materia de DESC ha sido discreta y ejercida con cautela⁵⁵. Aun cuando la actuación de la Corte IDH ha sido, más bien, recatada, se puede apreciar una modalidad novedosa en los esfuerzos por hacer realizables,

Económicos, Sociales y Culturales «Protocolo de San Salvador» (Suscrito en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimotercero período ordinario de sesiones de la Asamblea General). Entrada en vigor: 16 de noviembre de 1999.

⁵⁴ «Artículo 8: Derechos Sindicales: 1. Los Estados partes garantizarán: a. el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente»; «Artículo 13: Derecho a la Educación: 1. Toda persona tiene derecho a la educación. 2. Los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz. 3. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación: a. la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; b. la enseñanza secundaria en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; c. la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; d. se deberá fomentar o intensificar, en la medida de lo posible, la educación básica para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria; e. se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales. 4. Conforme con la legislación interna de los Estados partes, los padres tendrán derecho a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, siempre que ella se adecue a los principios enunciados precedentemente. 5. Nada de lo dispuesto en este Protocolo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, de acuerdo con la legislación interna de los Estados partes».

⁵⁵ En este sentido, el propio juez García Ramírez ha señalado que reconoce «que la jurisprudencia de la Corte ha sido muy limitada, hasta hoy, en la referencia a los derechos de esta naturaleza [DESC]». Corte I.D.H.: Caso *Acevedo Buendía y otros («Cesantes y Jubilados de la Contraloría») vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198, par. 16, p. 4.

concretos y justiciables los DESC, en un continente donde las desigualdades, la exclusión y la extrema pobreza —a diferencia de la realidad Europea— afectan a poblaciones enteras, especialmente, a aquellos más vulnerables, como indígenas, niños, mujeres, personas de edad y discapacitados. Por una parte, la Corte IDH ha efectuado una protección indirecta, que nosotros denominaremos *par ricochet*⁵⁶. Esta protección indirecta ha adquirido dos modalidades, por un lado, a través de los derechos civiles y políticos y, por otro lado, mediante las reparaciones. Por otra parte, la Corte IDH ha recibido demandas por violación directa del artículo 26 de la CADH, sin que, en esta circunstancia, haya declarado la violación del derecho. Sin embargo, lo que resulta interesante tener en consideración,

Como se ha dicho, queda por rescatar que la Corte IDH, al igual que lo ha hecho la Corte Europea de Derechos humanos, y aun cuando sea indirectamente, ha intentado la protección de los DESC con la técnica *par ricochet*. La técnica de protección *par ricochet* implica que el tribunal, debido a obstáculos o impedimentos en la protección directa —o en tener ese derecho como violado—, efectúa una protección indirecta del derecho violado, por la vía de otro derecho, el cual en la forma se declara como violado. En efecto, tal como lo ha señalado la profesora Melish «rather than recognizing the autonomous rights of individuals to health, education or adequate housing under the Convention, the Inter-American Court of Human Rights has opted for a canopy approach, subsuming these basic rights, all of which are necessary for the development of a dignified life, into a broadly understood concept of the “right to life” and, more specifically, the “right to harbor a project of life”»⁵⁷.

En otras palabras, la Corte IDH ha intentado efectuar una protección de los DESC por la vía de los derechos civiles y políticos. En este sentido, nosotros coincidimos con lo que afirma el profesor Nolan, cuando señala que «[t]he willingness and capacity of regional bodies to employ civil and political rights standards to indirectly protect ESR, and vice versa, demonstrates the reality that a considerable number of rights including the right to life, the right to equality,

⁵⁶ Este concepto ha sido desarrollado inicialmente por el profesor Sudre a propósito de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos. Vid. SUDRE, Frédéric: *Droit international et européen des droits de l'homme*. PUF, Paris, 5^e édition, 2001, pp. 182-189; BÉATRICE DELZANGLES, Béatrice: «L'émergence des droits et objectifs sociaux dans le contentieux européen des droits de l'homme», en *L'Observateur des Nations Unies*, n.º 17 (2004), pp. 1-23, especialmente, p. 4.

⁵⁷ MELISH, Tara: «The Inter-American Court of Human Rights: Beyond Progressivity», in Langford (ed.): *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. New York: Cambridge University Press, 2008, pp. 372-388.

trade union rights and property rights, do not conform with any supposed clear-cut categories of ESR and civil and political rights»⁵⁸. En este contexto, la Corte IDH ha protegido y garantizado DESC, cuando se ha invocado como violado, *inter alia*, el derecho a la vida. Para este efecto, la Corte recurrido a conceptos vinculados al derecho a la vida y que, de hecho, amplían el contenido de dicho derecho, tales como el derecho a una vida digna, las condiciones mínimas de vida y el derecho al proyecto de vida. Esta es una de las vías por las que la Corte IDH ha intentado proporcionar protección a los DESC.

Por ejemplo, la Corte ha señalado en el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, del año 2006, donde se invocó el derecho a la vida como violado pero se desarrolló, también, un aspecto del derecho a la salud, que «[t]odo tratamiento de personas que padecen de discapacidades mentales debe estar dirigido al mejor interés del paciente, debe tener como objetivo preservar su dignidad y su autonomía, reducir el impacto de la enfermedad, y mejorar su calidad de vida»⁵⁹.

Por otra parte, cuando hablamos de protección por vía de reparación nos estamos refiriendo a aquellas situaciones en las cuales la Corte IDH intenta proporcionar una forma indirecta de satisfacción de los DESC. Esto lo hace, incluyendo entre las medidas de reparación que ordena en las sentencias, cuando lo estima necesario, medidas que tienden a garantizar, promover y proteger DESC, tales como la construcción de un dispensario de salud en el seno de la comunidad afectada.

En esta línea, en el caso del *Tribunal Constitucional vs. Perú*, la Corte IDH, proporciona un ejemplo claro de lo señalado, ya que dentro de la reparación, ordenó al Estado pagar los salarios devengados y demás derechos laborales que correspondan⁶⁰. En el caso *Baena Ricardo vs. Panamá*, la Corte IDH condenó la aplicación retroactiva de una ley que acarrió «el despido de un amplio número de dirigentes sindicales, con lo cual se afectó gravemente la organización y la actividad de los sindicatos que agrupaban a los trabajadores, y se vulneró la liber-

⁵⁸ NOLAN, Aoife: «Addressing Economic and Social Rights Violations by Non-state Actors through the Role of the State: A Comparison of Regional Approaches to the ‘Obligation to Protect’», *Human Rights Law Review*, Vol. 9, n.º 2 (2009), pp. 225-255, especialmente, p. 253.

⁵⁹ Corte I.D.H.: Caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, par. 109, p. 31.

⁶⁰ «Esta Corte ha manifestado, en relación al daño material en el supuesto de víctimas sobrevivientes, que el cálculo de la indemnización debe tener en cuenta, entre otros factores, el tiempo que éstas permanecieron sin trabajar. La Corte considera que dicho criterio es aplicable en el presente caso, y para tal efecto dispone que el Estado debe pagar los montos correspondientes a los salarios caídos y demás derechos laborales que correspondan a los magistrados destituidos, de acuerdo con su legislación». Corte I.D.H.: Caso del *Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, par. 121, p. 54.

tad de asociación sindical»⁶¹. Además, en el caso de los *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, de 2006, la Corte, sin pronunciarse de rechamente sobre derechos sociales violados, ordenó, como medida reparatoria, la creación de un órgano independiente e imparcial para que revise los despidos de los trabajadores del Congreso⁶².

En otras palabras, la Corte IDH ha aplicado una especie de protección indirecta o *par ricochet* de los DESC, ya no tan sólo por la vía de una concepción amplia de ciertos derechos civiles y políticos, sino, en esta ocasión, a través de las medidas reparatorias. De este modo, resulta interesante observar cómo, mediante las medidas reparatorias ordenadas en sus sentencias, la Corte otorga una suerte de protección de los DESC haciendo que el Estado cumpla con sus obligaciones de respeto, de protección y satisfacción o cumplimiento. Así ocurre, por ejemplo, en el caso, bien conocido, de la «Corte Primera de lo Contencioso Administrativo» de Venezuela, del año 2008, relacionado «con la destitución de los ex-jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (en adelante «la Corte Primera») Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz Barbera el 30 de octubre de 2003, por haber incurrido en un error judicial inexcusable al conceder un amparo cautelar que suspendió los efectos de un acto administrativo que había negado el registro de una compraventa»⁶³.

⁶¹ «158. Esta Corte considera que la libertad de asociación, en materia sindical, reviste la mayor importancia para la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores y se enmarca en el *corpus juris* de los derechos humanos. 159. La libertad de asociación, en materia laboral, en los términos del artículo 16 de la Convención Americana, comprende un derecho y una libertad, a saber: el derecho a formar asociaciones sin restricciones distintas a las permitidas en los incisos 2 y 3 de aquel precepto convencional y la libertad de toda persona de no ser compelida u obligada a asociarse. El Protocolo de San Salvador de 17 de noviembre de 1988, en su artículo 8.3, recoge la misma idea y precisa que, en materia sindical, «[n]adie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato». Corte I.D.H.: Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, pars. 158 y 159, p. 101.

⁶² «148. Sin embargo, en el presente caso el Tribunal considera que la reparación consecuente con las violaciones declaradas es disponer que el Estado garantice a los lesionados en el goce de sus derechos o libertades conculcados, a través del efectivo acceso a un recurso sencillo, rápido y eficaz, para lo cual deberá constituir a la mayor brevedad un órgano independiente e imparcial que cuente con facultades para decidir en forma vinculante y definitiva si esas personas fueron cesadas regular y justificadamente del Congreso de la República o, en caso contrario, que así lo determine y fije las consecuencias jurídicas correspondientes, inclusive, en su caso, las compensaciones debidas en función de las circunstancias específicas de cada una de esas personas». Corte I.D.H.: Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, par. 148, p. 55.

⁶³ Corte I.D.H.: Caso *Apitz Barbera y otros («Corte Primera de lo Contencioso Administrativo») vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, par. 2, p. 2.

Por último, como se expone a continuación, la Corte IDH ha sido requerida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para una protección directa, invocando expresamente el artículo 26 de la CADH como violado, pero, en estos casos, la Corte ha declinado declararlo violado. Sin embargo, en estos mismos casos, la Corte IDH ha avanzado su doctrina sobre DESC, reconociendo principios y estándares aplicables a estos derechos.

En el caso «*Cinco Pensionistas*» vs. Perú, de 2003, la Corte IDH tuvo la gran oportunidad —lamentablemente perdida— de pronunciarse sobre una violación del derecho al desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales contenido en el artículo 26 de la CADH, en particular, en lo relativo al derecho a la pensión⁶⁴. Desde ya, podemos mencionar que derecho humano a un desarrollo progresivo implica una prohibición taxativa de la regresividad.

Recientemente, la Corte IDH ha desarrollado un poco más su doctrina sobre los derechos económicos, sociales y culturales. Se trata del caso de los *Cesantes y Jubilados de la Contraloría vs Perú*, de 2009. Este caso se fundó en el «incumplimiento de las sentencias judiciales del Tribunal Constitucional del Perú de 21 de octubre de 1997 y 26 de enero de 2001 que ordenan «que la Contraloría General de la República cumpla con abonar a los integrantes de la Asociación actora las remuneraciones, gratificaciones y bonificaciones que perciben los servidores en actividad de la citada Contraloría que desempeñen cargos idénticos, similares o equivalentes a los que tuvieron los cesantes o jubilados», respecto de doscientos setenta y tres (273) integrantes de la Asociación de Cesantes y Jubilados de la Contraloría General de la República»⁶⁵.

Este caso presenta algunas diferencias con respecto al de los «*Cinco Pensionistas*». Por una parte, en este caso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la CIDH) no solicitó que se declarara violado el artículo 26 de la CADH, a diferencia de lo ocurrido en el caso de los «*Cinco Pensionistas*» donde sí efectuó tal petición. Sin embargo, las partes afectadas alegaron el artículo 26 de la CADH como violado. Por otra parte, lamentablemente, en este caso, la Corte IDH prefirió no pronunciarse sobre la violación del referido artículo 26. No es que la Corte haya rechazado la pretensión de considerar el artículo 26 de la CADH como violado —como ocurrió en el caso de los Cinco Pensionistas— sino que simplemente aquí no se pronunció.

⁶⁴ Corte I.D.H.: Caso «*Cinco Pensionistas*» vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, par. 147, p. 64.

⁶⁵ Corte I.D.H.: Caso *Acevedo Buendía y otros («Cesantes y Jubilados de la Contraloría») vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198, par. 2.

Sin embargo, la competencia consultiva de la Corte IDH ha constituido una herramienta eficaz para la construcción, en ciernes, de una doctrina jurisprudencial sobre los DESC, en particular, sobre los derechos sociales. En efecto, en su Opinión *Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, la Corte IDH tuvo la oportunidad de afirmar que «son numerosos los instrumentos jurídicos en los que se regulan los derechos laborales a nivel interno e internacional, la interpretación de dichas regulaciones debe realizarse conforme al principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana, en este caso, al trabajador»⁶⁶.

Asimismo, en nuestra opinión, el tratamiento de los derechos de los pueblos indígenas por la Corte IDH—debiendo necesariamente abordar las relaciones de estas comunidades con su entorno natural—, ha abierto la posibilidad de la consideración de los DESC, especialmente, en el ámbito del control sobre los recursos naturales, la protección del medio ambiente y el reconocimiento de la especificidad cultural indígena. Por ejemplo, en la solicitud de interpretación de la sentencia, en el caso del *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, la Corte IDH señaló que «la sentencia establece que los EISAs [Estudios Previos de Impacto Social y Ambiental] deben ser concluidos de manera previa al otorgamiento de la concesión, ya que uno de los objetivos de la exigencia de dichos estudios es garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser informado acerca de todos los proyectos propuestos en su territorio. Por lo tanto, la obligación del Estado de supervisar los EISAs coincide con su deber de garantizar la efectiva participación del pueblo Saramaka en el proceso de otorgamiento de concesiones. Además, los EISAs deben ser asumidos por entidades independientes y técnicamente capacitadas, bajo la supervisión del Estado. Finalmente, uno de los factores que debiera tratar el estudio de impacto social y ambiental es el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hayan sido propuestos. Este análisis permitiría concluir de una manera más certera si los efectos individuales y acumulados de actividades existentes y futuras pueden poner en peligro la supervivencia de los pueblos indígenas o tribales»⁶⁷.

⁶⁶ «El Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales». Corte I.D.H.: *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, par. 148, p. 128.

⁶⁷ «Para responder con mayor precisión a la preocupación del Estado relativa al estudio previo de impacto social y ambiental ordenado en la Sentencia, la Corte desarrollará con mayor detalle di-

C) *Promoción y reconocimiento del dominio del ius cogens*

Una de las características que singularizan el DADH es la consagración de normas de *ius cogens*. En efecto, gracias a la actividad dinámica y evolutiva de la Corte IDH en defensa de la dignidad humana, se ha avanzado en el reconocimiento e identificación de normas imperativas de derecho internacional general, siempre dentro de la esfera de los derechos humanos. De esta manera, dos innovaciones que caracterizan las enseñanzas de la Corte IDH residen en el reconocimiento de la prohibición de la discriminación y del principio de igualdad y del derecho de acceso a la justicia como normas de *ius cogens*⁶⁸.

El principio de prohibición de la discriminación y el principio de igualdad —dos caras de la misma moneda— ha sido reconocido por la Corte IDH como una norma imperativa de Derecho Internacional. En efecto, en su Opi-

cha garantía. Los EISAs sirven para evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad en cuestión. El objetivo de los EISAs no es sólo tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre la tierra y las personas, sino también, como se señaló en el párrafo 133 de la Sentencia, «asegura[r] que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria». Corte I.D.H.: 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, par. 40-41, p. 11; Previamente, en el caso del *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, la Corte IDH había establecido que «[...] el objetivo y el fin de las medidas requeridas en nombre de los miembros de los pueblos indígenas y tribales es garantizar que podrán continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados». Corte I.D.H.: Caso del *Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, par. 121, p. 38.

⁶⁸ Podemos encontrar una definición de norma de *ius cogens* o norma imperativa de Derecho Internacional en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Sin embargo, nosotros consideramos esta definición como meramente indicativa o referencial ya que, a nuestro entender, el concepto mismo de norma de *ius cogens* ha ido evolucionando con el transcurso del tiempo, el progreso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el proceso ascendente, propio del siglo XXI, de humanización del Derecho en general, pero, particularmente, del Derecho Internacional. Así, el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados señala: «Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)». Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter».

nión Consultiva sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, la Corte IDH señaló que «[e]l principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas»⁶⁹. Además, la Corte IDH aprovechó para recordar la aplicación del efecto horizontal de los derechos humanos y para reiterar que el Estado puede ser tenido responsable por sus propios actos o por actos de terceros particulares.

De este modo, la Corte IDH, en nuestra opinión, de una manera ejemplar, afirma que «que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens»⁷⁰.

La interpretación de la Corte IDH, en cuanto a las normas de *ius cogens*, ha sido reiterada en la Opinión Consultiva sobre el *Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, del año 2009. En efecto, en la referida Opinión Consultiva, la Corte reiteró que la prohibición de la discriminación y el principio de igualdad eran normas de *ius cogens*, cuando ha señalado que «el

⁶⁹ Corte I.D.H.: *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, par. 100, p. 117.

⁷⁰ Corte I.D.H.: *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, par. 101, p. 117.

Tribunal considera que no podría sostenerse una interpretación de la Convención que atente contra el principio de igualdad y no discriminación, el cual subyace a todos los derechos humanos, y cuya prohibición ha alcanzado carácter de *jus cogens*. La Corte recuerda, como lo ha hecho en otras oportunidades, que sobre este principio fundamental descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional por lo cual permea todo el ordenamiento jurídico. Con ello, la interpretación reiterada del artículo 55.3 de la Convención, aún si constituyera una norma consuetudinaria internacional, no podría tener efectos obligatorios sobre una norma imperativa de derecho»⁷¹.

Desde el punto de vista del derecho de acceso a la justicia —tanto en su aspecto de derecho a un juez como en su dimensión de derecho al Derecho— como norma de *ius cogens*, la Corte IDH ha reconocido expresamente este carácter en el caso *Goiburú*.

En efecto, en el caso *Goiburú*, del año 2006, la Corte IDH reconoció el derecho de acceso a la justicia como una norma imperativa de Derecho Internacional. En efecto, en dicho caso, los jueces interamericanos señalaron que «ante la naturaleza y gravedad de los hechos, más aún tratándose de un contexto de violación sistemática de derechos humanos, la necesidad de erradicar la impunidad se presenta ante la comunidad internacional como un deber de cooperación inter-estatal para estos efectos. La impunidad no será erradicada sin la consecuente determinación de las responsabilidades generales —del Estado— y particulares —penales de sus agentes o particulares—, complementarias entre sí. El acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones *erga omnes* para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el derecho internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo»⁷².

Además, en un caso dramático de desaparición forzada de personas y de ejecución extrajudicial en Perú, el caso *La Cantuta*, del año 2006, la Corte IDH confirmó su opinión sobre el derecho de acceso a la justicia. En efecto, en dicho caso, la Corte indicó que «los hechos del presente caso han infringido normas inderogables de derecho internacional (*ius cogens*). En los términos del artículo 1.1. de la Convención Americana, los Estados están obligados a investigar las viola-

⁷¹ Corte I.D.H.: *Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009. Serie A No. 20, par. 54, p. 59.

⁷² Corte I.D.H.: *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, par. 131, p. 78.

ciones de derechos humanos y a juzgar y sancionar a los responsables. Ante la naturaleza y gravedad de los hechos, más aún tratándose de un contexto de violación sistemática de derechos humanos, la necesidad de erradicar la impunidad se presenta ante la comunidad internacional como un deber de cooperación interestatal para estos efectos. El acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones *erga omnes* para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el Derecho Internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de hechos de esa índole, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo. La Corte recuerda que, bajo el mecanismo de garantía colectiva establecido en la Convención Americana, en conjunto con las obligaciones internacionales regionales y universales en la materia, los Estados Parte en la Convención deben colaborar entre sí en ese sentido»⁷³.

Luego, ha reiterado esta afirmación en el caso *Anzualdo Castro*, del año 2009, donde la Corte IDH ha señalado, sin ambages, que «[e]n estos casos, la impunidad debe ser erradicada mediante la determinación de las responsabilidades tanto generales —del Estado— como individuales —penales y de otra índole de sus agentes o de particulares—. En cumplimiento de esta obligación, el Estado debe remover todos los obstáculos, de *facto* y de *jure*, que mantengan la impunidad. Las investigaciones deben respetar los requerimientos del debido proceso, lo que implica que el sistema de administración de justicia debe estar organizado de manera tal que su independencia e imparcialidad pueda ser garantizada y que el juzgamiento de graves violaciones a los derechos humanos sea efectuado ante los tribunales ordinarios, para evitar la impunidad y procurar la búsqueda de la verdad. Además, ante la naturaleza y gravedad de los hechos, más aún en contextos de violaciones sistemáticas de derechos humanos, y puesto que el *acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional*, la necesidad de erradicar la impunidad se presenta ante la comunidad internacional como un deber de cooperación entre los Estados, que deben adoptar las medidas necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el derecho internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo»⁷⁴.

⁷³ Corte I.D.H.: Caso *La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, par. 160, p. 85.

⁷⁴ Corte I.D.H.: Caso *Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202, par. 125, p. 40.

Todo lo cual implica, en cierta medida y a nuestro modo de ver, un reconocimiento implícito de una aproximación más alejada del voluntarismo positivista —centrado solamente en el Estado como actor y generador de normas— que ha dominado el Derecho Internacional clásico. En este sentido, a nuestro parecer, resultan elocuentes las palabras del juez Cançado Trindade, en su voto concurrente en la Opinión Consultiva sobre el *Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular*, del año 1999, donde señaló que «[s]on ampliamente conocidas y reconocidas las profundas transformaciones por que ha pasado el derecho internacional, en las cinco últimas décadas, bajo el impacto del reconocimiento de los derechos humanos universales. Ya no se sostienen el antiguo monopolio estatal de la titularidad de derechos, ni los excesos de un positivismo jurídico degenerado, que excluyeron del ordenamiento internacional el destinatario final de las normas jurídicas: el ser humano. Se reconoce hoy día la necesidad de restituir a este último la posición central —como sujeto del derecho tanto interno como internacional— de dónde fue indebidamente desplazado, con consecuencias desastrosas, evidenciadas en los sucesivos abusos cometidos en su contra en las últimas décadas. Todo esto ocurrió con la complacencia del positivismo jurídico, en su subserviencia típica al autoritarismo estatal»⁷⁵. Con posterioridad, el juez Cançado Trindade reafirmaría esta posición en su voto disidente en la sentencia sobre excepciones preliminares en el caso de las *Hermanas Serrano Cruz*, cuando expresa que «[e]l derecho internacional contemporáneo, al abrigar valores fundamentales compartidos por la comunidad internacional como un todo, ha superado la anacrónica concepción voluntarista, propia de un pasado ya distante en el tiempo. Al contrario de lo que suponen algunos raros y nostálgicos sobrevivientes del apogeo positivista-voluntarista, la metodología de interpretación de los tratados de derechos humanos, desarrollada a partir de las reglas de interpretación consagradas en el derecho internacional (tales como las enunciadas en los artículos 31-33 de las dos Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 1969 y 1986), alcanza tanto las normas sustantivas (sobre los derechos protegidos) como las cláusulas que rigen los mecanismos de protección internacional, —en virtud del principio *ut res magis valeat quam pereat*—, que corresponde al llamado *effet*

⁷⁵ «Con la desmitificación de los postulados del positivismo voluntarista, se tornó evidente que sólo se puede encontrar una respuesta al problema de los fundamentos y de la validez del derecho internacional general en la conciencia jurídica universal, a partir de la aserción de la idea de una justicia objetiva. Como una manifestación de esta última, se han afirmado los derechos del ser humano, emanados directamente del derecho internacional, y no sometidos, por lo tanto, a las vicisitudes del derecho interno». Corte I.D.H.: *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, par. 12 y 14, p. 5.

utile (a veces denominado principio de la efectividad), ampliamente respaldado por la jurisprudencia internacional»⁷⁶.

Las atrocidades y la envergadura de las violaciones que la realidad regional ha sometido a la Corte IDH han impulsado la consagración de una visión que supere una mera óptica voluntarista del Derecho Internacional y, sobre todo, de los derechos humanos. Quizás el mensaje que arroja las enseñanzas y la actividad de la Corte IDH es que una protección moderna y acuciosa de los derechos humanos en nuestro continente (y en el mundo entero, por lo demás) requieren del derecho y de los órganos de control una aproximación más estricta a favor de los individuos y grupos vulnerables. En esta línea, el consenso ya no tan sólo es exigido respecto de los Estados sino también de las sociedades directamente como componentes relevantes de una comunidad internacional integrada. En este sentido, y las enseñanzas de la Corte IDH respecto de los pueblos indígenas han sido elocuentes, hoy en día la comunidad internacional no sólo se compone de Estados.

Las enseñanzas de la Corte IDH en el ámbito del *ius cogens* han alcanzado, incluso, la función propia de un tribunal internacional, considerando tratados internacionales nulos conforme al Derecho Internacional general debido a ser contrarios a una norma de *ius cogens superviniens* o *ius cogens* sobreviniente⁷⁷. En efecto, en uno de sus primeros casos, el caso *Aloeboetoe*, la Corte IDH afirmó que «no considera necesario investigar si dicho convenio [un tratado del 19 de septiembre de 1762 entre el colonizador holandés y la tribu Saramaca (en el actual territorio de Surinam)] es un tratado internacional. Sólo se limita a observar que si así hubiera sido, el tratado hoy sería nulo por ser contrario a reglas de *jus cogens superveniens*. En efecto, en ese convenio los saramacas se obligan, entre otras cosas, a capturar los esclavos que hayan desertado, a hacerlos prisioneros y a devolverlos al Gobernador de Suriname, quien les pagará entre 10 y 50 florines por cada uno, según la distancia del lugar de su captura. Otro artículo faculta a los saramacas a vender a los holandeses, en calidad de esclavos, otros prisioneros que pudieren capturar. Un convenio de esta índole no puede ser invocado ante un tribunal internacional de derechos humanos»⁷⁸. En este caso en particular, se

⁷⁶ Corte I.D.H.: Caso de las *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C No. 118. Voto Disidente del juez Antonio Augusto Cançado Trindade, par. 7, p. 2.

⁷⁷ «Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general («jus cogens»). Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará». Artículo 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

⁷⁸ Corte I.D.H.: Caso *Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, par. 57, p. 15.

trata de la norma imperativa que prohíbe toda clase de esclavitud y que provoca la nulidad del tratado internacional de 1762. Este es un ejemplo que muestra claramente que los derechos humanos configuran y constituyen en la época contemporánea el Derecho Internacional Constitucional y que los principios que coronan este Derecho Internacional Constitucional son aquellos que componen el dominio de las normas imperativas o del *ius cogens*. Como una confirmación de lo expresado precedentemente y de la sintonía transatlántica que existe en materia de principios, la Corte de Justicia de la Comunidad CEDEAO, en África, en el caso *Dame Hadjatou Mani Koraou c. Republica de Niger*, del año 2008, señaló que la esclavitud es considerada como una violación grave de la dignidad humana y que el Derecho Internacional hace de la prohibición de la esclavitud un derecho intangible, es decir, un derecho absoluto e inderogable⁷⁹.

Todo esto ha contribuido a consolidar la posición de la Corte IDH como un tribunal internacional y un tribunal de derechos humanos, otorgándole visibilidad y respetabilidad en el concierto internacional. A este respecto, resulta interesante mencionar la influencia que la Opinión Consultiva de la Corte IDH sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular* tuvo en la Corte Internacional de Justicia (influencia vertical hacia arriba) para resolver el caso *LaGrand*⁸⁰ y posteriormente, el caso *Avena*⁸¹. Ambos casos aprovecharon las enseñanzas de la Corte IDH en el sentido de que el derecho a la información consular contenido en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, estaba comprendido dentro del derecho al debido proceso, o bien, del derecho más amplio de acceso a la justicia.

En este sentido, el juez Cançado Trindade ha señalado que «[l]a Corte Interamericana, mediante su referida Opinión Consultiva N.º 16 sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido*

⁷⁹ Corte de Justicia de la CEDEAO: Caso *Dame Hadjatou Mani Koraou c. Republica de Niger*. Arret N.º ECW/CCJ/JUD/06/08, du 27 octobre 2008, par. 75.

⁸⁰ «Moreover, under Article 36, paragraph 1 (c), the sending State's right to provide consular assistance to the detained person may not be exercised «if he expressly opposes such action». The clarity of these provisions, viewed in their context, admits of no doubt. It follows, as has been held on a number of occasions, that the Court must apply these as they stand. Based on the text of these provisions, the Court concludes that Article 36, paragraph 1, creates individual rights, which, by virtue of Article 1 of the Optional Protocol, may be invoked in this Court by the national State of the detained person. These rights were violated in the present case». I.C.J.: *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment of 27 June 2001, I. C. J. Reports 2001, par. 77, p. 494.

⁸¹ I.C.J.: *Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment of 31 March 2004, I. C. J. Reports 2004, p. 12.

Proceso Legal, del año 1999, —emitida al final de un procedimiento consultivo que generó amplia movilización (con ocho Estados intervinientes, además de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de diversas organizaciones no-gubernamentales e individuos)—, fue efectivamente el primer tribunal internacional a advertir que el incumplimiento del artículo 36(1)(b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 se daba en perjuicio no sólo de un Estado Parte en dicha Convención sino también de los seres humanos afectados». Además, ha agregado que esta jurisprudencia ha servido de inspiración para la jurisprudencia internacional *in statu nascendi* sobre la materia⁸².

Por otro lado, también resulta interesante mencionar cómo las enseñanzas de la Corte IDH han tenido repercusión en la Corte EDH (influencia horizontal) a través de los denominados casos de desapariciones forzadas de personas. Conocido es que la Corte EDH se inspiró de la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de desapariciones forzadas de personas, para enfrentar y resolver los casos de desapariciones forzadas que le comenzaron a llegar, a partir del ingreso de Turquía⁸³.

Como se ha visto, el desarrollo del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos, la irradiación de su influencia y la evolución al interior de los Estados de América Latina hacia etapas más avanzadas en los procesos constitucionales, poniendo al ser humano —en especial aquel más vulnerable— en el corazón de la razón de validez del orden constitucional, se ha producido a ritmos similares y de manera paulatina y sistemática.

CONCLUSIONES

El DADH configura un orden jurídico de valores y derechos. Este orden jurídico de los derechos humanos representa un umbral mínimo que determina el

⁸² Corte I.D.H.: *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. Voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade, par. 1, p. 1.

⁸³ «The Inter-American Court of Human Rights had considered the question of enforced disappearances in a number of cases under the provisions of the American Convention on Human Rights and prior to the adoption of the Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons: Velásquez Rodríguez v. Honduras, judgment of 29 July 1988 (Inter-Am. Ct. H. R. (Ser. C) no. 4) (1988)); Godínez Cruz v. Honduras, judgment of 20 January 1989 (Inter-Am. Ct. H. R. (Ser. C) no. 5) (1989)); and Cabellero-Delgado and Santana v. Colombia, judgment of 8 December 1995 (Inter-Am. Ct. H. R.)». E.C.H.R.: *Case of Kurt v. Turkey* (15/1997/799/1002). Judgment, 25 May 1998, par. 67.

mínimo común denominador para los Estados de América Latina, por lo que, evidentemente, sus propios ordenes constitucionales podrían, perfectamente, —y así sería deseable— establecer un estándar de derechos humanos más elevado.

Este estándar mínimo de derechos humanos compone un espacio público americano, que desde el punto de vista normativo, se llena de contenido a través del orden público americano. El orden público americano fija el marco jurídico mínimo dentro del cual los Estados —constitucionales y democráticos— americanos pueden moverse para alcanzar grados avanzados de justicia social. A través del DADH, el Estado latinoamericano es un Estado democrático y comunitario, gracias al fuerte contenido humanista, que el especial sentido de comunidad existente en el continente, le impregna a los derechos humanos, especialmente, a los DESC. Dicho de otro modo, los derechos humanos, particularmente, los DESC, son leídos en América Latina a la luz del fuerte sentido de comunidad que existe en la región, en cuyo seno se aloja un poderoso componente de solidaridad. Esto último explica que el Estado constitucional latinoamericano sea visto, desde la óptica del DADH, como un Estado democrático y comunitario de derechos.

El desafío que se le plantea a los Estados de América Latina es seguir avanzando en el proceso creciente de confluencia del orden constitucional con el orden internacional de los derechos humanos, dándole aplicabilidad práctica y efectividad real a todos los derechos humanos, incluso, a los DESC, sin distinciones caprichosas ni excusas económicas retardativas. En este sentido, el Estado, principalmente, a través de sus órganos jurisdiccionales, tiene el deber primordial de proporcionar al individuo, grupo y comunidades, una tutela judicial rápida, oportuna y eficaz de todos los DESC sin exclusión, y de esa manera, convertir a la Constitución —por vía pretoriana— en una Constitución «efectivamente vivida».

Para enfrentar estos desafíos en el tercer milenio, aparece como necesario seguir avanzando por la senda del fortalecimiento y consolidación de una verdadera cultura «de a pie» de los derechos humanos, en el sentido de que sean los individuos y pueblos quienes se apropien de sus derechos y los reivindiquen ante los agentes del Estado y ante terceros. En este ámbito, el Estado —ejecutivo, legislativo y judicial— tiene un rol activo que jugar respecto de todos los derechos humanos y particularmente, en el área de los DESC, a través de una actitud pública pedagógica en derechos humanos y la educación en derechos humanos.

El estándar mínimo americano, determinado por el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos, y, en particular, por la actividad de la Corte IDH e integrado, además, por las tradiciones constitucio-

nales comunes de los Estados, debiera incorporarse en las constituciones de los Estados americanos, configurando, a su vez, el estándar constitucional mínimo en materia de derechos humanos del constitucionalismo democrático, comunitario y multicultural americano del tercer milenio. Así, parafraseando a Rawls, esta concepción común de la justicia de los derechos humanos constituiría la base del modelo de democracia constitucional americana⁸⁴. En consecuencia, el estándar mínimo americano, la solidaridad —a la base de la composición de nuestras sociedades y en el *sustratum* de la conciencia jurídica americana—, junto con el sentido especialmente fuerte de comunidad (derechos y deberes), arrojan una concepción común o compartida de la justicia de los derechos humanos, que podría configurar la base del modelo de democracia constitucional multicultural latinoamericana.

El DADH presenta una serie de características que tienden a particularizarlo. Junto con estos rasgos singulares, el DADH comparte, por cierto, características y elementos determinantes con el DIDH y también con el Derecho Constitucional de los Derechos Humanos. Dentro de las características particulares que se pueden destacar de este DADH, se encuentra un creciente desarrollo jurisprudencial de los DESC en circunstancias que la CADH regula casi únicamente DCP; un creciente reconocimiento y desarrollo de la diversidad cultural y del derecho a la identidad cultural junto con los derechos colectivos que trae aparejado; y un desarrollo dinámico y evolutivo ascendente del dominio del *ius cogens*, siendo esta última característica uno de los aportes más cruciales al desarrollo progresivo y a la humanización del Derecho Público en general, y del Derecho Internacional y Constitucional, en particular. Estos rasgos particulares permite singularizar e identificar al DADH, como un Derecho específico y diverso, pero que, al mismo tiempo, comparte ciertos fundamentos y características comunes con el DIDH, el DEDH y el DADfDH.

Title

EMERGENCE OF AN AMERICAN HUMAN RIGHTS LAW IN
LATIN-AMERICA

Resumen

La dinámica propia de América Latina y la actividad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han estimulado el surgimiento de un Derecho Americano de los Derechos Humanos. El Derecho

⁸⁴ RAWLS, John: *Teoría de la justicia*. Trad. de María Dolores González Soler. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, Segunda Edición, 1995, p. 229.

Americano de los Derechos Humanos se nutriría de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados americanos y de los instrumentos internacionales de derechos humanos. El Derecho Americano de los Derechos Humanos demarcaría un espacio de orden público americano. Actualmente, las características fundamentales de este orden jurídico serían la promoción de los derechos económicos, sociales y culturales, la protección de la diversidad cultural y el desarrollo del dominio del *ius cogens*.

Abstract

The own Latin-American dynamic and the Interamerican Human Rights Court activity have fostered the emergence of an American Human Rights Law. American Human Rights Law would be fed on states' common constitutional traditions and international human rights instruments. The American Human Rights Law would delimit an American space of public order. Nowadays, the main features of this legal order would be the promotion of economic, social and cultural rights, the protection of cultural diversity and the development of *ius cogens*' field.

Palabras clave

Derechos humanos, derecho internacional de los derechos humanos, derecho constitucional.

Key words

Human rights, international human rights law, constitutional law.