

## EL PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, PROTOCOLO DE SAN SALVADOR

Rodrigo LABARDINI

*En el orden internacional, tanto universal como regional, siempre se han dado zancadas gigantes en materia de Declaraciones y sólo breves pasos en materia de cumplimiento.<sup>1</sup>*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Los derechos del hombre.* III. *Antecedentes del protocolo de San Salvador.* IV. *Análisis del protocolo adicional a la convención americana de derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, protocolo de San Salvador. Generalidades. Preámbulo.* Artículo 1. *Obligación de adoptar medidas;* Artículo 2. *Obligación de adoptar disposiciones de derecho interno;* Artículo 3. *Obligación de no discriminación;* Artículo 4. *No admisión de restricciones;* Artículo 5. *Alcance de las restricciones y limitaciones;* Artículo 6. *Derecho al trabajo;* Artículo 7. *Condiciones justas equitativas y satisfactorias de trabajo;* Artículo 8. *Derechos sindicales;* Artículo 9. *Derecho a la seguridad social;* Artículo 10. *Derecho a la salud;* Artículo 11. *Derecho a un medio ambiente sano;* Artículo 12. *Derecho a la alimentación;* Artículo 13. *Derecho a la educación;* Artículo 14. *Derecho a los beneficios de la cultura;* Artículo 15. *Derecho a la constitución y protección de la familia;* Artículo 16. *Derecho de la niñez;* Artículo 17. *Protección de los ancianos;* Artículo 18. *Protección de los minusválidos;* Artículo 19. *Medios de protección;* Artículo 20. *Reservas;* Artículo 21. *Firma, ratificación o adhesión entrada en vigor;* Artículo 22. *Incorporación de otros derechos y ampliación de los reconocidos;* V. *Conclusiones: Listado de los Artículos del protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, protocolo de San Salvador.*

<sup>1</sup> RABASA, Emilio, CJI-Res. II-3/88 en OEA/Ser. G. CP/doc. 1925/88, 12 de septiembre de 1988, p. 52.

I. INTRODUCCIÓN<sup>2</sup>

Desde su concepción original hasta su evolución moderna y contemporánea, los derechos humanos han sido constante foco de atención para juristas, filósofos y la sociedad en general. Se trata, en última instancia del aseguramiento y protección de los valores y principios más perennes y trascendentales de la Humanidad. A tal grado se les ha considerado siempre como puntos y aspectos tan pivotaes que prácticamente en todo pasaje histórico las jornadas más cruentas se encuentran relacionadas con estos valores, sea el derecho a la vida, creencia religiosa o alguna libertad. Muchas personas han perecido en pro de estos derechos. Por ello, cualquier instrumento, nacional o internacional, que verse sobre ellos requiere de la mayor atención de los juristas y de la población en general.

La materia de derechos humanos<sup>3</sup> se ha desarrollado día con día en forma constante. Esto ha permitido fortalecer la estructura para su protección jurídica. Varios son los instrumentos internacionales en que se recogen y que les dan expresión y conformación jurídica. Entre estos documentos podemos mencionar la Declara-

<sup>2</sup> A fin de facilitar la lectura y evitar constantes repeticiones de los diferentes órganos e instituciones que se mencionan en el presente opúsculo, habremos de utilizar las siguientes siglas y abreviaciones, además de las expresamente indicadas en el curso del trabajo: CADH: Convención Americana de Derechos Humanos; CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Corte Interamericana: Corte Interamericana de Derechos Humanos; CIJ: Consejo Interamericano de Jurisconsultos; ONU: Organización de las Naciones Unidas; OEA: Organización de los Estados Americanos; SG: Secretaría General; AG: Asamblea General.

<sup>3</sup> Por derechos humanos nos referimos esencialmente a los derechos y facultades de que goza todo individuo en forma inherente y que los Estados han reconocido y se encuentran obligados a respetar. Para una delimitación más precisa del concepto puede consultarse, entre otros, a MERON, Theodor, *On a Hierarchy of International Human Rights*, en *American Journal of International Law*, January 1986, vol. 80, No. 1. Cabe destacar que si bien el término "derechos humanos" es una forma acuñada en tiempos modernos, la preservación y garantía de los derechos del hombre ha ocurrido prácticamente durante todas las épocas. Al respecto puede consultarse, entre otros, a BURNS, J.H., *The Rights of Man Since the Reformation: An Historical Survey*, en VALLAT, Francis (editor), *An Introduction to the Study of Human Rights*, Europa Publications, Londres, 1970. PORRUA, FRANCISCO, *El Respeto de los Derechos Humanos*, en *Excelsior*, 11-13 de octubre de 1988. LABARDINI, Rodrigo, *Orígenes y Antecedentes de Derechos*

ción Universal de los Derechos Humanos (en adelante pudiendo denominarsele DUDH)<sup>4</sup> de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU),<sup>5</sup> la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH)<sup>6</sup> de la Organización de los Estados Americanos (OEA),<sup>7</sup> la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamenta-

*Humanos hasta el Siglo XV*, en *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Núm. 19, 1989-1990, México, D.F., LARA PONTE, *Génesis de los Derechos Humanos*, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, México, 1984, PALUMBO, Michael, *Human Rights: Meaning and History*, Robert E. Krieger Publishing Company, Malabar, Florida, 1982, PECES-BARBA, HIERRO, ÍÑIGUEZ DE ONZOÑO y LLAMAS, *Derecho Positivo de los Derechos Humanos*, Editorial Debate, Madrid, 1987, y VASAK, Karel (editor en general), *Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos*, Editorial del Serbal, S.A. y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), Barcelona, 1984.

<sup>4</sup> Fue elaborada por la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 1947 y 1948. Se aprobó por la Asamblea General (AG) de ONU el 10 de diciembre de 1948 mediante Resolución 217 (III).

<sup>5</sup> Organización mundial intergubernamental fundada el 24 de octubre de 1945 por los 51 gobiernos de las naciones unidas en la II Guerra Mundial contra los países del Eje. Es la sucesora legal de la Sociedad de las Naciones Unidas (disuelta en 1946). Para mayor abundamiento véase SEARA, VÁSQUEZ, Modesto, *Tratado General de la Organización Internacional*, Fondo de Cultura Económica, México, 1976.

<sup>6</sup> Fue adoptada por unanimidad por la XI Conferencia Internacional Americana el 30 de marzo de 1948. La DADDH comprende 28 derechos y 10 deberes. Para mayor abundamiento véase URIBE VARGAS, Diego, *Los Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1972, GARCÍA BAUER, Carlos, *Derechos Humanos en América*, Tipografía Nacional, Guatemala, Guatemala, 1987.

<sup>7</sup> Es la organización regional del hemisferio occidental. Fue establecida por la Carta de la Organización de los Estados Americanos o Carta de Bogotá, suscrita el 2 de mayo de 1948 durante la IX Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá, Colombia. Fue modificada por los Protocolos de Buenos Aires y de Cartagena de Indias. México firmó el Protocolo de Buenos Aires, el 27 de febrero de 1967, lo ratificó el 22 de abril de 1968 y entró en vigor el 27 de febrero 1970. Se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF), el 26 de octubre de 1968. México suscribió el Protocolo de Cartagena de Indias el 5 de diciembre de 1985, lo ratificó el 11 de octubre de 1988 y entró en vigor el 16 de noviembre del mismo año. DOF: 6 de abril de 1989. Los miembros originarios de la OEA son: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

tales<sup>8</sup> y la Carta Africana sobre Derechos del Hombre y de los Pueblos<sup>9</sup> obtenido en el seno de la Organización para la Unidad Africana.<sup>10</sup>

Las disposiciones normativas de estos instrumentos internacionales de derechos humanos tienen un carácter netamente sustantivo y, cuando mucho, sólo apuntan al aspecto adjetivo de las mismas. Por este motivo, en otras convenciones internacionales<sup>11</sup> se han consignado los mecanismos y medios de defensa de los diferentes derechos recogidos en tales Declaraciones. Ejemplo de estas convenciones son el Pacto Internacional de

<sup>8</sup> La Convención se adoptó en Roma el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. Para mayor abundamiento véase ROBERTSON, A. H., *The European Convention on Human Rights*, en LUARD, Evans (editor), *The International Protection of Human Rights*, Thames and Hobson, Londres, 1961, ROBERTSON, A. H., *Human Rights in the World*, Manchester University Press, Londres, 1972.

<sup>9</sup> También conocida como Carta de Banjul. Fue adoptada en junio de 1981, en Nairobi, Kenya, en ocasión de la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la Organización para la Unidad Africana, como consecuencia de la Decisión 115 (XVI) de dicho órgano que se reuniera en Monrovia, Liberia.

<sup>10</sup> Esta organización fue fundada el 25 de mayo de 1963 en Addis Abeba, Etiopía, con sede en la misma ciudad. Fue precedida por diversos proyectos de unidad regional, entre los cuales cabe mencionar: la Unión de Ghana y Guinea, acordada el 23 de noviembre de 1958, ampliada a Mali el 29 de abril de 1961; la Conferencia Panafricana en Accra, la capital de Ghana (1958); el establecimiento del Grupo de Brazzaville en 1960, el Grupo de Casablanca (1961) y el Grupo de Monrovia. Los órganos principales de la OUA son: la Conferencia (anual) de los Jefes de Estado, la Reunión (semestral) de los Ministros de Relaciones Exteriores, de la cual dependen las Comisiones de Defensa, Económico-Social y Científica, Educativa y Cultural, y el Secretariado, con sede en Addis Abeba.

<sup>11</sup> Recordemos que en el medio internacional, los acuerdos de voluntad entre sujetos de derecho reciben diversas denominaciones, tales como convenciones, pactos, protocolos, acuerdos, convenios, memorándum de entendimiento, etcétera, que genéricamente podemos agrupar bajo el concepto de "tratados" sin que existan diferencias sustantivas entre estas voces y los instrumentos jurídicos que representan. La denominación que recibe un acuerdo deriva muchas veces de las formalidades del evento internacional en que se celebraron, así como de su importancia. Todos son tratados, aun cuando tengan diferente denominación. Artículo 2-1-a de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (firmada en Viena el 23 de mayo de 1969; México se adhirió el 25 de septiembre de 1974 y entró en vigor el 27 de enero de 1980; *DOF*: 14 de febrero de 1975). Para mayor abundamiento confróntese a PALACIOS TREVIÑO, Jorge. *Tratados: Legislación y Práctica en México*, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2a. edición, México, D.F., 1986, MOYANO, César. *La Interpretación de los Tratados Internacionales*, Editorial M.B.A., Montevideo, 1985.

Derechos Civiles y Políticos (PDCP),<sup>12</sup> el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC),<sup>13</sup> el Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PFPDCP),<sup>14</sup> la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)<sup>15</sup> y los cinco protocolos a la Convención Europea para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

Estos instrumentos van definiendo cada vez más los derechos del hombre y les dan mayor protección y efectividad. Así, el PFPDCP resulta más amplio que la DUDH pues incluye normas sobre el no encarcelamiento por deudas, trato humanitario a prisioneros y la prerrogativa de todo niño a adquirir una nacionalidad.

Otros instrumentos internacionales se han abocado a tratar temas específicos como pueden ser: a) la tortura, con la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes<sup>16</sup> de ONU y la Convención Interamericana para Preve-

<sup>12</sup> Adoptado por Resolución 2200 (XXI) de la AG de ONU el 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976. México se adhirió al PDCP el 23 de marzo de 1981, formulando dos declaraciones y dos reservas. Entró en vigor para México el 23 de junio de 1981; *DOF*: 20 de mayo de 1981.

<sup>13</sup> Se adoptó conjuntamente con el PDCP (*supra* nota 12). Entró en vigor el 3 de enero de 1976. México se adhirió el 23 de marzo de 1981 y formuló una declaración interpretativa al efecto. Entró en vigor para México el 23 de junio de 1981. *DOF*: 12 de mayo de 1981.

<sup>14</sup> Se adoptó conjuntamente con el PDCP y el PDESC (*supra* notas 12 y 13). Entró en vigor en la misma fecha que el PDCP. El PDCP, el PDESC y el PFPDCP constituyen lo que se denomina el Estatuto Internacional de Derechos Humanos o *International Bill of Rights*. México no es parte del Protocolo Facultativo.

<sup>15</sup> Firmada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Entró en vigor el 18 de julio de 1978. México se adhirió el 24 de marzo de 1981, formuló dos declaraciones y una reserva y entró en vigor para México en la misma fecha. *DOF*: 7 de mayo de 1981. Para un análisis más detallado de esta Convención, véase, entre otros a SZEKELY, Alberto. *México y los Instrumentos de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos*, en *La Protección Internacional de los Derechos del Hombre, Balances y Perspectivas*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 1983, LABARDINI, BRITO y GONZALEZ. *La Convención Americana de Derechos Humanos. "Pacto de San José de Costa Rica". Revisitada*, en *El Foro*, órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Octava Época, núm. 4, 1988, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, México, D.F.

<sup>16</sup> Mediante Resolución 39/46 del 10 de diciembre de 1984 de AG-ONU, se aprobó y abrió la Convención a la firma, ratificación y adhesión. México la firmó *ad referendum* el 18 de marzo de 1985 y depositó el instrumento de ratificación el 23 de enero de 1986. *DOF*: 26 de junio de 1987.

nir y Sancionar la Tortura<sup>17</sup> de OEA; b) los derechos de la mujer, con la Convención Internacional para la represión de la trata de Mujeres y Menores<sup>18</sup> y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer;<sup>19</sup> y c) la esclavitud, con la Convención relativa a la Esclavitud<sup>20</sup> y la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y las Prácticas Análogas.<sup>21</sup> De esta forma, el sistema internacional de protección y respeto de los derechos humanos ha ido reafirmando las normas substantivas de la materia. Ante estos documentos internacionales pocas dudas puede tenerse que la protección de los derechos humanos queda inscrita dentro de las tareas más importantes de las organizaciones internacionales y que incluso les han dado gran prestigio internacional por la constante lucha en su defensa.

Muestra de estos esfuerzos es el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San

<sup>17</sup> Aprobada por la AG-OEA el 9 de diciembre de 1985 en Cartagena de Indias, Colombia. México la firmó el 10 de febrero de 1986 y la ratificó el 22 de junio de 1987. *DOF*: 11 de septiembre de 1987.

<sup>18</sup> Firmada en Ginebra el 30 de septiembre de 1921. México se adhirió el 10 de mayo de 1932. Entró en vigor para México en la misma fecha y se publicó en el *DOF* el 25 de enero de 1936. Las disposiciones de la Convención del 21 de marzo de 1950 (de la que México es parte desde el 21 de febrero de 1956) para la Supresión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena reemplaza entre las partes las disposiciones de la Convención de 1921. La Convención de 1921 se encuentra en vigor únicamente entre México y los Estados que no sean Partes de la Convención de 1950. La Convención de 1921 fue enmendada por el Protocolo que modifica el Convenio para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños, el cual fue firmado en definitiva por México el 12 de noviembre de 1947 y entró en vigor en igual fecha. *DOF*: 19 de octubre de 1949.

<sup>19</sup> Firmada en Nueva York el 18 de diciembre de 1979. México se adhirió el 23 de marzo de 1981. Entró en vigor el 13 de noviembre de 1981. *DOF*: 12 de junio de 1981; fe de erratas: 18 de junio de 1981.

<sup>20</sup> Firmada en Ginebra el 25 de noviembre de 1926. México se adhirió el 8 de septiembre de 1934. *DOF*: 13 de septiembre de 1935. Esta Convención fue enmendada por el Protocolo, del 7 de diciembre de 1953, que enmienda la Convención sobre la Esclavitud, suscrito en Nueva York, y que México firmó en definitiva el 3 de febrero de 1954. *DOF*: 11 de mayo de 1955.

<sup>21</sup> Firmada en Ginebra el 7 de septiembre de 1956. Entró en vigor el 30 de marzo de 1957. México se adhirió el 30 de junio de 1959. *DOF*: 24 de junio de 1960.

Salvador (en adelante pudiendo denominarse el Protocolo o PSS). El Protocolo destaca en el foro americano pues especifica y delimita el alcance de las normas que genéricamente fueron expresadas en la DADDH y que se recogen en el artículo 26 de la CADH: los derechos económicos, sociales y culturales.

## II. LOS DERECHOS DEL HOMBRE

Ha ya mucho tiempo que se reconoce que los individuos tienen ciertos atributos inherentes simplemente por su condición de "ser humano". En otras palabras, los derechos del hombre son tan antiguos como el hombre mismo.<sup>22</sup> Estas cualidades normalmente se entienden referidas al perfeccionamiento del hombre y protección de su vida. Se considera que la autoridad, sea moral, pública o de cualquier otro tipo, debe respetar al hombre como ser humano. Dichas facetas son derivadas directamente de la condición del hombre, es decir, de su propia naturaleza. Estas nociones nacen de la idea, un tanto tautológica, de que no hay derechos humanos de los animales o cosas sino sólo del hombre.<sup>23</sup>

En el ámbito interno primero surgieron los derechos civiles y políticos. En este rubro se exige del Estado una obligación de no hacer:<sup>24</sup> no atentar contra la vida humana, no restringir la libertad, no suprimir la propiedad, etcétera. La exigencia de estos derechos nace como consecuencia y lógica reacción al absolutismo de los

<sup>22</sup> Para mayor abundamiento, ver *supra* nota 3. Otras fuentes bibliográficas para una aproximación del concepto de derechos humanos son los Artículos de EVANS, Sydney Hall, *Christianity and Human Rights*, y CASSIN, René, *Man and the Modern State*, en VALLAT, Francis (editor), *An Introduction to the Study of Human Rights*. Europa Publications, Londres, 1970.

<sup>23</sup> Compartimos opinión con el profesor Hübner Gallo en el sentido de que si bien se ha difundido la expresión "derechos humanos", la misma resulta redundante pues todo derecho necesariamente habría de ser humano. "Con mayor propiedad filosófica y jurídica se ha hablado de los 'derechos innatos' o 'congénitos' o 'derechos fundamentales de la persona humana'". HÜBNER GALLO, Jorge Iván, *Panorama de los Derechos Humanos*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires (EUDEBA), 1977, p. 1.

<sup>24</sup> Son tres los tipos de obligaciones: dar, hacer y no hacer. *Cfr.* BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, Editorial Porrúa, S.A., 10a. Edición, México, 1985, pp. 68-76.

Siglos XVII y XVIII. Los individuos exigen que se les respete en su integridad y no sean meros peones en un ajedrez de poder. Estas exigencias hallarían eco en el ámbito internacional: no intervención, libre autodeterminación de los pueblos, etcétera. Esta "generación" de derechos se exigen como parapeto frente a todo tipo de organización política totalitaria, nacional o internacional.<sup>25</sup>

Al transcurrir el tiempo y progresar los Estados en su desarrollo económico y social, la población tiene acceso a fuentes laborales, y a salud, ciencia y cultura. En consecuencia se vuelve necesario que a los derechos civiles y políticos se les agregue un conjunto de derechos sociales, económicos y culturales (segunda generación). Se hizo patente que los primeros no podrían tener plena vigencia si no eran complementados por los segundos. Ahora se demanda que el Estado en lugar de tener una actitud pasiva, asuma una activa, cumpla una obligación de hacer: crear las condiciones materiales y jurídicas para un ingreso adecuado y protegido al trabajo, a la salud, a la ciencia y a la cultura.

Este tipo de derechos no tienen aplicación exacta e igual en todos los Estados. Su realización y protección depende en gran medida del mayor o menor desarrollo económico individual de los países. Su aplicación debe ser, por tanto, gradual y progresiva. La ejecución de las obligaciones asumidas, donde la primera generación consiste en abstenciones (no hacer) y la segunda en actos positivos (hacer), se encuentra vinculada al progreso material del Estado.

En el ámbito internacional esto se correlacionó con el derecho al desarrollo (el Nuevo Orden Económico Internacional [NOEI]) donde los Estados exigen respeto, consideración y oportunidades iguales de la comunidad internacional para participar en la esfera económica mundial y respeto y consideración en favor de los países en desarrollo, que en gran medida continúan batallando por su existencia. La vigencia de estos derechos no depende tanto de los esfuerzos de un Estado por sí solo, sino que se encuentran basa-

<sup>25</sup> Cfr., URIBE VARGAS, Diego, *La Troisième Génération des Droits de l'Homme et la Paix*, Coopérative et d'Édition Mutualiste, París, 1985, DÍAZ MÜLLER, Luis Miguel, *América Latina, Relaciones Internacionales y Derechos Humanos*, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1986 y OEA, CJI/Res. II-3/88 en OEA/Ser.G. CP/doc. 1925/88, 12 septiembre 1988, pp. 45-46.

dos en la comunidad internacional como un deseo de ayudar a todos sus miembros sin perjuicio de interés alguno.

Es en este sentido que se habla de la "tercera generación" de derechos humanos. Estas prerrogativas no se orientan a la ejecución particularizada de las facultades de los seres humanos sino que engloba a los pueblos como una colectividad.<sup>26</sup> Éstos serían los "derechos de solidaridad" o un "derecho común de la comunidad".<sup>27</sup> Esta generación de derechos humanos abarcaría a los derechos ecológicos, a la alimentación y un trato económico internacional justo y equitativo.

Ahora bien, no obstante que los derechos humanos han sido recogidos en forma diversa desde tiempos remotos, su expresión jurídica en estatutos positivos nacionales o internacionales y, más importante, los mecanismos efectivos de protección, corresponden a etapas más recientes.<sup>28</sup> Por ello, debemos tener en mente qué tan importante es combatir los síntomas, es decir las violaciones a los derechos humanos, cómo atacar las causas que les motivan y que según algunos,<sup>29</sup> pueden ubicarse en "la falta de participación política, por una parte, y a la negación del disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, por otra".

Documentos de indudable importancia histórica en la evolución internacional son la Carta Magna,<sup>30</sup> la Declaración de Derechos de Virginia<sup>31</sup> y la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciu-

<sup>26</sup> Estamos utilizando el término "pueblo" en su sentido sociológico y no en sentido jurídico que pudiera equipararse a Estado o nación. Así, un pueblo sería un grupo de seres humanos que poseen un idioma, lengua, religión similares que une a sus miembros integrantes.

<sup>27</sup> VASAK, Karel, citado en DÍAZ MÜLLER, *op. cit.*, supra nota 25.

<sup>28</sup> Véase, entre otros, DÍAZ MÜLLER, *op. cit.*, supra nota 25 y PECES-BARBA, *et al.*, *op. cit.*, supra nota 3.

<sup>29</sup> MÁRQUEZ, Edith (Presidente del Grupo de Trabajo de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos), *Informe de Trabajo, 16 de octubre de 1987*, en OEA/Ser. G, CP/doc. 1861/87, 20 de octubre de 1987, pp. 239-240.

<sup>30</sup> Constituye la base de las libertades inglesas. Juan sin Tierra la concedió en 1215 al clero y nobleza. Se incluyen, entre otros, diversos derechos de legalidad.

<sup>31</sup> Emitida el 12 de junio de 1776. Este documento decretó la independencia del Edo. de Virginia.

dadano.<sup>32</sup> Estos instrumentos estaban primordialmente enfocados a los derechos civiles y políticos de poblaciones específicas. Pero con el transcurrir del tiempo se determinó que para dar plena vigencia a estos derechos también resultaba necesario reconocer y vigorizar los derechos económicos, sociales y culturales.

Otros grandes hitos son las Declaraciones Universal y Americana de Derechos Humanos que expresan valores y derechos similares y establecen que todos los hombres nacen libres e iguales en su dignidad. Por cuanto hace a derechos económicos, sociales y culturales, los artículos 22 al 27 de la DUDH y XI a XVI de la DADDH les dan respaldo jurídico y reconocimiento contemporáneo en nuestro siglo. La importancia de este último instrumento en el ámbito americano es tal que, según algunos,<sup>33</sup> resulta ser un "código moral más que una convención regional".

En 1966 se aprueban el PDCP y el PDESC. En este último, ya en un estatuto internacional *ex profeso*, se establecen los derechos al trabajo, al desarrollo familiar, a la situación de la mujer, a la educación, a la salud, a la cultura y al progreso científico.

En el contexto nacional, los derechos "sociales" fueron reconocidos en primera instancia en la constitución política mexicana del 5 de febrero de 1917.<sup>34</sup> Con posterioridad también se expresaron en otros países, como en la Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Expoliado<sup>35</sup> y la Constitución de 1919 de la República Alemana de Weimar.

<sup>32</sup> Aprobada por la Asamblea francesa el 26 de agosto de 1789. Es considerada por varios autores como la primera declaración de derechos humanos.

<sup>33</sup> Comité Jurídico Interamericano. *Cfr.* OEA-CJI/Res. II-3/88 y OEA/Ser. G. CP/doc. 1926/88, 12 de septiembre de 1988, p. 45. Vale señalar que la DADDH se adoptó 9 meses antes que la DUDH.

<sup>34</sup> Los derechos sociales recogidos más destacados son el del trabajo (artículo 123) y el relativo a la tierra (artículo 27).

<sup>35</sup> Aprobada el 12 de enero de 1918 después de la revolución rusa.

### III. ANTECEDENTES DEL PROTOCOLO DE SAN SALVADOR

En el ámbito americano un importante paso en materia de derechos humanos fue la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos que se celebró en 1969 en San José, Costa Rica. Dicha Conferencia aprobó la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), la cual entró en vigor casi 10 años después.<sup>36</sup>

Como se ha expresado, los pueblos se han resuelto a "promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad", porque, "como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible".<sup>37</sup> Pero la CADH comprende no sólo a la definición y contenido de los derechos protegidos sino que incluye además dispositivos precisos para procurar la eficacia de esos derechos mediante mecanismos de exigibilidad y garantía encomendados a sus dos órganos principales: la CIDH y la Corte.

La Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, dispone en su artículo 77, en conjunción con el artículo 31, que cualquier Estado parte<sup>38</sup> y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)<sup>39</sup> podrán someter a la consideración de los Estados Parte de la CADH, reunidos en ocasión de la Asamblea General de OEA, proyectos de protocolos

<sup>36</sup> Se firmó el 29 de octubre de 1969 y entró en vigor el 18 de julio de 1979.

<sup>37</sup> Punto 13 de la Proclamación de Teherán. Reiterado en OEA/Ser. G. CP/CAJP-622/85 add. 2, 27 junio de 1986.

<sup>38</sup> Al 31 de agosto de 1997 los Estados Parte de la CADH eran: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

<sup>39</sup> La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es órgano principal de la OEA conforme a la Carta de Bogotá, reformada por los Protocolos de Buenos Aires y de Cartagena de Indias. A mayor abundamiento *cfr.* PIZA, Rodolfo y TREJOS, Gerardo, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: La Convención Americana*, Editorial Juricentro, San José, C.R., 1989, y GARCÍA BAUER, *op. cit.*, *supra* nota 6.

adicionales a la propia Convención, con la finalidad de incluir progresivamente otros derechos y libertades en el régimen de protección. Por otra parte, en el artículo 26 de la CADH los Estados parte se comprometieron, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional (especialmente económica y técnica), a adoptar providencias para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y que sobre educación, ciencia y cultura se encuentran contenidas en la Carta de Bogotá.<sup>40</sup>

En 1982, durante el XII periodo ordinario de sesiones, la Asamblea General de OEA, al considerar el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, reafirmó que la protección efectiva de los derechos humanos debe abarcar también a los derechos sociales, económicos y culturales y señaló la responsabilidad que tienen los gobiernos de los Estados miembros en el proceso de promover la cooperación para el desarrollo hemisférico.<sup>41</sup> De esta forma, la Asamblea recogió en su Resolución 619 (XII-0/82) la propuesta del gobierno de Costa Rica para que se elaborara un Protocolo Adicional al Pacto de San José. En esta Resolución, la Asamblea encargó a la Secretaría General de la OEA la elaboración de un Anteproyecto de Protocolo Adicional a la Convención Americana que definiera los derechos sociales, económicos y culturales a que se refería el párrafo dispositivo 9 de la Resolución 618 y estableciera los órganos apropiados para su protección. Este anteproyecto debía elaborarse y remitirse oportunamente a los gobiernos de los Estados miembros y a la Co-

<sup>40</sup> Esto es, debido a la interdependencia y estrecha vinculación que existe entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, la protección nacional e internacional de los derechos humanos debe ser integral y abarcar todas las facetas que surgen de la inalienabilidad del ser humano, aunque sujeto a las modalidades propias a cada uno de los correspondientes derechos.

<sup>41</sup> La CIDH recomendaba en su Informe Anual: "3. Que para reafirmar la importancia de los derechos sociales, económicos y culturales; celebrar los veinticinco años de la creación, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los quince del "Pacto de San José", se convoque durante 1984, para realizarla en el año 1985, a una conferencia Especializada que apruebe el Protocolo Adicional a la Convención Americana que defina los derechos sociales, económicos y culturales; señale los órganos competentes para la protección de estos derechos y establezca los mecanismos adecuados para promover su vigencia".

misión Preparatoria para que presentaran sus observaciones y recomendaciones, con el fin de que fuera considerado por la XIII Asamblea General.

La Comisión Preparatoria presentó su informe a la Asamblea General y solicitó que el Secretario General también debía enviar el Anteproyecto a la CIDH y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>42</sup> para que presentaran sus observaciones y recomendaciones a los Estados parte en la CADH<sup>43</sup> en la reunión que se convocara para tal efecto.<sup>44</sup>

En cumplimiento de los expresados encargos, la Secretaría General elaboró un Anteproyecto muy amplio y completo. El Anteproyecto se basó en trascendentales instrumentos internacionales que existían sobre la materia, entre ellos, la DUDH, la DADDH, la Carta Interamericana de Garantías Sociales, el PDESC, el Pacto de San José y la Carta de Bogotá. La Secretaría se basó también en un Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos que fuera aprobado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos en el año de 1959.<sup>45</sup> Este último hecho resalta el interés que el tema ha despertado a través del tiempo en el medio americano.

El Anteproyecto de la SG contenía 25 artículos referidos fundamentalmente a los aspectos substantivos de los derechos al trabajo, familia, alimentación, vivienda y vestido, educación y ciencia y cultura. También contemplaba algunas normas sobre los medios de protección de esos derechos. Al efecto establecía un sistema de informes periódicos que los Estados parte en el Protocolo se comprometían a transmitir a la CIDH sobre las medidas que hubieren adoptado, y los progresos realizados, con el fin de asegurar el respeto de los derechos reconocidos en el mismo.<sup>46</sup>

<sup>42</sup> Para materiales sobre la Corte Interamericana confróntese INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estudios y Documentos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, C.R., 1986. PIZA y TREJO, *op. cit.*, supra nota 39, y GARCÍA BAUER, *op. cit.*, supra nota 6.

<sup>43</sup> Vale la pena recordar que no todos los Estados Miembros de OEA son partes en la CADH, siendo el caso más notorio el de EUA. *Cfr. supra* notas 7 y 38.

<sup>44</sup> Resolución 657 (XIII-0/83).

<sup>45</sup> Cuarta Reunión en Santiago de Chile durante agosto y septiembre.

<sup>46</sup> El artículo 20 del Anteproyecto incluso establecía que las normas del Protocolo Adicional debían insertarse como artículos adicionales e integrarse al Capítulo III, par-

\*Este Anteproyecto fue remitido para observaciones y comentarios a la CIDH y la Corte Interamericana<sup>47</sup> y a los gobiernos de los Estados parte de la CADH. También se contó con las opiniones de la Organización Internacional del Trabajo OIT<sup>48</sup> y la Organización Panamericana de la Salud OPS.<sup>49</sup>

Las opiniones pusieron de manifiesto el consenso de las partes sobre la necesidad de elaborar el Protocolo que comentamos. Las diferencias versaban más bien en torno a si la materia debía ser comprendida en un solo documento o en varios. Otras discrepancias ocurrían en derredor al sistema de protección de los derechos que quedarían consagrados.<sup>50</sup>

Por ejemplo, México sostuvo en primera instancia que, sin hacer una discriminación o graduación de los derechos económicos, sociales y culturales, sino más bien una separación, debiera existir

te I de la CADH, es decir la única sección que se refiere a los derechos sociales, económicos y culturales y que consta de un solo artículo.

<sup>47</sup> Mediante la AG/RES (XV-0/85), adoptada el 9 de diciembre de 1985, la AG solicitó a la Corte nuevas observaciones sobre el Proyecto.

<sup>48</sup> Organismo especializado de ONU fundado el 11 de abril de 1919 en la Conferencia Paz, como Organismo autónomo, asociado a la Sociedad de Naciones. Tiene Órganos principales: la Conferencia Internacional del Trabajo, el Consejo de Administración y la Oficina Internacional del Trabajo. La Conferencia se reúne una vez al año y asisten a ella unos 1,000 delegados, consejeros y asesores de los Estados miembros, representantes de ONU y otros Organismos especializados, así como de ciertas asociaciones internacionales interesados en las cuestiones del trabajo. Cada Estado envía cuatro delegados, dos gubernamentales y sendos delegados representantes de empleadores y trabajadores, estos últimos dos pueden sostener y expresar puntos divergentes a los de sus gobiernos. La Conferencia adopta convenios y recomendaciones internacionales del trabajo, así como resoluciones tendientes a elevar las normas de trabajo en el mundo entero.

<sup>49</sup> Organismo intergubernamental establecido en enero de 1902 en la Cd. de México por la II Conferencia Internacional Americana con el nombre de Oficina Sanitaria Internacional y que en 1923 fuera cambiado por Oficina Sanitaria Panamericana. La OPS tiene un doble carácter: es organismo especializado de OEA en el marco de la salud pública y es el organismo regional en América de la Organización Mundial de la Salud. Su objeto es la promoción y coordinación de los esfuerzos de los países del hemisferio occidental para combatir las enfermedades, prolongar la vida y estimular el mejoramiento físico y mental de sus habitantes. La autoridad suprema es la Conferencia Sanitaria Panamericana.

<sup>50</sup> RABASA, CJI-Res. II-3/88 en OEA/Ser. G, CP/doc. 1925/88, 12 de septiembre de 88, p. 47.

una convención para aquellos derechos de corte progresivo que habrían de instrumentarse en forma paulatina, y otra para los derechos cuya aplicación y exigibilidad fuere inmediata.<sup>51</sup> Por contra, Uruguay se adhirió a la tesis de la indivisibilidad de los derechos humanos; opinión que afirma que los derechos humanos no deben sujetarse a clasificaciones o jerarquizaciones que pudieran interpretarse en el sentido de otorgar mayor importancia a algunos derechos en menoscabo de otros.<sup>52</sup> La Corte Interamericana llegó a secundar esta última opinión pero añadió que los caracteres diferenciales de los derechos "pueden exigir sistemas o mecanismos de protección distintos".<sup>53</sup>

Estas diferencias sobre criterios metodológicos quedaron resueltas en forma implícita ya que el proyecto que elaboró la CIDH, y sobre el cual estuvo laborando el Grupo de Trabajo de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP) del Consejo Permanente, optó por reunir en un solo documento a los dos grupos de derechos. Este proyecto resultó medular pues sobre él habrían de pronunciarse los Estados Miembros. Fue en este momento cuando también se solicitó la ayuda del Comité Jurídico Interamericano.<sup>54</sup>

En 1985, en Cartagena de Indias, Colombia, la AG de OEA adoptó la Resolución 781. A raíz de esta resolución se solicitó al Consejo Permanente que formulase recomendaciones específicas

<sup>51</sup> OEA/Ser.G, CP/CAJP-622/85 add. 6, 18 de agosto de 1986. La Corte Interamericana también pensó como México originalmente, es decir que sería conveniente que hubiera dos pactos para los derechos económicos, sociales y culturales, uno para los de aplicación progresiva y otro para los de exigibilidad inmediata. *Cfr.* OEA/Ser. G, CP/CAJP-622/85 add. 2, 26 junio 1986.

<sup>52</sup> OEA/Ser.G, CP/CAJP-622/85 add. 7, 31 de marzo de 1987.

<sup>53</sup> OEA/Ser.G, CP/CAJP-622/85 add. 2-a, 27 de junio de 1986. La Corte dijo que los derechos económicos, sociales y culturales debían quedar en un Protocolo Adicional y no en una Convención autónoma (*cfr.* artículos 31 y 77 de la CADH) si lo que se deseaba era incluir "otros derechos" en el régimen de protección de la CADH.

<sup>54</sup> Desde 1942, año de creación del Comité Jurídico Interamericano (órgano consultivo de OEA en asuntos jurídicos; su principal finalidad es promover el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional en el continente), México ha estado representado por 11 personas: Roberto Córdoba, Pablo Campos Ortiz, Francisco Ursúa, Francisco González de la Vega, Alfonso García Robles, Antonio Gómez Robledo, Sergio González Gálvez y Emilio O. Rabasa. Sin embargo, en 1993 fue la primera ocasión en que un mexicano ocupó la presidencia del órgano: el licenciado José Luis Siqueiros.



en lo que se refiere a la definición de los derechos objeto de protección y los mecanismos institucionales que deberían establecerse para lograr la adecuada protección de los derechos que habrían de incluirse en el Protocolo Adicional.<sup>55</sup> En consecuencia se creó un Grupo de Trabajo de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente para llevar a cabo los estudios y trabajos respectivos.

El Grupo de Trabajo, en conocimiento de que la CIDH presentaría un proyecto específico sobre la materia, dedicó sus primeras sesiones a debatir la metodología que habría de seguirse y a escuchar las opiniones de la OIT, la OPS, la CIDH y la Corte Interamericana. Estas reuniones resultarían de gran utilidad para sus labores posteriores.

Así, en uso de las facultades contempladas en el artículo 77 de la CADH, la CIDH sometió en 1986 a la Asamblea General de la OEA, reunida en Guatemala, un proyecto de Protocolo Adicional a la CADH sobre derechos económicos, sociales y culturales. El 17 de diciembre de 1986, el Consejo Permanente remitió el aludido proyecto<sup>56</sup> a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos y a los gobiernos de los Estados parte en la CADH para observaciones y comentarios. Dicha información debía ser remitida para que el Consejo Permanente la considerara, al igual que cualquier otra información que estimara apropiada, y de esa forma pudiera presentar propuestas sobre la materia a la Asamblea General en su decimoséptimo periodo ordinario de sesiones. La Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, acordó reconstituir el mismo Grupo de Trabajo que había funcionado en 1986, integrado por las delegaciones de los gobiernos de Argentina, Barbados, Costa Rica, El Salvador, México, Nicaragua, Perú, Uruguay y Venezuela.<sup>57</sup>

El Grupo de Trabajo de 1987 adoptó como base de sus trabajos el proyecto de la CIDH y procedió a discutir cada uno de

<sup>55</sup> OEA/Ser. G. CP/doc. 1861/87. 20 de octubre de 1987, p. 241.

<sup>56</sup> Resolución AG/Res. 836 (XVI-0/86).

<sup>57</sup> Sesión celebrada el 20 de enero de 1987. Una delegación de Guatemala se incorporaría al Grupo de Trabajo con posterioridad. Asimismo asistieron como observadores las delegaciones de Bolivia, Brasil y Estados Unidos de América. OEA/Ser.G CP/doc. 1861. 20 de octubre de 1987, p. 247.

los artículos. Otros instrumentos que consideró fueron: la Carta de Bogotá, la Carta Interamericana de Garantías Sociales (1948), la DUDH (1948), la DADDH (1969), el PDESC (1966), el PDCP (1966), y las observaciones y propuestas formuladas por los gobiernos mencionados. Sin duda, el documento que más importancia tuvo fue el PDESC.<sup>58</sup>

El Grupo de Trabajo no alcanzó en sus 14 sesiones a revisar los 22 artículos propuestos por la CIDH. Sin embargo, en una primera lectura aprobó los 20 primeros, sobre los derechos substantivos establecidos en el proyecto. Únicamente quedó por resolver lo relativo a la protección de tales derechos; en otras palabras, el aspecto normativo adjetivo. Esto resultaba bastante desafortunado, pues uno de los aspectos fundamentales del Protocolo Adicional debía estar constituido por los medios institucionales para la tutela y promoción de los derechos económicos, sociales y culturales. En esta ocasión, el Grupo de Trabajo sólo adelantó observaciones generales, pero no logró concluir.<sup>59</sup>

Por otra parte, a propuesta del doctor Emilio O. Rabasa, el Comité Jurídico Interamericano (CJI) aprobó, en sesión del 2 de febrero de 1987, la inclusión del Protocolo como tema en su agenda. El propio Doctor Rabasa quedó encomendado para desarrollarlo, y elaboró un proyecto de "opinión general" para que se presentara a AG de OEA en su XVIII periodo ordinario de sesiones. El Doctor Rabasa hizo un análisis de los derechos del hombre, tanto en el ámbito internacional como en el americano,<sup>60</sup> y destacó

<sup>58</sup> El Grupo de Trabajo también recibió observaciones y comentarios formulados por los gobiernos de Colombia, México, Perú, Venezuela y Uruguay, así como las opiniones de la OIT, la OPS y la Corte Interamericana.

<sup>59</sup> El Grupo de Trabajo quiso elevar el proyecto a la firma de la Asamblea General que se celebraría en San Francisco. Para efectos de precisar el sentido y alcance de las disposiciones del proyecto y así facilitar su interpretación normativa, el Grupo de Trabajo elaboró su informe de trabajo como *travaux préparatoires*. En adición, los gobiernos del Ecuador, Perú, México, Colombia, Argentina y Venezuela presentaron informes sobre el Proyecto de la CIDH. OEA/Ser.G CP/doc. 1861, 20 de octubre de 1987, p. 246.

<sup>60</sup> Para estos fines, el doctor Rabasa estudió, a manera de "antecedente", los siguientes documentos: DADDH, la Carta de Bogotá y el Protocolo de Buenos Aires, CADH, el Anteproyecto de la SG de OEA, el Proyecto de la CIDH, así como comentarios que sobre este último realizaron la Corte Interamericana, algunos Estados miembros de OEA y Or-

las llamadas "tres generaciones" de derechos humanos.<sup>61</sup> Asimismo indicó que era tardío pronunciarse sobre si los derechos económicos, sociales y culturales debían contenerse en una o varias convenciones, ya que los proyectos de la CIDH y del Grupo de Trabajo habían optado por una sola convención.

Sin embargo, aún se encontraba pendiente la definición y estructuración de los sistemas de protección de los derechos abordados por el PSS, ya que unos eran de aplicación y exigibilidad jurisdiccional inmediata,<sup>62</sup> en tanto que otros deberían ser instrumentados paulatinamente.<sup>63</sup> Sugería el Doctor Rabasa que para los primeros se recurriera a los órganos ya establecidos en el Pacto de San José (CIDH y Corte Interamericana). Para los segundos recomendó instituir un procedimiento que comprendiera a los Consejos Técnicos de OEA<sup>64</sup> auxiliados por grupos de expertos *ad-hoc* y organismos especializados y que, por conducto de la SG de OEA, en estrecha comunicación con la Corte Interamericana, recibieran informes periódicos de los Estados Miembros y emitieran las recomendaciones que estimaran procedentes.<sup>65</sup>

El proyecto final se aprobó por los Estados parte en la CADH,<sup>66</sup> en la decimotava sesión ordinaria de la Asamblea General. Para estos fines se constituyó un nuevo grupo de trabajo, compuesto de las delegaciones de varios Estados,<sup>67</sup> para elaborar la versión final del proyecto.

ganismos especializados (OIT y OPS) y el documento elaborado por el Grupo de Trabajo de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente.

<sup>61</sup> Cfr. URIBE VARGAS, Diego, *La Troisième...*, *supra* nota 25.

<sup>62</sup> La mayor parte de los laborales.

<sup>63</sup> Los relativos a la educación, cultura, familia, etcétera.

<sup>64</sup> El Consejo Interamericano Económico y Social y el Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

<sup>65</sup> Este sistema sería parecido al que se lleva a cabo en ONU por conducto del ECO-SOC.

<sup>66</sup> Resolución AG/Res. 887 (XVII-0/87).

<sup>67</sup> Este Grupo de Trabajo se integró con delegaciones de los gobiernos de Argentina, Barbados, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Perú, Uruguay y Venezuela. En el grupo de trabajo se encontraban como observadores representantes de Estados no miembros de la CADH: Brasil, Estados Unidos de América y Paraguay. Hay que destacar que Paraguay ratificó la CADH hasta el 24 de agosto de 1989, y Brasil hasta el 25 de septiembre de 1992, por lo que en estas sesiones sólo tenían el carácter de observador. EUA no es parte de CADH.

Finalmente, el 17 de noviembre de 1988, los Estados parte del Pacto de San José aprobaron el Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también conocido como Protocolo de San Salvador, dado que la Asamblea General se encontraba reunida en esta ciudad.

El Protocolo permanece abierto a firma y ratificación o adhesión de cualquier Estado parte de la CADH y entrará en vigor cuando sean depositados los instrumentos de ratificación o adhesión respectivos de once Estados. Catorce Estados han firmado el Protocolo, y sólo tres lo han ratificado: Ecuador (25 de marzo de 1993), México (16 de abril de 1996) y Suriname (10 de julio de 1990).<sup>68</sup>

El Protocolo de San Salvador consta de un preámbulo y 22 artículos que, entre otros, cubren los siguientes derechos y obligaciones: derecho al trabajo y en condiciones justas y equitativas, derechos de sindicalización, derecho a la seguridad social, a la salud, a la alimentación, a la educación y de especial protección para ancianos y minusválidos y obligación de no discriminar.

Los derechos que consigna el PSS son de los denominados de "segunda generación", dentro del esquema de las llamadas tres generaciones de derechos humanos.<sup>69</sup> Siguiendo un orden cronológico, los derechos de primera generación son los civiles y políticos, los de segunda generación son los sociales, económicos y culturales; en tanto que los de tercera generación son los llamados "derechos de solidaridad".

<sup>68</sup> Argentina, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, México, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

<sup>69</sup> Cfr. *supra* texto que acompaña a las notas 22 a 27.

IV. ANÁLISIS DEL PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, PROTOCOLO DE SAN SALVADOR

GENERALIDADES

La elaboración y ulterior suscripción de un instrumento internacional como el Protocolo de San Salvador fue una labor encomiable, fruto de múltiples esfuerzos y trabajos elaborados por los Estados que participaron y derivado, en específico, del Proyecto de Protocolo que elaboró la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Estos denuestos son aún más alentadores porque la promoción y protección de los derechos económico, sociales y culturales integran junto con los derechos civiles y políticos el reconocimiento de la dignidad humana.

El Protocolo de San Salvador hace evidente la voluntad política de los Estados americanos de reconocer que los derechos económicos, sociales y culturales, como derechos humanos fundamentales, tienen la misma categoría que los derechos civiles y políticos. Esto refuerza la indivisibilidad e interdependencia de ambas categorías de derechos.<sup>70</sup>

A pesar de ello es necesario recordar que las distintas condiciones socioeconómicas que prevalecen en los países americanos dificultan la realización efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales. Por los mismos motivos, y agravados por las diferentes crisis y trastornos económicos que varios países de la región han atravesado,<sup>71</sup> es sumamente difícil establecer mecanismos internacionales de control que garanticen la efectiva vigencia

<sup>70</sup> El gobierno de la República Argentina asimismo expresó esta opinión: véase, COMISION DE ASUNTOS JURÍDICOS Y POLÍTICOS, CONSEJO PERMANENTE DE LA OEA, *Observaciones al Anteproyecto de Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Argentina*, OEA/Ser. G., CP/CAJP-622/85 add. 10, 1 de octubre de 1987.

<sup>71</sup> México registró un crecimiento económico de sólo el 0.5% de 1982 a 1988, con un incremento anualizado del Índice Nacional de Precios al Consumidor (INPC) del 180% (?) en 1985 (?). SALINAS DE GORTARI, *I Informe de Gobierno, Anexo Estadístico*, México, D.F., 1989, pp. ? Por su parte, Argentina registró ?, Brasil ?, Nicaragua ? *Vid.* Banco Mundial, *Informe Anual 198?*, Washington, D.C., 1990 (?). Perú declaró una moratoria al pago de intereses en 1987 (?). Asimismo no hay que olvidar los graves proble-

de los derechos amparados por el Protocolo, que en gran medida no son de aplicación y exigibilidad inmediata sino de instrumentación progresiva y paulatina.

PREÁMBULO

El Protocolo de San Salvador es un instrumento internacional de carácter intrarregional<sup>72</sup> que sólo tiene efectos limitados previsibles para Estados Miembros del Pacto de San José de Costa Rica.<sup>73</sup> Esta consideración en principio parece contradictoria ya que por un lado se limita el acceso sólo a los Estados parte en la CADH, pero por el otro se busca "consolidar en el continente americano" los derechos consignados. No parece congruente del todo que estos derechos puedan consolidarse si algunos de los Estados americanos carecen de una vía de acceso inmediata. No obstante lo anterior, pareciera que el objetivo es lograr la uniformidad, por lo menos entre los Estados Parte en la CADH.

En el preámbulo del PSS aparecen las razones que justifican y motivan a los Estados para adoptar un Protocolo Adicional en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Estos derechos, junto con los civiles y políticos, constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana. Por ello es que ambas categorías de derechos exigen una tutela y promoción permanente con el objeto

mas de créditos y pagos internacionales que enfrentaron, y continúan afrontando, varios países de la región. Más importante aún fue la crisis financiera que atravesó México en diciembre de 1994 y cuyos efectos resintió fuertemente durante 1995.

<sup>72</sup> Instrumentos universales son aquellos que buscan establecer uniformidad en todo el mundo jurídico internacional como sería la Organización de las Naciones Unidas y la extinta Sociedad de las Naciones. De carácter regional son los que buscan tener aplicación en zonas geográficas específicas como la Organización de los Estados Americanos, la Unión Europea y la Liga Árabe. El Protocolo de San Salvador, en principio de carácter regional, de hecho es de acceso restringido pues no sólo es para Estados Americanos sino que sólo está abierto a firma de quienes formen parte de la CADH; es decir, no todo miembro de OEA puede suscribir el Protocolo, pues antes debe firmar la CADH.

<sup>73</sup> La vigencia espacial del Protocolo claramente se expresa en el primer párrafo preambular y es reiterado en el artículo 21 indicando que queda abierto a la firma y a la ratificación o adhesión de cualquier Estado Parte de la CADH.

de lograr su vigencia plena sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros.<sup>74</sup>

Así, los Estados americanos tienen como propósito el consolidar en el continente un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre. Conforme al párrafo segundo del Preámbulo, ello se encuentra enmarcado "dentro del cuadro de las instituciones democráticas". En este punto vale la pena destacar las posibles vaguedades de lo que el término "instituciones democráticas" puede implicar y preguntarnos si los Estados parte del Protocolo y del Pacto de San José entienden lo mismo por dichos vocablos.

Para lo anterior debemos ubicar la frase dentro del contexto hemisférico. Recuérdese que Cuba fue excluida del sistema interamericano el 14 de febrero de 1962, después de la Octava Reunión de Consulta.<sup>75</sup> En dicha Reunión se indicó, entre otras cosas, que la "adhesión de cualquier miembro de la Organización de los Estados Americanos al marxismo-leninismo es incompatible con el sistema interamericano y el alineamiento de tal gobierno con el bloque comunista quebranta la unidad y la solidaridad del Hemisferio". En consecuencia, lo menos que puede afirmarse es que en el sistema americano el marxismo-leninismo y el alineamiento con el bloque comunista son posiciones ideológicas y formas de organización político-sociales que no pueden congeniar con las instituciones democráticas en el continente americano,<sup>76</sup> las que entonces deben revestir un carácter especial.<sup>77</sup>

En el cuarto párrafo preambular del PSI se indica que "CONSIDERANDO 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 dere-

<sup>74</sup> OEA/Ser. G, CP/doc. 1861/87, 10 de octubre de 1987, p. 243.

<sup>75</sup> Celebrada en Punta del Este del 22 al 31 de enero de 1962.

<sup>76</sup> Aquí vale apuntar hacia la posible contradicción con la "libre autodeterminación de los pueblos" ya que se permitirá a los pueblos decidir libremente sus destinos siempre que no escojan el marxismo-leninismo ni alinearse con algún bloque comunista.

<sup>77</sup> Vale recordar que el artículo 3, II, a) de la CPEUM entiende a la democracia no sólo como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural de la población.

chos...".<sup>78</sup> Como señalamos, el Proyecto originalmente señalaba las *dos* categorías de derechos, redacción que se modificó ya que la intención del párrafo era destacar el concepto generalmente aceptado de que los derechos humanos constituyen un todo indivisible. Sin embargo, el PSS destaca la existencia de las "diferentes" categorías de derechos humanos lo que podría indicar que posiblemente debieran jerarquizarse tales categorías. Por este motivo el Grupo de Trabajo quiso hacer constar que "los derechos económicos, sociales y culturales forman parte, conjuntamente con los derechos civiles y políticos del concepto más amplio que son los derechos fundamentales de la persona humana".<sup>79</sup>

Los párrafos preambulares segundo y tercero son idénticos a los párrafos preambulares segundo y tercero del Pacto de San José. Esto parecería ser innecesario,<sup>80</sup> pero creemos que más bien resulta una firme reiteración de la voluntad de los Estados. No sólo se reconocen los derechos, sino que se reafirman para darles mayor vigor. Por otra parte hay que considerar que si no se recogieran de esta forma en el PSS, por lo menos habría que hacer referencias a la CADH. Esta situación podría provocar problemas de interpretación en la remisión a normas de otros instrumentos, incluidos los nacionales, lo que restaría posibilidades para que el individuo conociera con certeza jurídica sus derechos y deberes.

En el tercer párrafo preambular, los Estados parte conciben que los derechos esenciales del hombre son immanentes a todas las personas; son características inherentes a los individuos. Esto se debe a que los mismos "no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado", sino que su fundamento son los atributos propios de la persona humana. En consecuencia consideran que debe dárseles protección internacional mediante el acuerdo conjunto de las Partes y que sea de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria a la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos. Los Estados implican que la protección internacional es sólo para

<sup>78</sup> El *italico* es mío.

<sup>79</sup> OEA/Ser.G CP/CAJP-694/87, 2 de octubre de 1987, p. 3.

<sup>80</sup> Incluso el gobierno de Argentina así lo expresó. Véase OEA/Ser. G., CP/CAJP-622/85 add. 10, 1 de octubre de 1987, p. 110.

reafirmar la que ya brindan los sistemas jurídicos internos y que ambos regímenes naturalmente no habrán de oponerse entre sí.<sup>81</sup>

Con posterioridad los Estados parte del Protocolo señalan que los derechos humanos se componen de diferentes categorías pero indisolubles en un solo cuerpo, es decir que los derechos pueden distinguirse entre ellos pero que de ninguna forma consideran que posean naturaleza distinta ni que pertenezcan a calidades diversas. Las categorías de derechos son económicos, sociales, culturales, civiles y políticos,<sup>82</sup> pero punto fundamental es la afirmación del PSS en el sentido de que "jamás (puede) justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros".<sup>83</sup>

El Protocolo asimismo reitera en su sexto párrafo preambular<sup>84</sup> que para realizar el ideal del ser humano libre es necesario erradicar el temor y la miseria y crear condiciones que permitan a cada persona gozar no sólo de los derechos civiles y políticos sino también de sus derechos económicos, sociales y culturales. Se reconoce de esta forma que si bien los derechos civiles y políticos han tenido mayor vigencia en su respeto y cumplimiento, no menos deben realizarse los económicos, sociales y culturales. Puede incluso decirse que los derechos civiles y políticos podrían quedar limitados en cuanto a su efectividad si no se crearan ni promovieran las condiciones necesarias en el seno de la comunidad que facilitarían una vida digna y decorosa o por lo menos las condiciones insoslayables para vivir y respirar como ser humano.

<sup>81</sup> El proyecto original señalaba, en forma aparentemente limitativa, que reconocía los beneficios que se derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales por lo que implícitamente excluía otras áreas de cooperación internacional que carecen de ese carácter.

<sup>82</sup> Cfr. MERON, *op. cit.*, *supra* nota 3, HÜBNER, *op. cit.*, *supra* nota 23, URIBE, *op. cit.*, *supra* nota 25.

<sup>83</sup> Cuarto párrafo preambular PSS. La legislación mexicana también considera que el uso de un derecho no es justificación para violentar otros. Artículo 20 del Código Civil para el Distrito Federal: "Cuando haya conflicto de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trata de evitarse un perjuicio y no a favor del que pretenda obtener lucro. Si el conflicto fue entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando la mayor igualdad entre los interesados".

<sup>84</sup> Prácticamente idéntico al quinto párrafo preambular de la CADH.

En el séptimo párrafo preambular se indica que los pueblos tienen derecho "a disponer libremente de sus riquezas y recursos materiales". Originalmente se destacaba que esa libre disposición sería "con arreglo del derecho internacional". Ahora bien en el seno del Grupo de Trabajo de 1987 se recordó que "el papel del derecho internacional consiste en reconocer la soberanía de los Estados sobre la materia, sin entrar a determinar las modalidades que conlleva la disposición de tales riquezas y recursos".<sup>85</sup> Por este motivo surgieron dudas e incluso objeciones acerca de que la libre disposición de dichas riquezas y recursos debiera conformarse al derecho internacional. En consecuencia, se retiró esta frase.

Así, resulta muy satisfactorio que el PSS haga mención expresa del derecho al desarrollo, en especial si tomamos en cuenta la realidad socioeconómica de los países de la región y sobre todo la circunstancia de que este derecho ha sido reconocido en el marco de ONU con el fuerte apoyo de la mayoría de los países latinoamericanos y del Caribe. Si bien hubiera sido tal vez deseable llegar a avanzar alguna propuesta en el articulado, la idea sólo se concretó en el preámbulo.<sup>86</sup>

El séptimo párrafo señala que el objetivo del Protocolo es reafirmar, desarrollar, perfeccionar y proteger los derechos económicos, sociales y culturales en forma consolidada en América. Lo anterior es motivado porque aún cuando tales derechos han sido reconocidos en instrumentos internacionales de ámbito universal y regional, es necesario subrayar su importancia y protección en el continente. En este párrafo se eliminó del proyecto la referencia al mandato de la Asamblea General para la elaboración del PSS.<sup>87</sup> Se estimó que no poseía suficiente importancia para ser incluido pues el preámbulo de un instrumento internacional debía circunscribirse, en esencia y principalmente, a los propósitos y filosofía política del respectivo acuerdo y no a otras consideraciones.

<sup>85</sup> Cfr. OEA/Ser.G CP/CAJP-694/87, 2 octubre 1987.

<sup>86</sup> El gobierno de Argentina se expresó en este sentido, pidiendo se considerara esta posibilidad y evaluarán las distintas reacciones de los Estados al respecto. Cfr. OEA/Ser.G., CP/CAJP-622/85 add. 10, 1 de octubre de 1987 p. 110.

<sup>87</sup> Originalmente leía: "Considerando que la Asamblea General de la Organización reiteradamente ha expresado su voluntad de elaborar un Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos a fin de definir los derechos económicos, sociales y culturales objeto de protección y establecer los mecanismos institucionales para lograr la adecuada protección de tales derechos".

En resumen, el PSS tiene por objeto lograr el reconocimiento y vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales, de conformidad con los artículos 26, 31 y 77 de la CADH.<sup>88</sup> Por su naturaleza, muchos de los aspectos tratados por el PSS caen dentro del campo de la OIT y son tema de convenciones adoptadas por la misma organización.<sup>89</sup>

#### Artículo 1o. *Obligación de adoptar medidas*

El Protocolo consigna varios derechos que deben ser protegidos y promovidos en el ámbito americano. Estos derechos requieren de actos jurídicos específicos para que queden plenamente en vigor y funcionen adecuadamente al interior de los países firmantes. Por este motivo, los Estados parte se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias a fin de progresivamente lograr la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Protocolo.

Estas medidas contemplan las de orden interno y la cooperación entre los Estados, en especial de carácter económico y técnico. De esta forma se busca que los compromisos de los Estados tengan una real aplicación comprendiendo tanto la adopción de medidas individuales como las provenientes de la asistencia y la cooperación internacionales, a fin de facilitar la aplicación progresiva de los derechos humanos reconocidos en el Protocolo.<sup>90</sup>

La cooperación entre los Estados, de conformidad con el Protocolo, será "hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo".<sup>91</sup> Si bien esta frase tiene cierta generalidad e imprecisión sobre qué recursos estarán disponibles, debemos recordar que se trata de normas programáticas, *et ergo*,

<sup>88</sup> El PSS debía reconocer en su parte preambular la existencia del derecho al desarrollo, al medio ambiente ecológicamente sano y equilibrado, derecho a la paz y derecho a disfrutar del patrimonio común de la humanidad y destacar el carácter individual y colectivo de estos derechos. OEA/Ser. G, CP/CAJP-622/85 add. 3, 9 julio 1986.

<sup>89</sup> OEA/Ser.P/AG/1656/83.

<sup>90</sup> Cfr. OEA/Ser.G CP/CAJP-694/87, 2 de octubre de 1987. p. 5.

<sup>91</sup> "Desarrollo" que parece estar restringido a aspectos exclusivamente económicos, sin comprender otras facetas cualitativas de la vida de los Estados, v. gr., cultura, sociedad, etcétera.

de difícil aplicación en cualquier circunstancia. Debemos destacar que los Estados, conscientes del carácter progresivo y la obligatoriedad de los derechos, hacen mención expresa del grado de desarrollo de que gocen y sujetan el logro progresivo de los mismos a que se encuentre "de conformidad con la legislación interna" de los diversos países. Debido a que el artículo se refiere a medidas tanto de orden interno como a las de cooperación entre los Estados, creemos que el PSS alude a que los Estados se encuentran comprometidos a realizar diversos actos pero que en ninguna forma se les puede exigir obligaciones excesivas pues deben contemplarse como limitantes la legislación interna y la cuantía de los recursos disponibles. Un problema al respecto es que el PSS no ofrece una definición sobre lo que signifique "disponible". Esto es, podemos suponer que en determinado Estado existan suficientes fondos pero no necesariamente que estén "disponibles" para estos fines. De esta forma, la exigibilidad de esta norma se diluye ya que los Estados podrían argüir que no existen recursos disponibles para cumplimentarla debidamente.

Debemos señalar, sin embargo, que cuando la CIDH presentó su proyecto original, se comentó que el compromiso para "adoptar todas las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos de que dispongan" debía ser entendido en forma limitada pues podría parecer implicar que los Estados deben efectuar prácticamente cualquier actividad para lograr la plena efectividad de los derechos consignados. En efecto se indica que la frase era más orientada a medidas de orden legislativo por parte de los Estados que a la disposición de recursos económicos o financieros.<sup>92</sup> La razón de ello derivaba del hecho de que cada Estado es soberano en la asignación de prioridades y la aplicación de tales recursos. Por lo tanto, no resultaba aceptable en principio la exigencia en el sentido de obligarles a adoptar medidas "hasta el máximo" de sus recursos disponibles para cumplir con los compromisos que llegaran a asumir en el futuro.

Un problema paralelo es también el concepto de "recursos" toda vez que podría quedar circunscrito a los de naturaleza material o

<sup>92</sup> OEA/Ser.G CP/CAJP-694/87, 2 de octubre de 1987, pp. 4 y 23.

bien abarcar además los humanos, políticos, jurídicos, históricos y otros. El origen de este artículo lo encontramos en el artículo 2o., del PDESC del cual se extrajeron dos conceptos fundamentales; a saber: el de "el máximo de los recursos de que dispongan" y el de "progresivamente". Es el Estado quien asume el compromiso y el que en definitiva va a determinar y disponer el nivel y naturaleza de los recursos para lograr la vigencia progresiva de los derechos consagrados, para lo cual debe tomar en cuenta las diversas obligaciones que le competen. Por tanto, el término "recursos" debe entenderse en su concepción más amplia y no sólo limitado al carácter material.<sup>93</sup>

Este artículo, y gran parte del PSS, se refiere a derechos humanos de realización y aplicación progresiva. Esto genera la necesidad de distinguir entre las diferentes categorías de derechos por razones de índole jurisdiccional; es decir, unos de aplicación progresiva y otros de exigibilidad inmediata.

#### Artículo 2o. *Obligación de adoptar disposiciones de derecho interno.*

El presente artículo está en íntima relación con el previo. Los Estados parte se comprometen a modificar su sistema jurídico interno a fin de adecuarlo a las disposiciones del Protocolo. Esto en caso que el ejercicio de los derechos consignados en el Protocolo no estuviera garantizado con anterioridad. Esta norma da mayor precisión al artículo previo pues se refiere expresamente a todas las medidas internas incluyendo las disposiciones legislativas y las administrativas. Es decir, todo el cuerpo normativo nacional debe ajustarse al PSS.

Otro aspecto del artículo es que alude al aspecto adjetivo de los derechos,<sup>94</sup> es decir, el PSS se refiere al *ejercicio* del derecho y no al derecho mismo. Esta posición exige que si los derechos se contemplaban en la legislación local deben hacerse efectivos y por ende se requiere adoptar las disposiciones necesarias para estos efectos. Igualmente, si no estaban contemplados los derechos, de-

<sup>93</sup> OEA/Ser.G CP/CAJP-694/87, 2 de octubre de 1987, p. 5.

<sup>94</sup> Pues el aspecto sustantivo se encuentra consignado, en sus principios, en la CADH.

berá instrumentarse lo conducente a fin de que existan en el orden jurídico interno y adicionalmente proveer lo necesario para su eficacia real. De esta forma podemos decir que en tanto el artículo 1 se refiere a la expresión de voluntad de los Estados de adoptar medidas para cumplir con el Protocolo, el artículo 2 identifica entre tales medidas a las disposiciones legislativas y de otro carácter.

Así, no basta disponer de facultades, gozar nominalmente de derechos humanos y que los Estados los reconozcan y se obliguen a respetarlos. Resulta imperativo, a fin de impedir que se vuelvan nugatorias las normas que los reconozcan, que existan medidas viables y efectivas que permitan la plena vigencia de tales derechos. Esto obviamente va acompañado de que las medidas que se adopten sean libremente accesibles a todos los sujetos pues de lo contrario no se logrará el objetivo de las propias medidas. Anticipamos de una vez que la norma aquí consignada constituye lo que podemos denominar como el propósito general del articulado del PSS establecer medios de ejecución de los derechos humanos.

El artículo 2 tiene adicionalmente otro problema derivado de la estructura de los Estados-federación. Si bien los signatarios asumieron el compromiso de adoptar disposiciones de orden interno, la distribución de competencias en las federaciones está definida por la legislación interna, lo que podría provocar situaciones especiales. Si algunos ámbitos jurídicos son de competencia estatal, la federación se encontrará jurídicamente imposibilitada de efectivamente realizar lo necesario para la ejecución de sus compromisos internacionales pues carecerá de facultades para instrumentarlos. Es decir, la federación podrá actuar en materias federales, o incluso en materias concurrentes, pero no podrá hacerlo en aquellas de exclusiva competencia estatal. Al efecto recordemos el pacto federal contenido en el artículo 124 de la CPEUM, por el que todo lo no expresamente otorgado a la federación se entenderá reservado a los estados de la República.<sup>95</sup>

El empeño por respetar los derechos y libertades y garantizarles su libre y pleno ejercicio constituye una importante obligación de

<sup>95</sup> A mayor abundamiento, *cfr.* comentarios al artículo 28 de la CADH en LABARDINI, BRITO, GONZÁLEZ, *op. cit.*, *supra* nota 15.

los signatarios, pero no es el único deber al que se encuentran sujetos. En esta norma se contempla el compromiso de los Estados por superar su situación legislativa interna y elaborar las disposiciones pertinentes a fin de instrumentar adecuadamente los derechos que aún no se encontraran garantizados en el ámbito interno. Es el compromiso de los Estados por perseverar en los esfuerzos para robustecer a los derechos humanos.

#### Artículo 3o. *Obligación de no discriminación*

Los Estados reafirman aquí el principio de la igualdad entre los sujetos y la obligación de no distinguir entre las personas por causa alguna.<sup>96</sup> Los motivos que se enuncian, en concordancia con lo establecido en la CADH, son los siguientes: raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.<sup>97</sup> A nuestro parecer, esta lista debe considerarse meramente enunciativa y de ninguna forma limitativa, es decir que debe abarcar cualquier otro prejuicio o distingo no previsto, a fin de evitar discriminación alguna. En otras palabras, esta disposición parece recoger claramente los derechos de igualdad entre las personas pues los derechos no pueden ser ejercidos discriminadamente. Por ello, los vocablos "sin discriminación alguna" deben ser entendidos como un concepto global que abarca todos los elementos o factores envueltos en la discriminación.

Originalmente compuesto de dos párrafos, este artículo fue modificado para ajustarse a lo indicado en la CADH y otros instrumentos de derechos humanos sobre no discriminación. Inicialmen-

<sup>96</sup> Esto ya ha sido expresado en la DUDH, DADDH, PDCP, PDESC, CADH y convenciones específicas como la de Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Nueva York, 18 de diciembre de 1979; ratificada por México el 23 de marzo de 1981, *DOF*: 12 de mayo de 1981).

<sup>97</sup> Vale indicar que el Proyecto de Protocolo presentado por la CIDH en 1986 no indicaba los motivos que se enuncian, sino sólo que los "Estados parte... se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna".

te señalaba que no debiera existir la discriminación y en su segundo párrafo original indicaba que los Estados se comprometían a asegurar a mujeres y hombres igual título para gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en el PSS. Así, el proyecto de PSS marcaba que no podría haber distingos en razón del sexo ("hombre y mujer"), pero implícitamente dejaba abierta la posibilidad para algunos de los otros criterios mencionados en el párrafo previo, situación más restringida que lo prescrito por el artículo 1 de la CADH.<sup>98</sup> De hecho se llegó a considerar que el entonces segundo párrafo debiera ser redactado como un artículo independiente. Sin embargo, al homogeneizarse con la redacción empleada en la CADH se hizo innecesario enunciar un artículo nuevo que además de mantener la concordancia entre la CADH y el PSS, correspondía al enfoque previamente adoptado por el PDESC y en diversas convenciones de OIT, incluida la Convención sobre Discriminación (Empleo y Ocupación) de 1958 (No. 111) que contiene una garantía redactada en términos amplios contra la discriminación.

Vale la pena destacar que el punto central es nuevamente el ejercicio de los derechos humanos. La obligación de no discriminar existe ya en diversos instrumentos, pero siguiendo el impulso del Protocolo, lo que se desea subrayar es el ejercicio de los mismos.

#### Artículo 4o. *No admisión de restricciones*

El PSS señala que no puede restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, so pretexto que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado.

<sup>98</sup> Artículo 1o. *Obligación de respetar los derechos*. 1. Los Estados parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.



Si bien las leyes integran un cuerpo general normativo, éstas son relativamente independientes unas de otras. En consecuencia, no puede prevalerse de interpretaciones restrictivas en la aplicación de los derechos humanos, pues las disposiciones en una ley son supletorias de otra. Igual ocurre con las convenciones internacionales; cada una suple a otra en lo que adolece, formando de esta suerte un cuerpo integral de derecho.

Pero el artículo viene a resaltar que si bien existe el principio general de derecho de que ley posterior deroga a ley anterior, no cabe esa posibilidad en materia de derechos humanos pues haría nugatorias las facultades y derechos ya reconocidos. Esta situación incluso provocaría que cada nuevo instrumento internacional en la materia tendría que enumerar todos los derechos fundamentales que se hubieran recogido con anterioridad. En consecuencia, las disposiciones internas e internacionales sobre derechos humanos no deberán dejar de ejecutarse o restringirse en su aplicación valiéndose de la excusa de que el PSS no las reconoce.

Esta norma encuentra su origen en el artículo 5, párrafo 2 del PDESC. Consideramos que las disposiciones de este artículo podrían haber quedado mejor definidas y complementadas si se hubiera incluido alguna disposición similar a las expresadas en los artículos 5, párrafo 1 del PDESC y 29 de la CADH, en el sentido de impedir que interpretación alguna vaya en detrimento de los derechos consignados.

#### Artículo 5o. Alcance de las restricciones y limitaciones

Este artículo llama la atención pues faculta a los Estados parte a fijar restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en el PSS. De hecho, parece una puerta abierta para fijar obstáculos a las disposiciones del Protocolo. [En este sentido seguramente sería permisible la formulación de reservas y declaraciones interpretativas que tuvieran el mismo efecto.] Las restricciones y limitaciones establecidas mediante leyes promulgadas sólo pueden ser hechas con el objeto de "preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática".<sup>99</sup>

<sup>99</sup> ¿Bajo los cánones de una "sociedad democrática" o sólo al interior de una socie-

Así, las restricciones a los derechos consignados en el Protocolo sólo pueden fijarse, pero en provecho del bienestar general. Sin embargo, creemos que dicha limitación nunca debe atentar contra la del propósito y razón de las normas consignadas.

Hay que denotar que el término "sociedad democrática" provoca inquietudes y dudas acerca de su verdadero sentido. El concepto debe ser estudiado a la luz de la realidad y del momento político en que se adoptó (1988). En las discusiones para adoptar el PSS se manifestó la necesidad de aclarar el concepto y que le incorporaran elementos como democracia efectiva, participación plena y pluralismo ideológico, así como el proceso de consolidación y fortalecimiento de la democracia.<sup>100</sup>

El presente artículo está basado en los artículos 30 de la CADH y 4 del PDESC. Sin embargo, con el fin de dar mayor concreción al concepto de bienestar general dentro de una sociedad democrática, la CIDH estimó prudente agregar que las restricciones serían permitidas "en la medida que no contradiga el propósito y razón de los mismos, la salud pública o la moral".<sup>101</sup>

El GT-1987 modificó la redacción del artículo al eliminar la mención "a la salud pública o la moral" al final del texto original. Al respecto, estimó que al señalarse en esta norma que las restricciones a los derechos protegidos sólo podrían establecerse en la medida que no contradijeran el propósito y razón de los mismos, el concepto era lo suficientemente amplio y comprensivo como para necesitar un desarrollo adicional referido a la salud pública o la moral.<sup>102</sup>

dad democrática? Como hemos visto, la expresión "dentro de una sociedad democrática" desafortunadamente puede traducirse en calificación de aspectos que pueden corresponder exclusivamente a la esfera interna de los Estados Soberanos. *Vid. supra* texto que acompaña a las notas 75-80.

<sup>100</sup> Diversas Delegaciones expresaron sus puntos de vista en los grupos de trabajo. Algunas se refirieron a la dificultad de definir o calificar el concepto de democracia, sujeto a una gran diversidad de acepciones e interpretaciones y destacaron los obstáculos para alcanzar una solución que satisficiera a todos los participantes. Otras Delegaciones expresaron sus propias apreciaciones del concepto de sociedad democrática. *Cfr. supra* notas 78-80.

<sup>101</sup> OEA/Ser.G CP/CAJP-694/8, 7 2 octubre 1987, p. 8.

<sup>102</sup> El GT-1987 consideró que el artículo cumplía el mismo propósito y conservaba el mismo alcance que tenía el texto originalmente propuesto. OEA/Ser.G CP/CAJP-694/87, 2 de octubre de 1987, p. 8.

### Artículo 6o. *Derecho al trabajo*

Preocupación fundamental del hombre siempre ha sido la forma en que pueda obtener su sustento. Por ello es necesario abrir las puertas y oportunidades para que todo ser humano esté en posibilidades de encontrar empleo sin definir el derecho al trabajo, el PSS lo concibe como un marco de posibilidades que permita el acceso a fuentes laborales, es decir "los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita debidamente escogida o aceptada". Por ello, *stricto sensu*, por trabajó se entiende aquél que permita una vida digna y decorosa.

Consecuencia de ello, no deben existir presiones sobre la persona cuando toma la decisión de emplearse. En otras palabras, no deben existir vicios del consentimiento, como error, violencia, dolo o mala fe.<sup>103</sup>

Los Estados se comprometen en el PSS a adoptar las medidas que garanticen la plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las que se refieran a conseguir el nivel de pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-personal, en especial los orientados a minusválidos. Asimismo, los Estados parte se comprometieron a ejecutar y fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar de forma general que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.

Este artículo originalmente pretendía explorar la posibilidad de recoger en la misma norma el concepto por el cual el trabajo consiste tanto en un derecho como en un deber social. La idea tuvo como guía el artículo 2, a) de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales de 1948 donde se expresa que "el trabajo es una función social".

El artículo comenzaba diciendo que "El trabajo es un derecho y un deber social". La redacción no parecía ser la más adecuada. En cuanto al fondo, parecía redundante, ya que posteriormente se le definía mejor. Considerado como deber, la disposición podía en-

<sup>103</sup> Artículo 8, Convenios núm. 29 de 1930 y núm. 105 de 1957, y artículo 6, respectivamente.

trar en conflicto con las garantías internacionales vigentes contra el trabajo forzoso u obligatorio, contenidas en PDCP, las Convenciones de OIT sobre el Trabajo Forzado y en la propia CADH. La OIT consideró que hacer cumplir el deber de trabajar por medios legales sería contrario a la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio de las convenciones de OIT (que obligan a la mayoría de los Estados miembros de OEA).<sup>104</sup> Por ello, si con esta referencia sólo se buscaba señalar que se trata de un deber moral, no debería aparecer en un instrumento destinado a definir derechos, limitaciones y restricciones de orden legal y a brindar la base para la adopción de medidas legislativas por los Estados Parte.

La CIDH había también señalado que "Toda persona tiene derecho a trabajar"<sup>105</sup> pero el GT-1987 consideró que sería más apropiado utilizar la fórmula "derecho al trabajo". Conceptualmente es más atinente esta última redacción que se encuentra además en concordancia con distintas normas constitucionales de los Estados americanos y diversos instrumentos internacionales, entre ellos, el artículo 23 de la DUDH y el artículo XIV de la DADDH.

Adicionalmente el párrafo 1 originalmente indicaba que "toda persona tiene derecho a trabajar, es decir, a tener igual oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente aceptado". La frase "es decir" equiparaba el derecho al trabajo con la oportunidad a trabajar, lo que es de sentido más estrecho que lo previsto por el PDESC<sup>106</sup> que hace constar que el derecho a trabajar comprende tanto el derecho a la oportunidad de ganarse la vida como la libertad de contratar el trabajo que más convenga.

El párrafo 2 de este artículo fue adicionado pues, siguiendo el propósito contenido en el artículo 6, párrafo 2 PDESC, se consideró necesario complementarlo con una disposición que contemplara la responsabilidad o el compromiso de los Estados para adoptar medidas para garantizar la plena efectividad al derecho al trabajo.

<sup>104</sup> OEA/Ser.P/AG/1656/83. La mayoría de los Estados miembros de OEA son parte en el PDESC y la Convención de OIT No. 122 sobre Política de Empleo de 1964 que dispone la búsqueda de una política destinada a promover el empleo pleno, productivo y libremente escogido.

<sup>105</sup> OEA/Ser. G, CP/CAJP-694/87, 2 octubre 1987, p. 9.

<sup>106</sup> Artículo 6.

La mayoría de los Estados miembros de OEA son parte en el PDESC y la Convención de OIT No. 122 sobre Política de Empleo de 1964 que dispone la búsqueda de una política destinada a promover el empleo pleno, productivo y libremente escogido.

Artículo 7o. *Condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo*

Como lógico corolario al artículo previo, para que el derecho al trabajo pueda ser efectivamente ejercido presupone que las personas habrán de gozar de él en las mismas condiciones. Dichas condiciones deben ser equitativas, justas y satisfactorias. Para estos fines, los Estados se comprometen a garantizar que en sus legislaciones nacionales existan de manera particular las siguientes garantías:

- a) Una remuneración que asegure como mínimo condiciones de subsistencia digna, decorosa y un salario equitativo e igual por trabajo igual;
- b) El derecho de todo trabajador a dedicarse a la actividad que desee, y a cambiar de empleo;
- c) El derecho a la promoción o ascenso;<sup>107</sup>
- d) La estabilidad en el empleo;<sup>108</sup>
- e) La seguridad e higiene en el trabajo;
- f) La prohibición de trabajo nocturno<sup>109</sup> o en labores insalubres o peligrosas<sup>110</sup> a menores de 18 años y, en general, de todo trabajo que pueda poner en peligro la salud, seguridad o moral.

<sup>107</sup> Para lo cual se tendrán en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio.

<sup>108</sup> De acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquier otra prestación prevista por la legislación nacional.

<sup>109</sup> Relativo a las jornadas nocturnas, la constitución mexicana prescribe que la jornada máxima será sólo de siete horas y no ocho como la diurna, artículo 123, A, I y II. En el Anteproyecto de Protocolo no se incluía la disposición relativa a labores "nocturnas", término que fue añadido con posterioridad.

<sup>110</sup> México es parte de diferentes convenciones de OIT relativas a la regulación de horas de trabajo en labores peligrosas o insalubres, v. gr., fabricación automática de vidrio, trabajo femenino subterráneo, trabajo en minas de carbón.

Cuando se trate de menores de 16 años, la jornada de trabajo deberá subordinarse a las disposiciones sobre educación obligatoria y en ningún caso podrá constituir un impedimento para la asistencia escolar o ser una limitación para beneficiarse de la instrucción recibida;

g) La limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diarias como semanales;<sup>111</sup>

h) El descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días feriados nacionales.

El Proyecto presentado por la CIDH en 1986 indicaba en el inciso a), que había de garantizar que los trabajadores percibieran "...un salario equitativo e igual por trabajo igual [con el mismo empleador], sin ninguna distinción". La expresión con el mismo empleador", que figuraba entre corchetes,<sup>112</sup> en principio resultaba innecesaria en tanto "igual trabajo" debe ser con el mismo patrón.<sup>113</sup>

En el inciso d), creemos que hubiera sido conveniente señalar que la indemnización a que se alude sería una retribución monetaria calculada conforme a la legislación interna de los Estados parte, a fin de evitar cualquier posible confusión en el sentido de que se pudiera contemplar como una indemnización internacional.

La prohibición de trabajo nocturno y de labores insalubres para menores de 18 años es más limitada que las leyes laborales mexicanas. El artículo 123, apartado A, fracciones II y III de la Constitución prohíben labores peligrosas y nocturnas para menores de dieciséis años e igualmente proscriben la utilización del trabajo de los menores de catorce años. Adicionalmente, se indica que los mayores de esta edad y menores de dieciséis tendrán seis horas como jornada máxima.

<sup>111</sup> Las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos.

<sup>112</sup> En documentos internacionales es frecuente que el texto contenido entre corchetes se considere sólo una sugerencia y sujeto a aprobación.

<sup>113</sup> En este sentido, el artículo 123 constitucional, apartado A, fracción VII, dispone que para trabajo igual corresponde salario igual, por lo que México opinó que resultaba innecesaria la referencia al empleador.

El PSS dispone que las labores de menores de 16 años no deben perjudicar su asistencia escolar ni su capacidad para beneficiarse de la instrucción que, en su caso, estén recibiendo en escuelas. En este sentido hay disposiciones semejantes en la Convención sobre Edad Mínima de la OIT, de 1973 (No. 138). No ratificada por México. Adicionalmente, el PSS prohíbe a menores de 18 años el trabajo nocturno, insalubre o peligroso.<sup>114</sup>

En cuanto al día de descanso creemos que para equiparar las condiciones laborales entre los distintos tipos de empleados debía indicarse que se reconoce el derecho a un día semanal de descanso pagado y no solamente la garantía legislativa al descanso. Para los trabajadores que reciben su salario mensual o semanalmente, el descanso generalmente no afecta su remuneración. Sin embargo, para los trabajadores empleados eventualmente o por días, la remuneración correspondiente al día de descanso no se paga en la mayoría de los casos.

#### Artículo 8o. *Derechos sindicales*

Parte del derecho al trabajo es la posibilidad de los trabajadores de reunirse y organizar sindicatos que se orienten a preservar y mejorar las condiciones generales de trabajo, al igual que luchar por recibir mayores beneficios del capital. En este artículo los Estados, además de garantizar el derecho a libremente formar sindicatos, también se comprometen a permitir que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen y actúen en plena libertad. Igualmente se garantiza el derecho a la huelga, como instrumento para la defensa y promoción de los derechos de los trabajadores. A fin de respetar cabalmente los derechos sindicales, se menciona que nadie puede ser obligado a pertenecer a un sindicato.

El Protocolo establece que el ejercicio de estos derechos podrá ser limitado y restringido exclusivamente por las previsiones hechas

<sup>114</sup> Las convenciones de OIT, de las que la mayoría de Estados miembros ya son parte, prohíben el trabajo peligroso que probablemente ponga en peligro "la salud, seguridad o moral" de las personas en cuestión.

en ley, pero siempre que tales obstáculos sean propios de una sociedad democrática<sup>115</sup> y tengan por finalidad salvaguardar el orden público, proteger la salud o moral públicas y, más importante aún, los derechos y libertades de los demás.

El Protocolo destaca en específico que los derechos sindicales de los miembros de servicios públicos esenciales, incluidos expresamente policía y fuerzas armadas, estarán sujetos a las limitaciones y restricciones que imponga la ley. Esta disposición responde al hecho de que si un servicio de naturaleza esencial se ve afectado como resultado de huelgas, el trastorno que ocurriría en la vida nacional podría ser notable y de dimensiones muy grandes.

Cuando México suscribió el PDESC, formuló la siguiente declaración interpretativa al artículo 8, a) "Al adherirse... lo hace en el entendimiento de que el artículo del aludido Pacto se aplicará en la República Mexicana dentro de las modalidades y conforme a los procedimientos previstos en sus disposiciones aplicables a la Constitución Política y sus leyes reglamentarias". Debido a que la redacción del artículo 8, a) del PDESC corresponde al artículo 8, 1a. del PSS, en congruencia jurídica, México formuló una declaración interpretativa similar.

#### Artículo 9o. *Derecho a la seguridad social*

Objeto esencial del derecho a la seguridad es el concepto de la "protección". Esta circunstancia requiere especificar, por lo menos en sentido general, la forma y extensión en que se llevará a cabo, mínimas o bien incluir a la promoción del bienestar. Al analizar estas vías, en caso de adoptar el concepto de protección amplia, que supera la idea de necesidad, igualmente debe estudiarse el principio de subsidiariedad, en el sentido de que el hombre es el primer responsable de su vida y la comunidad le suple cuando las circunstancias y condiciones del lugar y época en que viva excedan a su capacidad de respuesta. Así el responsable primario

<sup>115</sup> *Vid. supra* notas 75-76 y 109-111. La expresión "siempre que sean propias de una sociedad democrática" es nuevamente sujeta a interpretaciones antagónicas.

del bienestar individual es el propio sujeto y la comunidad supe sus deficiencias cuando ocurran.

En este sentido la incapacidad física o mental debe ser protegida cualquiera que sea la causa, pues el mantenimiento de la discriminación histórica relacionada con accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, constituye un anacronismo incompatible con la moderna seguridad social que se encuentra orientada y alerta para proyectarse al futuro mediante la protección e integración del discapacitado a un adecuado medio socio-económico.

El Protocolo define a la seguridad social como la protección "contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa". Cuando se trate de personas que estén laborando, esta protección cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional. Tratándose de mujeres también incluye licencia retribuida por maternidad antes y después del parto. Pero los derechos de seguridad social no quedan limitados ni se restringen exclusivamente a los trabajadores, sino que abarca a sus dependientes, a quienes habrán de aplicarse tales prestaciones en caso de muerte del beneficiario. Así, el PSS define los mínimos que debe comprender la seguridad social.

Para el PSS la seguridad social busca preservar las condiciones sociales y económicas de los trabajadores en el evento que ocurra algún suceso por el que tengan que retirarse de su actividad laboral, sea temporal o permanentemente. Detrás del esquema existe la convicción de auxiliar al ser humano cuando, por accidentes o enfermedades, se ve privado de su ingreso habitual y consecuentemente del sustento para él y su familia.

El Protocolo omite referirse a la solidaridad como principio de la seguridad social. Esta omisión podría llevar al error de confundir el derecho de seguridad social, definido como esencial de la persona humana, con la previsión privada, voluntaria e individual,<sup>116</sup> en la medida que aquél es exigible por el solo hecho de ser hombre.

<sup>116</sup> Ahorro, seguros privados, etcétera.

El PSS, siguiendo antecedentes nacionales e internacionales, distingue los derechos de seguridad social y a la salud, pese a que el primero resulta instrumental, en tanto que la salud es uno de los bienes a proteger. La diferenciación reduce el campo de aplicación de la seguridad y básicamente limita la protección al aspecto económico.

#### Artículo 10. *Derecho a la salud*

Este artículo resulta muy interesante pues no sólo es de carácter programático sino que apunta hacia la definición jurídica de "salud", que sigue muy de cerca a la que propusiera la OMS.<sup>117</sup> La Constitución de la OMS define a la salud como "un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades".<sup>118</sup> Este concepto integral de la salud fue aceptado por los Estados cuando establecieron a la OMS como organismo especializado de acuerdo con los presupuestos del artículo 57 de la Carta de ONU. La salud en estos términos va más allá de lo meramente físico para entrar en lo social. De acuerdo con esta noción integral, la posibilidad de gozar de una buena salud no depende exclusivamente de la estructuración de un sistema de prestaciones médico-asistenciales o pecuniarias, sino que está ligada a una multiplicidad de factores tales como la protección materno-infantil, la salubridad, la vivienda, las condiciones de trabajo, la protección familiar, etcétera.

La OMS propuso que los Estados reconocieran que la salud se considerara como un bien público, por lo que sería parte de los elementos que el Estado debe promover para realizar sus fines, y constituiría una responsabilidad compartida entre la comunidad y las instituciones de salud encaminada a lograr su conservación y restablecimiento.<sup>119</sup>

<sup>117</sup> OEA/Ser.G/CP/CAJP-622/85 add. 5, 15 de julio de 1986.

<sup>118</sup> Principios Básicos, *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*, adoptada por la Conferencia Internacional de La Salud, Nueva York, 22 de julio de 1946. Documentos Básicos OPS/OMS, Documento Oficial No. 188/83, p. 23.

<sup>119</sup> En este siglo, esta situación ha sido recogida en diversas constituciones, v. gr., Constitución de la República de El Salvador (1983, artículo 65) y Constitución de la República de Guatemala (1985, artículo 95).

Los Estados reconocen en el PSS al derecho a la salud como el disfrute del más alto bienestar físico, mental y social. [El artículo 4, cuarto párrafo, de la Constitución mexicana garantiza el derecho a la salud]. Para estos efectos deberán adoptar las siguientes medidas.

- a) Atención primaria de la salud;<sup>120</sup>
- b) La extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos;
- c) La total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;
- d) La prevención y tratamiento de enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;
- e) La educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud; y
- f) La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo, que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

Dichas medidas tienen objetivos muy amplios y con expectativas de plazos bastante prolongados para lograr su cabal cumplimiento. En efecto, si bien puede resultar factible alcanzar tales metas es previsible que los provechos resultantes no sean disfrutados por todos en igual medida en un breve lapso. No por ello los Estados dejan de comprometerse al respecto.

#### Artículo 11. *Derecho a un medio ambiente sano*

El Protocolo es un instrumento de reciente elaboración y como tal, imbuido en un mundo cada vez más consciente acerca de los peligros presentes y latentes en el ambiente que nos rodea. En consecuencia dispone que es derecho de toda persona vivir en un medio ambiente sano.

<sup>120</sup> Entendida como la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad (PSS, artículo 10-2-a). La "atención primaria de salud", fue establecida por la Declaración de Alma Ata (párrafo VI) y comprende "la asistencia sanitaria esencial basada en métodos y tecnologías prácticos, científicamente fundados y socialmente aceptables, y puesta al alcance de todos los individuos y familias

Este ambiente sano requiere la aplicación de legislación de corte ecologista que conserve el medio y lo mantenga en forma sana. Para estos efectos será necesario, por lo menos, que la población cuente con servicios públicos básicos pues éstos complementan y hacen posible un medio ambiente humano. Así los Estados promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.

El medio ambiente es una de las mayores preocupaciones de la Humanidad. Quien goza de un sano ambiente, en principio vivirá en mejores condiciones de vida. Además, tendrá mayor expectativa de vida y bienestar personal en aspectos difíciles de cuantificar en términos de beneficio personal, v. gr., menor contaminación por humos y vapores tóxicos, ruido, etcétera.

#### Artículo 12. *Derecho a la alimentación*

Entre las obligaciones que el Estado tiene con sus habitantes se encuentra el favorecer y crear condiciones para que más habitantes tengan medios y puedan proveer para su alimentación. En esencia se busca no obstaculizar el acceso a los alimentos ni se impida su adecuado consumo. Lo contrario atentaría contra la supervivencia de los individuos y del Estado mismo.<sup>121</sup> Los Estados Americanos reconocen, en el PSS que todo sujeto tiene derecho a nutrirse, no sólo para sobrevivir sino que esa nutrición debe ser adecuada para que el individuo tenga asegurada la posibilidad de gozar de los más altos niveles de desarrollo integral, en específico sus aspectos físico, emocional e intelectual. Esta situación permitirá que la sociedad crezca firme y sólidamente.

de la comunidad, mediante su plena participación y a un costo que la comunidad y el país puedan soportar en todas y cada una de las etapas de su desarrollo con un espíritu de autorresponsabilidad y autodeterminación". Formulada en estos términos, no constituye una definición técnica que podría convertirse en obsoleta e inaplicable con el transcurso del tiempo, sino que se trata de un concepto flexible capaz de ser adaptado a las necesidades y capacidad económica de la sociedad de que se trate.

<sup>121</sup> Sin tratar de definir si es más importante el individuo o el Estado en la comunidad, no cabe duda que ambos se complementan y necesitan, sea que se trate de posturas personalistas o comunitarias. Cfr. GONZÁLEZ URIBE, Héctor, *Teoría Política*, Editorial Porrúa, S. A., México, D. F., 1980. Para una exposición más breve véase GONZÁLEZ URIBE, Héctor, *Fundamentación Filosófica de los Derechos Humanos, ¿Personalismo o Transpersonalismo?*, en *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, núm. 19, 1988-1989.

Por ello, pareciera que el PSS apunta en el sentido de que los Estados americanos tienen el compromiso y la voluntad para aproximarse al Estado benefactor. Sin embargo, en la sociedad contemporánea, tan interdependiente en sus actividades, el derecho del individuo se volvería nugatorio si el Estado reconociera sólo la facultad de los sujetos sin aludir a las contraprestaciones que le deben la comunidad y el Estado. En nuestros días, resulta prácticamente imposible que un individuo pueda disfrutar del derecho a una adecuada nutrición si el Estado no cumple o ejecuta una política orientada a satisfacer las mínimas demandas y necesidades alimenticias.<sup>122</sup>

Por este motivo, el compromiso de los Estados consiste en auxiliar en los procesos que se integran para la alimentación de los pueblos. Así, el Estado debe perfeccionar los métodos de producción, aprovisionamiento y distribución de alimentos. Este conjunto de medidas tienen por objeto en su conjunto erradicar la desnutrición. A fin de lograr este objetivo, los Estados buscan promover una mayor cooperación internacional para el apoyo de las políticas nacionales sobre la materia.

### Artículo 13. *Derecho a la educación*

La educación facilita a la población el acceso a las fuentes de trabajo pues tiene mayor capacitación y ofrece mayor beneficio social al permitir más conocimiento e involucramiento de las personas en los asuntos de la comunidad.

En este artículo los Estados muestran su concepto de educación. Conforme al PSS, la educación se orientará hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad. La educación asimismo debe fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz.

<sup>122</sup> Esto apunta también a la existencia de "derechos humanos", "sociales" o "comunitarios", o de los denominados de tercera generación. *Cfr. supra* texto que acompaña a las notas 24-27.

Dicha educación deberá capacitar a las personas para que puedan participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista. Es decir, al estar la población más capacitada tendrá mayor facilidad para entender y modificar lo que ocurre a su alrededor fomentando mayor participación social. La educación deberá igualmente fortalecer y tender a lograr una subsistencia digna para el ser humano.

La cooperación y amistad internacionales son focos de atención de los Estados. Por ello, la educación también habrá de orientarse a fortalecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre las naciones y los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz.

Los Estados parte reconocen que la enseñanza primaria debe ser obligatoria y, para que pueda ser asequible a todos, deberá ser gratuita.<sup>123</sup> El nivel básico de educación es en consecuencia el primer medio para erradicar el analfabetismo.

El PSS dispone que la enseñanza secundaria, incluida la técnica y profesional, no resulta obligatoria pero debe ser generalizada y fácilmente asequible a todos por cuanto medio y forma resulte apropiado. Los Estados parte se inclinan por proveerla gratuitamente pero no adquieren un compromiso definitivo y taxativo al efecto. Queda sólo como una norma programática.

La enseñanza superior sigue los principios establecidos en el punto anterior pues debe ser accesible a todos basado en la capacidad personal. Los Estados también deben tratar de implantarla gratuitamente en forma progresiva. Por estas circunstancias, dado que procura que todos los niveles educativos sean accesibles a toda la población, el PSS no sólo podría indicar que "toda persona tiene derecho a la educación" sino que podría añadir que goza de este derecho a lo largo de toda su vida.

Un aspecto importante del PSS es el relativo a desarrollar e intensificar los programas de instrucción de educación básica para las personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de educación primaria. Esto procura ampliar la cobertura de los siste-

<sup>123</sup> En este sentido, el artículo 3 constitucional dispone la obligatoriedad de la educación primaria y secundaria y que la educación de este nivel será gratuita cuando la proporcione el Estado.

mas institucionales de instrucción y que se atienda por igual a todas las personas en un esfuerzo por mejorar la capacidad nacional.

El PSS establece el derecho de los padres a escoger la educación que habrá de darse a sus hijos siempre que el procedimiento respectivo se ajuste conforme a la legislación interna de cada Estado parte. En adición, la educación que lleguen a elegir los padres deberá adecuarse a los diversos principios enunciados previamente.

El Protocolo indica que ninguna de sus disposiciones debe interpretarse como "una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza". Sin embargo, esta frase, en principio muy amplia, es acotada inmediatamente para condicionarla a la legislación interna de los Estados parte.<sup>124</sup> Creemos que el PSS no restringe el método administrativo y pedagógico de la instrucción que pueden prestar los particulares y entidades sino que más bien indica que su contenido no se encuentra al completo albedrío de los educadores.

Los principios enunciados se convierten en parámetros de la educación a impartir en los Estados. Enseñanza que los individuos pueden elegir pero cuya importación debe ajustarse a los reglamentos y legislación en vigor en los Estados Parte. En este sentido el artículo 3 Constitucional presenta los siguientes lineamientos: "La educación que imparta el Estado Federación, Estados, Municipios, tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria y la conciencia de la solidaridad internacional en la independencia y en la justicia".<sup>125</sup>

#### Artículo 14. *Derecho a los beneficios de la cultura*

El Protocolo presenta un concepto amplio de cultura sin llegar a definirlo. El término no sólo incluye las expresiones artísticas y culturales de la comunidad, que frecuentemente asociamos al concepto, sino que los Estados reconocen el derecho de toda persona

<sup>124</sup> Las limitantes fueron añadidas por los Estados a los incisos 4 y 5 del proyecto original.

<sup>125</sup> En el contexto de las normas programáticas que se enuncian, podría haberse considerado propuesta del gobierno Argentino para incluir un párrafo adicional que dijese que se debe fomentar o intensificar, en la medida de lo posible, la oferta educacional dentro y fuera de los sistemas educativos destinada a quienes deseen adquirir o perfeccionar conocimientos, habilidades, etcétera, a lo largo de toda su vida. Véase OEA/Ser. G., CP/CAJP-622/85 add. 10, 1 de octubre de 1987, p. 110.

a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, y a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora. El término abarca no sólo expresiones artístico-culturales y folklóricas, sino que además incluye la ciencia y tecnología. Éstas constituyen también una viva expresión del conocimiento y actividad intelectual del hombre, que se les incluye en forma esporádica.

El Protocolo incluye el derecho a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas. Estas frases apuntan al campo de la propiedad intelectual. Creemos que los intereses morales se refieren al reconocimiento, seguramente exclusivo en favor del autor, de sus ideas y trabajos, en tanto que los materiales se relacionan con las transacciones que puedan realizarse sobre el uso, goce y disfrute de tales derechos. De igual forma consideramos que incluye la protección exclusiva para casos en que dichos intereses se vean afectados.

En el aspecto procedimental, el Protocolo dispone que los Estados deberán adoptar las medidas necesarias para la conservación, desarrollo y difusión de la ciencia (y tecnología), la cultura y el arte.

Los Estados parte reconocen que el espíritu humano requiere no estar restringido por lo que se comprometen a respetar y no perturbar la indispensable libertad para la investigación científica y la actividad creadora. Conforme al contexto, el término "indispensable" debe ser interpretado en el sentido de que la libertad es el elemento mínimo para la investigación científica y la actividad creadora y no en sentido que sólo habrá de respetarse la libertad mínima indispensable de la que no pueda dispensarse para tener investigación científica y actividad creadora.

Los Estados parte reconocen la interdependencia mundial y se comprometen a propiciar mayor cooperación internacional para gozar cada vez más de los beneficios derivados del fomento y desarrollo internacional en cuestiones científicas, artísticas y culturales. Los Estados se encuentran impulsados por el hecho de que el conocimiento humano no es exclusivo de un país o región. Por el contrario, el aislamiento intelectual de una sociedad tiende a volverla



anacrónica, y, en consecuencia, se requiere de exposición a otras culturas.

#### Artículo 15. *Derecho a la constitución y protección de la familia*

Toda comunidad se compone de personas con diversos orígenes y tradiciones. Cada una tiene sus raíces en la familia, que es el núcleo de la sociedad, la célula que le da fortaleza y solidez. Por este motivo, el PSS establece la obligación de velar por la situación moral y material de la familia y dar las seguridades necesarias para su existencia y preservación.

Como contrapartida está el derecho de toda persona a constituir familia conforme al PSS. Este derecho no es absoluto. Los Estados indican que el derecho a la familia se ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna.<sup>126</sup>

Los Estados no sólo brindan atención general a la célula familiar sino también a otros aspectos que requieren de especial cuidado. Entre éstos se encuentran el conceder atención y ayuda especiales a la madre, antes y durante un lapso razonable después del parto. Esta primera faceta normalmente se encuentra contemplada en legislación laboral. En el caso mexicano estos servicios son de carácter y aplicación más generalizados para gran parte de la población debido a las acciones del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) y el Instituto de Seguridad Social al Servicio de los Trabajadores del Estado (ISSSTE).

El Protocolo también busca garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como en la edad escolar, por lo menos la primaria conforme al artículo 13 PSS. Los Estados reconocen como etapas fundamentales en el desarrollo de los niños e integración de la familia.<sup>127</sup>

<sup>126</sup> Entre las limitantes que podrían llegar a aducirse podrían estar razones de seguridad y sobrevivencia como sobrepoblación (China sólo permite un niño por pareja) e incapacidad manifiesta para acceder a niveles mínimos de alimentación, pero no motivos infundados cual pudiera ser un plan eugenésico. Por su parte, el artículo 4 CPEUM prescribe la libertad de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos.

<sup>127</sup> Por lo menos la primaria conforme el artículo 13 PSS.

La familia no sólo significa niños y padres. También incluye a personas en otras etapas de la vida. Los adolescentes quedan incluidos. Ellos son el futuro, deben tener oportunidad de formarse adecuadamente y de ser auxiliados en la mejor manera. Para este fin los Estados se comprometen a adoptar medidas especiales de protección a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral. En este sentido, los Estados habrán de desarrollar programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el que los niños perciban y desarrollen valores orientados a la unidad y cohesión del grupo social, como son los valores de solidaridad, comprensión, respeto y responsabilidad.

#### Artículo 16. *Derecho de la niñez*

Derechos del menor son crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres. Ellos son los encargados en primera instancia de velar por él. El núcleo social se mantiene gracias a la cohesión familiar, la cual debe ser alentada y protegida; por ello el niño de corta edad "no debe ser separado de su madre".<sup>128</sup>

El PSS indica que todo niño tiene derecho a recibir instrucción gratuita y obligatoria por lo menos en su fase elemental. Los Estados Parte parecen considerar que la educación primaria no resulta suficiente por lo que señalan que el menor debe tener derecho a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo. Esto puede parecer una falta de técnica jurídica pues está incorporando elementos ya contenidos en el Protocolo, en específico reiterando el tercer párrafo inciso a) del artículo 13. Sin embargo, los Estados desean reiterar que no sólo es una obligación del Estado el que la educación primaria deba prestarse gratuitamente y accesible a todos, sino que es uno de los derechos fundamentales del niño.

<sup>128</sup> PSS, artículo 16.

### Artículo 17. *Protección de los ancianos*

La sociedad no se compone sólo de adultos y menores. Parte fundamental son las personas mayores. Los adultos proveen de sustento y dan insumos para mantener a la sociedad; los niños ofrecen la novedad, bullicio y alegría que imprimen gran vigor; las personas mayores proveen la sabiduría, solidez y robustez que requiere una organización social para no perder rumbo y mantener la continuidad.

En este artículo los Estados parte se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar a la práctica la protección a los ancianos. En específico, los Estados se enfocan a lo siguiente:

a) Proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación y atención médica especializada a las personas de edad avanzada que carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de proporcionárselas por sí mismas.

b) Ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades respetando su vocación y deseo.<sup>129</sup>

c) Estimular la formación de organizaciones destinadas a mejorar la calidad de vida de los ancianos.

Si bien resulta meritoria esta normatividad, es de prever que su instrumentación sea progresiva toda vez que implica esfuerzos que los Estados posiblemente no puedan aplicar de manera generalizada en momentos de crisis económica. Por ello, para algunos Estados, estas normas podrían considerarse *lege ferenda* y de desarrollo progresivo. En el caso mexicano se están llevando a cabo grandes esfuerzos para atender debidamente a la población de mayor edad del país, sobre todo a raíz del establecimiento del Instituto de la Senectud (INSEN).

### Artículo 18. *Protección de los minusválidos*

El PSS reconoce que toda persona tiene derecho a alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad. Para algunas personas esto puede resultar más difícil que para otras.

<sup>129</sup> Esto representaría la instrumentación de programas semejantes a servicio social proporcionando una fuente alterna de ingresos.

Los minusválidos<sup>130</sup> gozan de especial atención. Los Estados Parte se comprometen a adoptar las medidas que resulten necesarias para ese propósito y en específico:

a) Ejecutar programas destinados a minusválidos, incluidos proyectos laborales adecuados a sus posibilidades y que deberán ser libremente aceptados por ellos o sus representantes legales;

b) Proporcionar formación especial a los familiares de los minusválidos a fin de ayudarlos a resolver los problemas de convivencia y convertirlos en agentes activos del desarrollo físico, mental y emocional de éstos;

c) Incluir de manera prioritaria en sus planes de desarrollo urbano la consideración de soluciones a los requerimientos específicos generados por las necesidades de este grupo.<sup>131</sup>

d) Estimular la formación de organizaciones sociales en las que los minusválidos puedan desarrollar una vida plena.

### Artículo 19. *Medios de protección*

Posiblemente el artículo más importante del Protocolo de San Salvador sea éste sobre los medios de protección de los diferentes derechos que se consagran en el documento.<sup>132</sup> Como hemos visto, muchos artículos tratan de recalcar el aspecto fáctico de los derechos económicos, sociales y culturales. Los Estados parecen indicar que estos derechos requieren de medios especiales para su protección. Es decir, no basta enunciar los derechos de que gozan los individuos. Es esencial señalar los mecanismos que los puedan hacer realidad.<sup>133</sup>

<sup>130</sup> Definido por el PSS como toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales.

<sup>131</sup> Lo que incluye aspectos infraestructurales y jurídicos, como son disposiciones orientadas a comercios e industrias para que tengan, entre otras cosas, rampas que faciliten el acceso a sus instalaciones.

<sup>132</sup> El Grupo de Trabajo de 1987 expresa incluso esta opinión sobre los propuestos medios de protección. *Cfr.* OEA/Ser.G CP/doc. 1861, 20 de octubre de 1987, p. 245.

<sup>133</sup> Los primeros instrumentos internacionales de derechos humanos consignaban derechos, y no tanto sobre medios de ejecución y aplicación. Con el tiempo, fueron recogiendo dichas medidas, *v. gr.* CADH y la Carta Europea. Estos últimos adicionalmente muestran la tendencia a expresar en el mismo documento tanto las normas sustantivas como las adjetivas.

Entre diferentes mecanismos para proteger derechos humanos consignados en instrumentos internacionales podemos mencionar que el Protocolo Facultativo del PDCP establece un procedimiento cuasi-judicial a aplicarse vía el Comité de Derechos Humanos cuya competencia aceptan los Estados parte en el propio Protocolo Facultativo. Por contra, el PDESC fija un sistema basado en la presentación periódica de informes sobre medidas adoptadas para proteger estos derechos, así como sobre los progresos realizados a fin de garantizar su efectiva vigencia. Los informes se presentan al SG de ONU para someterlos a consideración del ECOSOC. Grupos *ad-hoc* en cada materia asesoran al ECOSOC para examinar detalladamente estos informes.

El ECOSOC puede atraer la atención de otros órganos principales o subsidiarios y de los organismos especializados del sistema de Naciones Unidas para que le asistan en cuestiones técnicas surgidas de los informes y sobre la conveniencia de adoptar medidas internacionales que contribuyan a una aplicación efectiva de las normas del Pacto. Finalmente, el ECOSOC está facultado para presentar a la AGONU informes que contengan recomendaciones de carácter general así como resúmenes de la información recibida de los Estados parte y de los organismos especializados acerca de las medidas adoptadas y los progresos realizados para avanzar hacia el cabal cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales.

Un punto a recordar es que el PSS incluye en razón a su naturaleza jurisdiccional, dos tipos diferentes de derechos.<sup>134</sup> Están los derechos de aplicación y exigibilidad inmediata como son casi todos los laborales. Existen otros derechos que son de aplicación paulatina como derecho a la educación, a un nivel de vida adecuado y otras disposiciones que se orientan a proteger instituciones o grupos sociales como son la familia, los niños, la juventud, la gente mayor y los minusválidos. Estos últimos derechos requieren para su real y plena instrumentación de ciertos factores y condiciones del nivel real comparativo de desarrollo de cada país; no sólo referido al desarrollo

<sup>134</sup> En el presente apartado habremos de recurrir en mucho a las opiniones expresadas por el Doctor Rabasa en CJI-Res. II-3/88 en OEA-Ser.G, CP/doc. 1925/88, 12 septiembre 88, pp. 46-52.

económico sino también al social y cultural.<sup>135</sup> Esto es de tal forma, que la exigibilidad de un mismo derecho podrá no ser la misma en dos Estados diferentes cuyos niveles de bienestar social podrían diferir entre sí.

Así, los mecanismos de la garantía o protección internacional, no pueden, en el campo de la aplicación práctica, ser iguales para los derechos civiles y políticos que para los derechos económicos, sociales y culturales, entre otras razones, debido al grado de desarrollo de la comunidad regional y a las características propias de cada país. En base a lo anterior, el doctor Rabasa propuso<sup>136</sup> que el sistema de medios de protección se dividiera en dos partes. Si la exigibilidad fuera inmediata, con violaciones que fueren susceptibles de ser imputadas directamente a las autoridades, debería recurrirse a los procedimientos de la Parte II de la CADH y cuya aplicación está a cargo de la CIDH y la Corte Interamericana. Por otra parte, sugirió que en caso que los derechos fueran de aplicación y realización progresiva, debía establecerse un mecanismo similar al del PDESC. La anterior distinción se debía a que conforme a la CADH, la Comisión y la Corte tienen funciones cuasi o totalmente judiciales; en donde la CIDH es un "amigable componedor" y la Corte, un auténtico tribunal.<sup>137</sup>

La CIDH examina presuntas violaciones de los derechos sustantivos consagrados en el Pacto de San José, evalúa los elementos probatorios aportados por el quejoso y por el Estado y formula sus conclusiones. Si la CIDH concluye que efectivamente se violó un derecho, promueve una solución amistosa del asunto, fundada

<sup>135</sup> Esto haría conveniente que en la definición de las metas de los programas de desarrollo, a las menciones del producto nacional per cápita y sistemas tributarios adecuados se añadiera lo relativo a un sistema equitativo de distribución de ingresos.

<sup>136</sup> CJI-Res. II-3/88.

<sup>137</sup> No sólo por la esencial unidad, interdependencia y recíproco condicionamiento de todos los derechos humanos, no sólo porque algunos derechos económicos, sociales y culturales pueden ser protegidos mediante el mismo sistema que el utilizado para los derechos civiles y políticos, en el que la Corte Interamericana debe desempeñar un necesario papel (artículos 61-63, CADH), sino también porque, para los restantes derechos económicos, sociales y culturales, el órgano que deberá tener una predominante intervención en su protección ha de ser la CIDH, órgano del Sistema Interamericano al que expresamente se refiere al Pacto de San José (artículos 33-51). La CIDH debía por tanto vigilar la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales que no pudieran tener un régimen de protección igual al de los derechos civiles y políticos. Corte IDA, OEA/Serv. Gales., CP/CASP-622/85 add. 2-9, 27 de junio de 1996.

en el respeto a los derechos humanos reconocidos en la CADH o formula las "recomendaciones pertinentes" y fija un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas para remediar la cuestión examinada. Se acude ante la Corte cuando se han agotado los procedimientos ante la CIDH y en donde las partes sólo pueden ser los Estados parte y la CIDH. Tanto por su nombre y el procedimiento a seguir (en cuanto que el fallo será definitivo e inapelable) realmente se trata de un proceso judicial. En opinión de la Corte cualquier ampliación del ámbito de los derechos protegidos por la CADH sólo era concebible si se cumplía en función del sistema de protección (CIDH y Corte), de forma que los derechos incorporados quedaran comprendidos en los mismos mecanismos de garantía.<sup>138</sup>

En los términos arriba expuestos, resultaba lógico que los órganos cuasi-judicial (la Comisión) y judicial (la Corte) se dedicaran a derechos civiles y políticos, y a aquellos derechos económicos, sociales y culturales de aplicación y exigibilidad jurisdiccional inmediata.<sup>139</sup>

<sup>138</sup> Para abundar más sobre las facultades y funciones de la Comisión y la Corte puede consultarse: PIZA y TREJOS, *op. cit.*, *supra* nota. 39; GARCÍA BAUER, *op. cit.*, *supra* nota 6; e INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estudios y Documentos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, C.R., 1986.

<sup>139</sup> Si bien la Corte también presentó observaciones a diversas partes del proyecto, sus comentarios se centraron en el procedimiento de protección de los derechos, con especial referencia a la competencia que pudiera llegar a tener, fuere contenciosa o consultiva. "Es decir que hay derechos económicos, sociales y culturales, como pueden ser la libertad sindical, el derecho de huelga, la libertad de enseñanza, etc., etc., que pueden ser objeto de un sistema de protección internacional igual al de los derechos civiles y políticos" (Corte IDH, OEA/Serv. G, CP/CAJP-622/85 add. 2-a, 27 junio 1986, parágrafo 8). En lo que respecta concretamente a la Corte, la protección de estos derechos podría hacerse valer ante ella de igual manera que con respecto a los otros derechos incluidos en la CADH. La Corte indicó que ella podía llegar a tener una importante función en la promoción y protección de los derechos económicos, sociales y culturales por la vía de su competencia consultiva referida a "la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos" o a la "compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales" (artículo 64, 1) y 2), CADH). Esto es especialmente claro si se tiene en cuenta lo que respecto de la interpretación de la Convención establece su artículo 29. Todos los criterios de este artículo (*a, b, c y d*) son aplicables, pero merece destacarse el párrafo *d*, ya que la DADDH incluye los derechos económicos, sociales y culturales y la Carta Americana de Garantías Sociales es un acto internacional de tipo declarativo aprobado por el mismo órgano supremo del sistema que adoptó, en su momento, la Carta de la Organización y la DADDH.

Por el contrario, cuando se trata de derechos de realización y aplicación progresiva debería acudir a otros esquemas. La experiencia adquirida a través del funcionamiento del mecanismo de control previsto en el PDESC de ONU constituía una base aprovechable para fijar el mecanismo de protección de los derechos consignados en el PSS.

Por ello, el doctor Rabasa sugirió que para los derechos de aplicación gradual o progresiva se estableciera un procedimiento que comprendiera, por conducto de la SG de OEA, a los Consejos Técnicos de OEA,<sup>140</sup> los cuales, auxiliados por grupos de expertos *ad hoc* y organismos especializados, y en estrecha comunicación con la Corte Interamericana, recibieran informes periódicos de los Estados y emitieran las recomendaciones que se estimaran procedentes.<sup>141</sup>

El mecanismo finalmente establecido es uno de informes aplicable a todos los derechos consagrados en el PSS. Los Estados parte se comprometen a presentar informes periódicos sobre las medidas progresivas<sup>142</sup> que adopten para asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en el propio Protocolo. Dichos informes deben presentarse al Secretario General de la OEA para que éste a su vez los transmita al Consejo Interamericano Económico y Social (CIES), al Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura (CIECC)<sup>143</sup> y a la CIDH.

<sup>140</sup> El Consejo Interamericano Económico y Social y el Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

<sup>141</sup> Este sistema es parecido al que se lleva a cabo en ONU por conducto del ECO-SOC. Esto explica por qué el Uruguay señaló que debido a que la inexigibilidad inmediata y plena de ciertos derechos económicos, sociales y culturales en función de su carácter de "derechos de desarrollo progresivo", cuya realización depende en buena parte del contexto socio-económico del país respectivo, primero debería intentarse la consagración de los derechos económicos, sociales y culturales que son exigibles *per se*, sujetándolos en consecuencia, a los mismos mecanismos de protección de que disfrutaban los derechos civiles y políticos comprendidos en el Pacto de San José, reservando el sistema de informes periódicos como el arbitrado en el PDESC (artículo 21-3), para aquellos derechos que aún no pueden ser demandados jurisdiccionalmente. OEA/Ser.G/CP-CAJP-622/85 add. 7, 31 de marzo de 1987.

<sup>142</sup> Por lo que una vez colocada o puesta en marcha cualesquiera medida debe permanecer en el tiempo.

<sup>143</sup> Los informes anuales que el CIES y el CIECC envíen a la AG de OEA deben contener un resumen de toda la información recibida para su estudio, informes de los Estados parte en el Protocolo y organismos especializados acerca de las medidas progresivas adoptadas y las recomendaciones de carácter general que se estimen pertinentes.

El secretario general transmitirá también "a los organismos especializados del sistema interamericano, de los cuales sean miembros los Estados parte",<sup>144</sup> copias de los informes o de sus partes pertinentes, en la medida en que tengan relación con las materias competencia de dichos organismos.

En el caso que los derechos establecidos en los artículos 8, 1, a) y 13<sup>145</sup> fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado miembro, podrá dar lugar, mediante la participación de la CIDH, 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 CADH.<sup>146</sup> La aplicación de este artículo seguramente será de especial cuidado pues pese a que el contenido general del PSS es de carácter programático, el PSS permite en estas circunstancias específicas la aplicación del sistema de peticiones individuales ante CIDH y la Corte.

Sin perjuicio de lo anterior, la CIDH puede formular las observaciones y recomendaciones que considere pertinentes sobre la situación que los derechos económicos, sociales y culturales establecidos en el Protocolo guarden en todos o algunos de los Estados Parte. Estas recomendaciones y observaciones podrá incluirlas en su informe anual a la Asamblea General o en un informe especial.

Finalmente, el artículo dispone que tanto la CIDH como el CIES y el CIECC, en el ejercicio de las facultades establecidas, deberán tomar en cuenta la naturaleza *progresiva* de la vigencia de los derechos objeto de protección por el Protocolo.<sup>147</sup> Creemos que esto significa que los Estados avanzarán conforme a sus recursos pe-

<sup>144</sup> PSS, artículo 19. 3.

<sup>145</sup> Derechos sindicales, incluyendo el derecho a organizar sindicatos y afiliarse al de su libre elección pero excluyendo el derecho a la huelga (artículo 8, 1, b); y derecho a la educación.

<sup>146</sup> El proyecto de 1988 incluía lo que eran los artículos 8 (derechos sindicales), 9 (derecho a la huelga) y 15 (derecho a la libertad a la educación).

<sup>147</sup> El subrayado es mío. Vale señalar que para este artículo hubo propuestas indicando que en la aplicación del PSS se tomaran en cuenta las circunstancias relativas a la evolución del desarrollo de los pueblos de América, y que asimismo se considerara la naturaleza progresiva de los derechos protegidos.

ro una vez que establezcan una medida o beneficio a la población en general, no tienen facultades para retirarlo, so pena de violar las disposiciones del Protocolo.<sup>148</sup>

#### Artículo 20. *Reservas*

De conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>149</sup> y en seguimiento del artículo 75 de la CADH, el Protocolo permite la formulación de reservas sobre una o más disposiciones específicas, sin que se presenten al momento en que se aprueba, se ratifica o se adhiere, siempre que no sean incompatibles con el objeto y fin del instrumento internacional.

#### Artículo 21. *Firma, ratificación o adhesión. Entrada en vigor*

Las disposiciones del Protocolo limitan su suscripción sólo a los Estados que sean parte en el Pacto de San José o Convención Americana de Derechos Humanos. La ratificación, o adhesión, se efectuará mediante depósito de instrumentos de ratificación o adhesión en la Secretaría General de OEA. El Protocolo entrará en vigor cuando se hayan reunido once instrumentos de ratificación o adhesión. El Secretario General habrá de informar a todos los Estados miembros de la OEA de la entrada en vigor del Protocolo.

#### Artículo 22. *Incorporación de otros derechos y ampliación de los reconocidos*

El Protocolo permite que cualquier Estado parte y la CIDH sometan a la consideración de los Estados parte, reunidos en ocasión de la Asamblea General, propuestas de enmienda con el fin de in-

<sup>148</sup> Sobre el proyecto de Artículo en general, la Corte opinó que la enumeración y definición de derechos en el proyecto era más o menos aceptable, pero en cuanto al régimen de protección, fueron evidentes sus insuficiencias y defectos. Corte, IDH, OEA/Ser. G, CP/CAJP-622/85 add. 2-a, 27 junio 1986, párrafo 9.

<sup>149</sup> Suscrita en Viena, Austria, el 23 de mayo de 1969, ratificada por México el 25 de septiembre de 1974, entró en vigor el 27 de enero de 1980, *DOF*: 14 de febrero de 1975. Ver *supra* los comentarios sobre el artículo 5, entre otros. Vale señalar que para este artículo hubo propuestas indicando que en la aplicación del PSS se tomaran en cuenta las circunstancias relativas a la evolución del desarrollo de los pueblos de América, y que asimismo se considerara la naturaleza progresiva de los derechos protegidos.

cluir el reconocimiento de otros derechos y libertades o bien a extender o ampliar los derechos y libertades reconocidos en el mismo. El PSS prevé que estas enmiendas entrarán en vigor para los Estados en la fecha en que dos tercios de los Estados parte en el Protocolo hayan depositado sus instrumentos de ratificación. Para los restantes miembros entrarán en vigor en la fecha en que depositen sus propios instrumentos de ratificación.

## VI. CONCLUSIONES

Los cinco primeros artículos de la parte dispositiva contienen cláusulas generales, usuales en este tipo de instrumentos. Los Estados se obligan en ellas a adoptar las medidas necesarias hasta el máximo de sus recursos a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Protocolo, a no discriminar, a adoptar disposiciones de derecho interno que permitan hacer efectivos los derechos establecidos en el PSS y a no admitir restricciones a los derechos reconocidos en virtud de legislación interna o internacional. Asimismo, sólo pueden establecerse restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en el Protocolo en la medida que sean compatibles con la naturaleza de sus derechos y mediante leyes promulgadas con el objeto de promover el bienestar general dentro de una sociedad democrática.

Los artículos 6 a 16 establecen los derechos económicos, sociales y culturales objeto de protección. El destinatario de la protección internacional es el ser humano; los derechos que se garantizan son atributos de la persona humana y, por lo tanto, no pueden ser considerados como el resultado aleatorio del éxito de determinadas políticas económicas o sociales. Como derechos humanos que son, los derechos económicos, sociales y culturales son, pues, imperativos, exigibles y no simplemente metas de desarrollo.<sup>150</sup> Así el aspecto fundamental del Protocolo de San Salvador está constituido por los medios institucionales que se establecen para la tutela y promoción de los derechos económicos, sociales y culturales.

<sup>150</sup> Esto plantea el problema de cómo y ante quién hacer efectivas las garantías establecidas.

Por la naturaleza de los derechos consagrados, principalmente de aplicación y realización progresiva y con exigibilidad no inmediata, el Protocolo presenta alusiones a la cooperación internacional. Esto representa la expresión de los Estados por dar los primeros pasos firmes en pos de salvaguardar los derechos económicos, sociales y culturales. Los Estados asumen compromisos definidos que procurarán cumplir en el menor tiempo y al que se obligan a destinar la mayor cantidad de sus recursos disponibles.

La mayoría de los derechos económicos, sociales y culturales estaban ya precisados en otros instrumentos internacionales, como el PDESC. Sin embargo, era prudente que se reafirmaran y desarrollaran en el ámbito americano. Su vigencia requiere de tutela permanente y, *ergo*, que se prevean medios institucionales para su protección y promoción.<sup>151</sup>

“Los derechos económicos, sociales y culturales poseen la misma naturaleza substancial de los derechos políticos y sociales”.<sup>152</sup> Todos derivan de la esencial dignidad del ser humano, todos constituyen atributos irrenunciables de la persona y todos deben ser objeto de promoción, garantía y protección a nivel nacional, regional y universal. Pero exigen mecanismos de protección diferenciados. Algunos derechos económicos, sociales y culturales no pueden ser objeto de un régimen de protección, de tipo jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional igual que el que existe respecto de los derechos civiles y políticos. En el ámbito americano esto significa que estos derechos económicos, sociales y culturales pueden no gozar de un control como el que la CADH estableció y atribuyó a la Corte.

Pero en cambio, algunos derechos que tradicionalmente han sido clasificados entre los derechos económicos, sociales y culturales poseen caracteres que hacen factible la aplicación a ellos de un régimen de protección análogo al de los derechos civiles y políticos. Esta distinción es esencial.

La enumeración y definición de los derechos económicos, sociales y culturales se dejó básicamente en manos de la CIDH y de

<sup>151</sup> Cfr. opinión de Venezuela. *Vid.*, OEA/Ser.G/CP/CAJP-622/85 add. 9, 8 de mayo de 1987.

<sup>152</sup> OEA/Ser. G, CP/CAJP-622/85 add. 2-a, 27 junio 1986, parágrafo 2.

los gobiernos americanos.<sup>153</sup> Como vimos, el Protocolo se elaboró a fin de incluir una enumeración y definición de los derechos económicos, sociales y culturales protegidos que no debiera excluir otros derechos “que son inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática de gobierno”.<sup>154</sup> Debía contener asimismo el régimen de protección regional de los derechos consignados.

Los llamados derechos civiles y políticos en general, son más fácilmente individualizables y exigibles de conformidad con un procedimiento jurídico susceptible de desembocar en una protección jurisdiccional. Entre los derechos económicos, sociales y culturales, hay también algunos que se comportan o pueden comportarse como derechos subjetivos exigibles jurisdiccionalmente. Pero hay otros que, sin dejar de ser derechos fundamentales del ser humano, están por su naturaleza o las condiciones del desarrollo económico y social de cada país, condicionados a la creación de una estructura institucional y económica compleja, en virtud de la cual no resultaba razonable en el estado de la evolución del desarrollo de los Estados americanos, reconocerles *per se* una exigibilidad inmediata y plena. Por el contrario, debe admitirse que se trata, como lo expresan el PDESC, y la propia CADH en su artículo 26, de derechos de desarrollo progresivo que dependen de factores no enteramente dependientes de la voluntad de cada Estado.

Una inclusión indiscriminada de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema de la Convención en la medida en que se mantenga su concepción como derechos de realización progresiva (que se expresan a veces como aspiraciones puramente programáticas no dotadas de exigibilidad), podría haber causado más bien una distorsión en los mecanismos de protección del Pacto de San José. En esta perspectiva, pareció adecuado que por la vía de un protocolo adicional no deberían incorporarse a los mecanismos y procedimientos dispuestos por el Pacto de San José sino aquellos derechos a los que resultara aplicable el sistema es

<sup>153</sup> Corte IDH, OEA/Ser. G, CP/CAJP-622/85 add. 2a, 27 junio 1986, parágrafo 5.

<sup>154</sup> Artículo 26, c), CADH.

pecífico de protección que la propia CADH establece, es decir, aquéllos que puedan llegar a ser exigibles jurisdiccionalmente, como ocurre por ejemplo, con el derecho de los padres a escoger la educación de sus hijos y el de libre sindicalización. Desde luego, esta exigibilidad debe ser concebida de la manera más amplia, de modo que pueda entenderse tanto en sentido positivo (exigibilidad de los derechos en sí mismos), como negativo (impugnación de actos que los contradigan, supriman o disminuyan).

El límite entre derechos económicos, sociales y culturales con o sin exigibilidad jurisdiccional inmediata no es invariable sino que más bien deriva de circunstancias históricas vinculadas al desarrollo y la evolución del Derecho. Esta circunstancia se tomó en cuenta al redactar el PSS.

“Los derechos económicos, sociales y culturales requieren una base económica que los haga posibles y una política social y cultural del Estado. Pero sólo pueden existir realmente si también se reconocen y respetan los derechos civiles y políticos que, a su vez, sólo pueden llegar a tener su pleno sentido si reposan en la existencia de un hombre libre de la miseria y de la ignorancia”.<sup>155</sup> Sólo la existencia real de todos ellos, garantizados por un régimen eficaz de protección internacional, habida cuenta de sus elementos propios, y dentro del marco del desarrollo y del progreso político, económico social y cultural de América, puede asegurar “el ejercicio efectivo de la democracia representativa en el continente”.

<sup>155</sup> GROS ESPIELL, Héctor, en Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Anuario Jurídico* VII, 1985, UNAM, México, D. F., 1985, p. 13.

## ANEXO

Listado de los artículos del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador.

*Preámbulo.* Reafirma, desarrolla, perfecciona y protege los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales previos.

- Artículo 1o. Obligación de adoptar medidas para instrumentar los derechos reconocidos en el Protocolo.
- Artículo 2o. Obligación de modificar la legislación nacional para instrumentar los derechos reconocidos en el Protocolo.
- Artículo 3o. Obligación de no discriminar por cualquier condición social.
- Artículo 4o. No admisión de restricciones al grado en que la legislación nacional reconozca un derecho aduciendo que el Protocolo no lo reconoce o lo restringe.
- Artículo 5o. Alcance de las restricciones y limitaciones.
- Artículo 6o. Derecho al trabajo (incluyendo el de minusválidos y mujeres).
- Artículo 7o. Condiciones de trabajo justas, equitativas y satisfactorias.
- Artículo 8o. Derechos sindicales.
- Artículo 9o. Derecho a la seguridad social.
- Artículo 10. Derecho a la salud.
- Artículo 11. Derecho a un medio ambiente sano.
- Artículo 12. Derecho a la alimentación.
- Artículo 13. Derecho a la educación.
- Artículo 14. Derecho a los beneficios de la cultura.
- Artículo 15. Derecho a la constitución y protección de la familia.
- Artículo 16. Derechos de la niñez.
- Artículo 17. Protección de los ancianos.
- Artículo 18. Protección de los minusválidos.

- Artículo 19. Medios de protección.
- Artículo 20. Reservas.
- Artículo 21. Firma, ratificación o adhesión.  
Entrada en vigor.
- Artículo 22. Incorporación de otros derechos y ampliación de aquellos reconocidos.