

Los derechos en acción

Obligaciones y principios de derechos humanos

Sandra Serrano y Daniel Vázquez



FLACSO
MÉXICO

323

S487d Serrano, Sandra

Los derechos en acción : obligaciones y principios de derechos humanos /
Sandra Serrano y Daniel Vázquez. – México : FLACSO México ; 2013.
154 páginas : ilustraciones, gráficas ; 15x23 cm

ISBN 978-607-9275-26-6

1.- Derechos Humanos -- Aspectos Sociales 2.- Derechos Humanos
(Derecho Internacional) 3.- Derechos Humanos -- Políticas Públicas
4.- Derechos Humanos -- Legislación 5.- Derechos Civiles 6.- Garantías
Constitucionales 6.- Defensores de los Derechos Humanos 7.- Justicia Social
I.- Vázquez, Daniel (Luis Daniel Vázquez Valencia) II.- t.

Primera edición: noviembre de 2013

D.R. © 2013, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede México,
Carretera al Ajusco 377, Héroes de Padierna, Tlalpan, 14200 México, D.F.
<www.flacso.edu.mx>, <public@flacso.edu.mx>

ISBN 978-607-9275-26-6

Este libro fue sometido a un proceso de dictaminación por académicos externos de acuerdo
con las normas establecidas por el Consejo Editorial de la Flacso México.

Queda prohibida la reproducción parcial o total, directa o indirecta del contenido de la pre-
sente obra, sin contar previamente con la autorización por escrito de los editores, en tér-
minos de la Ley Federal del Derecho de Autor y, en su caso, de los tratados internacionales
aplicables.

Impreso y hecho en México. *Printed and made in Mexico.*

Índice

Prólogo	
<i>Pedro Salazar</i>	vii
Los derechos en acción Obligaciones y principios de derechos humanos	
Introducción	3
Las primeras intuiciones: el porqué de este libro	3
Los derechos humanos en la matriz política actual: el triunvirato triunfante	8
La prevalencia de los derechos humanos en las decisiones gubernamentales: la formación del nuevo marco jurídico y político	9
Los derechos, las obligaciones y los principios: instrucciones para armar	11
Estructura del libro	13
Capítulo I. Los principios de los derechos humanos: los contextos siempre cambiantes	17
La universalidad	17
La indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos	34
Capítulo II. Los subderechos y las obligaciones generales	47
La construcción de una teoría de las obligaciones en derechos humanos	47
El primer paso: la desagregación del derecho en subderechos (o componentes)	54

Capítulo I

Los principios de los derechos humanos: los contextos siempre cambiantes

La universalidad

La universalidad puede ser pensada como una característica de los derechos humanos y como un principio que conforma los criterios de los derechos en acción. Como lo primero remite a la diferencia y conformación del súbdito en ciudadano, paso previo para identificar los derechos subjetivos fundamentales respecto de aquellos que no lo son. Como principio, la universalidad se erige en un criterio de interpretación de los derechos en su conjunto, en casos o situaciones específicas. Veamos estas dos dimensiones de la universalidad.

La universalidad como característica de los derechos humanos: la construcción del ciudadano

La universalidad de los derechos humanos tiene un origen muy específico: la veta liberal de la cual abrevan. A partir de las disputas políticas y jurídicas entre el rey y el Parlamento (Skinner, 2003), entre el origen divino (Filmer, 1991) y el origen contractual del poder político (Rousseau, 2008; Hobbes, 2005; Locke, 2003), es que se crea la idea de que las personas tienen derechos "naturales" que preceden a la formación del orden político. Por ende, éste se encuentra limitado por los derechos que pertenecen a las personas por el solo hecho de serlo.

Esta veta conformada por los derechos naturales, el contractualismo y el liberalismo político es la puerta de entrada de la universalidad

de ciertos derechos reputados como fundamentales. La edificación de la universalidad va muy de la mano con otro valor esencial originado en este mismo proceso histórico-político: la igualdad. A la par del nacimiento de los derechos humanos como derechos naturales, se rompe la idea de una comunidad política jerárquica y orgánicamente organizada, y comienza a construirse la sociedad política individualista en la que el todo ya no es más importante que la parte. El proceso político que se halla detrás es el paso del súbdito al ciudadano.

Más adelante, en la segunda mitad del siglo xx, los derechos que limitan al poder político ya no vendrán de una "naturaleza esencial de la persona", sino que su base provendrá de un proceso de deliberación que permite —razonablemente— pensar que esos derechos son fundamentales. El caso más representativo de esta construcción filosófica será la propuesta de organización político-social elaborada por Rawls (1978, 1996a, 1996b), en cuya teoría de la justicia, los principios que derivan en ciertos bienes primarios se construyen de forma deliberativa bajo criterios de razonabilidad (equilibrio reflexivo) en lo que él denomina "la posición original".

La deliberación como criterio de construcción de los derechos considerados universales tiene otra consecuencia: es el punto de partida para distinguir la naturaleza jurídica natural de la moral. La construcción deliberativa bajo criterios de razonabilidad de lo fundamental de los derechos humanos es el aspecto central en la naturaleza jurídica moral que desarrollan tanto Eusebio Fernández (1982), como Francisco Laporta (1987) y Alfonso Ruiz (1990).¹ Posteriormente, en la década de 1990, habrá otras formas de apelar a la idea de universalidad de los derechos humanos que se alejan de la discusión entre la esencia de la persona (derechos naturales) y la deliberación razonable (derechos morales). Por ejemplo, una operación interesante es la de Richard Rorty en *Derechos humanos, racionalidad y sentimentalismo*, donde el autor pro-

pone apelar al sentimentalismo para dar factibilidad a los derechos humanos. Otro desarrollo que cabe referir es el de Guillermo O'Donnell (2003a; 2003b; 2004). En el necesario paso de un régimen democrático a un Estado democrático sustentado en criterios de igualdad a partir de la dotación efectiva de derechos y libertades, O'Donnell sustenta los principios morales de esta construcción en la agencia de las personas, entendiendo por agente al ser que "dotado de razón práctica: usa su capacidad cognitiva y motivacional para elegir opciones que son razonables en términos de su situación y sus objetivos, para las cuales, excepto prueba concluyente en contrario, es considerado el mejor juez" (O'Donnell, 2004: 30).²

Independientemente de que la base de la universalidad de los derechos humanos sea la dignidad humana³ (natural o moral), la agencia o el sentimentalismo, lo central es mantener la idea de "fundamentales" para estos derechos en particular, porque es aquí donde la universalidad funciona con toda su fuerza como rasgo de los derechos humanos.⁴ Para explicar esta parte, hay que avanzar un poco más en la teoría jurídica, en el momento preciso en que —por su condición de fundamentales— los derechos humanos son pensados como derechos subjetivos propios del orden moral.

Es un lugar común de la teoría jurídica afirmar que los derechos humanos son derechos subjetivos. De acuerdo con Luigi Ferrajoli (2006),

¹ Es muy importante que no se confunda la construcción deliberativa bajo criterios razonables de la moralidad de los derechos humanos con la moral por acuerdo. Mientras la primera sigue bajo los criterios de ordenación propuestos por Rawls, es decir, se trata de un contrato social solidario, cooperativista y tendiente a la igualdad, la segunda es la propuesta de los anarco-capitalistas tendientes a construcciones individualistas y realistas como la formulada por Nozick (1990). La versión más acabada de esta construcción de la justicia se encuentra justamente en *La moral por acuerdo* de David Gauthier (1994).

² En sentido semejante se encuentra la propuesta de Michael Ignatieff (2003), quien también encuentra en la agencia el fundamento de los derechos humanos.

³ La idea de dignidad humana está estrechamente vinculada con la construcción del sujeto de derechos, proveniente de la ilustración, y elaborada desde el liberalismo político. En la medida en que la persona se reconoce dueña de su propio cuerpo, también se reconoce dueña de su destino, aspecto que da forma a la libertad como autodeterminación que echa por tierra las concepciones que legitimaban a la monarquía absoluta. La libertad como autodeterminación se complementa con los derechos naturales, el contrato social y el derecho a la resistencia como tetralogía principal del liberalismo político.

⁴ La universalidad también funciona como potencia moral de los derechos humanos, sin embargo, no desarrollaremos esta otra veta de la idea de universalidad, que además nos lleva a la discusión sobre si son muchos o pocos los derechos que deberían considerarse fundamentales y, por ende, universales. Esta discusión es la que conforma también la idea del *ius cogens* del derecho internacional que es aplicable a toda la comunidad internacional. Para una discusión sobre la universalidad y la cantidad de derechos que deben considerarse universales es útil el debate que en *Doxa* mantuvieron Francisco Laporta (1987), Antonio-Enrique Pérez Luño (1987), Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero (1987).

un derecho subjetivo es “toda expectativa jurídica positiva (de prestación) o negativa (de no lesión)”;

es una expectativa formada en una persona respecto de la acción u omisión de otra. Los derechos humanos son derechos subjetivos, son expectativas formadas en todas las personas en relación con la acción u omisión de los Estados, las empresas, los poderes fácticos y del resto de las personas respecto de ciertos bienes primarios. Hay muchos derechos subjetivos, pero no todos califican como derechos humanos, los derechos fundamentales⁵ son “aquellos derechos universales y, por ello, indispensables e inalienables, que resultan atribuidos directamente por las normas jurídicas a todos en cuanto personas, ciudadanos capaces de obrar” (Ferrajoli, 2006: 30).

Ésta es la principal operación conceptual de la universalidad: distinguir los derechos subjetivos fundamentales de los que no lo son. La distinción proviene de la carga de legitimidad política del derecho en cuestión, a partir de los criterios de razonabilidad que lo sustentan. No se trata de cualquier tipo de pretensiones, sino de las constitutivas de los bienes primarios socialmente reconocidos como elementos básicos de la dignidad humana. Nos referimos al conjunto de derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales. Desde la filosofía política, empero, no hay un acuerdo sobre estos bienes primarios; no lo hubo desde su desarrollo contractual inicial entre Thomas Hobbes (2005), John Locke (2003) y Jean-Jacques Rousseau (2008); no lo hay ahora entre los bienes primarios de Rawls, los principios de Dworkin, las capacidades de Nussbaum y Sen (1993), o los elementos constitutivos de la agencia y la ciudadanía de alta intensidad para Guillermo O’Donnell (2003a; 2003b; 2004) y Michael Ignatieff (2003).

Pese al desacuerdo, podemos establecer como punto de partida que los derechos humanos son exigencias éticas justificadas en especial im-

portantes, por lo que deben ser protegidas por medio del aparato jurídico.⁶ Las características de justificación ética y singular relevancia conllevan la necesidad de que sean reconocidos y garantizados por el aparato jurídico, de lo contrario sólo tendrían la fuerza moral proveniente del orden normativo moral, pero no una eficaz garantía de aquéllos (Ruiz, 1990).

Los DH como derechos subjetivos y exigencias éticas justificadas, junto con su subyacente promesa de futuro, permiten entender la fuerza emancipadora de esta articulación: cuando una persona presenta un discurso en términos de derechos, lo que expone es una demanda —no en términos jurídicos, sino sociopolíticos— que considera legítima. Los DH como derechos subjetivos son demandas moralmente sustentadas y con pretensiones de legitimidad. El reconocimiento de los DH como *exigencias éticas justificadas y especialmente importantes* (Ruiz, 1990) es también lo que hoy sostiene la idea de universalidad —muy distinta a la idea de universalidad de la gloriosa Revolución inglesa de 1688-1689, la guerra de independencia de Estados Unidos de 1776 o la Revolución francesa de 1789 que se sostenía bajo criterios de derechos naturales.

La universalidad de los DH está muy relacionada con la esencia jurídica natural y moral de dichos derechos, por eso los derechos fundamentales se mantendrían independientemente de que fueran o no reconocidos por el sistema positivo local del Estado en cuestión. Como observa Francisco Laporta (1987), si admitimos la universalidad, lo primero que debemos hacer es sacar los DH fuera del ámbito del sistema jurídico positivo. De hecho, la única posibilidad para mantener la idea de universalidad que observa Gregorio Peces-Barba es abstraer los DH de los bienes primarios que cada uno de éstos protege, para llevarla hacia una moralidad genérica que respalde al conjunto de los derechos. Así, la moralidad de los derechos nos lleva necesariamente a la idea de dignidad humana, a los grandes valores de libertad, igualdad, seguridad y solidaridad. Así, “la universalidad se formula desde la vocación moral única de todos los seres humanos, que deben ser considerados como fines y no como medios y que deben tener unas condiciones de vida social que les permita

⁵ Hay un debate en torno a si la mejor forma de nombrar a estos derechos es *humanos* o *fundamentales*. La posición depende desde el lugar de enunciación: la teoría jurídica o la dogmática jurídica. Por ejemplo, para Miguel Carbonell (2004), desde la dogmática jurídica, debiera llamárseles derechos fundamentales, porque provienen de documentos fundamentales, como las constituciones o la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En cambio, desde la teoría jurídica, Eusebio Fernández (1982) afirma que la mejor nominación es derechos fundamentales, pero a partir de la trascendencia de los bienes primarios que estos derechos protegen (libertad, integridad personal, salud, alimentación, etc.). Sin embargo, en este documento utilizaremos derechos humanos y derechos fundamentales como sinónimos.

⁶ No sólo el sistema jurídico normativo, sino también las instituciones formales e informales que constituyen el “hacer del derecho”.

libremente elegir sus planes de vida (su moralidad privada)” (Peces-Barba, 1994: 411). Desde esta lógica, lo universal es la moralidad básica de los derechos, más que los derechos mismos.⁷

En la medida que estos DH tienen como principal contenido valores morales de especial relevancia, conviene suponer que deben ser reconocidos para todas las personas, independientemente de su preferencia sexual, edad, nacionalidad, raza, etc. Nuevamente, lo que destaca aquí es ese criterio de igualdad. Hablar de universalidad desde esta postura tiene dos implicaciones relevantes y problemáticas:

- a) Los derechos humanos se adscriben a todos los seres humanos (Peces-Barba, 1994: 401).
- b) Estos derechos son exigibles por todos los seres humanos en cualquier contexto político, jurídico, social, cultural, espacial y temporal (Blanc, 2001: 14; Laporta, 1987: 32; Peces-Barba, 1994: 401).

Cada una de estas pretensiones de abstracción tiene sus propias oposiciones, sobre las cuales no se ahondará en este documento.⁸

La universalidad como principio: identificación del sujeto en su contexto

Independientemente de que la idea de universalidad se construya desde la naturaleza de la persona o desde criterios deliberativos y razonables, en ambos casos se trata de procesos sumamente abstractos que desprenden a las personas de los contextos cotidianos de opresión en los que se encuentran. En este apartado argumentamos que hoy la universalidad no se desprendería de esos contextos; por el contrario, en la medida en que el aspecto central de la universalidad es que todas las personas

deben gozar de los mismos derechos, las diferentes condiciones contextuales son el punto de partida para dotar de sentido práctico a la universalidad, puesto que las necesidades de un migrante sin documentos para gozar efectivamente de sus derechos, que se encuentra trasladándose por Tamaulipas, serán muy distintas de las necesidades de alguna persona de clase media alta en el Distrito Federal.

Pensar la universalidad desde lo local, desde los contextos cotidianos de opresión, conlleva a problematizar la idea de igualdad que sustenta la universalidad (todas las personas somos natural o moralmente iguales y por ello tenemos los mismos derechos). Asimismo, pensar la universalidad desde lo local invita a cuestionar los usos que en algunas ocasiones se ha dado a la universalidad para argumentar invasiones o ataques a otros países, en nombre de la democracia y los derechos humanos (la universalidad como imposición); para pensarla como proceso de emancipación a partir de la consideración, análisis y propuesta de cambio de las condiciones locales de opresión sistemática. Vayamos adelante con el argumento de este apartado.

Mencionamos antes que la universalidad de los derechos humanos se construye en relación directa con la idea de la igualdad como principio de organización de la sociedad política. Así, Ferrajoli sostiene que el “universalismo de los derechos fundamentales e igualdad jurídica son exactamente la misma cosa”, en tanto que la igualdad jurídica no es más que la idéntica titularidad y garantía de esos derechos fundamentales, “independientemente por el hecho, y al contrario, precisamente por el hecho de que sus titulares son diferentes entre ellos” (Ferrajoli, 2010: 13-14).

En efecto, Luigi Ferrajoli identifica cuatro modelos de igualdad/diferencia: el primero es el de la indiferencia jurídica a las diferencias. En este modelo las diferencias simplemente son ignoradas (estado de naturaleza de Hobbes). El segundo es el modelo de la diferenciación jurídica de las diferencias, por medio del cual se valorizan algunas identidades y se desvalorizan otras, pero a través de instituciones jerarquizadas. Aquí estamos frente a una sociedad de castas, en la que las diferencias sirven para generar procesos de discriminación y jerarquización a través de criterios de privilegio. El tercero es el modelo de la homologación jurídica de las diferencias. Aquí se tiene conciencia de las diferencias, pero son negadas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad. Al ocultar

⁷ El siguiente paso que Gregorio Peces-Barba (1994) propone es verificar si cada derecho responde, en última instancia, a la moralidad básica y universal.

⁸ Por ejemplo, Peces-Barba identifica estos procesos de abstracción en torno a la universalización en aspectos como la razón para la titularidad, la historia para la temporalidad y la cultura cosmopolita para el espacio. También cada uno de estos aspectos tendrá oposiciones, como el utilitarismo para la noción racional, el historicismo frente a la historia o el romanticismo frente a la cultura cosmopolita (Peces-Barba, 1994: 399-420).

las diferencias, también se ocultan las relaciones de poder, sumisión y desigualdad que suponen esas diferencias (Ferrajoli, 1999). La propuesta en materia de derechos humanos es avanzar hacia el cuarto modelo propuesto por Ferrajoli, el modelo de *igual valoración jurídica de la diferencias*, que se basa en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales y, al mismo tiempo, en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad.

En este modelo no se trata de ser indiferente o tolerante a las diferencias, sino de garantizar la libre afirmación y desarrollo. El aspecto central de esta propuesta es que permite pensar la igualdad —y, por ende, la universalidad— desde lo local, desde el contexto de opresión cotidiana de la gente; permite sumar al análisis jurídico las relaciones sociales como factores de desigualdad y, en especial, tener presente que el análisis de estas relaciones es relevante para generar no sólo formulaciones normativas, sino también garantías de efectividad.

Esto nos conduce a otra disputa: pensar los DH como derechos morales (las construcciones deliberadas y razonables ya señaladas antes), o como derechos históricos (construcciones siempre contingentes a partir de límites fácticos de orden político, económico y social). En el neoconstitucionalismo parece haber un acuerdo en torno a que los DH son derechos morales, como se observa en los textos de Eusebio Fernández (1982), Alfonso Ruiz Miguel (1990) y Carlos Santiago Nino (1989), y como se reseñó en el anterior apartado. Más interesante aún es la demostración que hace Neil MacCormick (1990) de las limitaciones de las teorías que fundamentan el derecho en la voluntad (y construyen la moral por acuerdo como principio de justicia fundante), por lo que se requiere construir argumentos sobre intereses justificados.

En cambio, desde la filosofía crítica, la sociología política y jurídica, y la perspectiva de la antropología jurídica, se requiere una forma distinta de pensar los derechos humanos (Estévez y Vázquez, 2011). A partir de estas disciplinas, el nacimiento y consolidación de un derecho es siempre contingente y contextual, por lo que la fundamentación histórica parece más adecuada. El principal aporte de concebir los derechos humanos como derechos históricos es que ello permite observar el proceso de nacimiento de los derechos, los grupos que los apoyaron, los objetivos, los procesos de cambio y exclusión en su institucionalización, entre otros aspectos, lo que enriquece los contextos de

creación del derecho para una mayor interpretación política y jurídica. Incluso mantiene abierta (y explícita) la posibilidad de reinterpretación del derecho a partir de cambios de contexto, así como la aparición de nuevos derechos.

La propuesta es pensar la universalidad desde los contextos locales donde se ejercita el derecho: pensar lo universal a partir de lo local. El uso no diferenciado de los derechos humanos por medio del análisis de los contextos de opresión invisibiliza las diferencias de las personas y sus contextos, lo que resulta en una práctica excluyente contraria a la propia idea de universalidad. Por ello, este principio debe comprenderse y utilizarse desde la experiencia concreta de las personas, de conformidad con un tiempo y espacio determinados, de tal manera que se promueva la inclusión desde la realidad misma. Así, el principio de universalidad conlleva un proceso de contaminación, nutrición y renovación de los DH, producto de su propia expansión a diferentes culturas, ideas y manifestaciones de la opresión. La idea contemporánea de los DH no se concibe a partir de una única interpretación (Baxi, 1998), sino que recibe, asimila y regenera la experiencia particular para incorporarla al acervo universal, al tiempo que particulariza lo universal para ser útil en lo local.

Entonces, más que ahondar en lo que iguala a los seres humanos, la práctica del principio de universalidad debe interesarse por lo que los hace diferentes. Así como desde la antropología, la sociología y otras disciplinas se sostiene el origen histórico de los DH, más allá del concepto abstracto de ser humano y de lo que es bueno para él, la universalidad de los derechos humanos debe desprenderse de cualquier esencialismo sobre el ser humano, para reconocerlo a partir de su experiencia y su contexto concretos. Es la opresión existente en la realidad de las prisiones, de los barrios pobres o de las rutas de los migrantes la que constituye la verdadera esencia de los DH. En última instancia, la moralidad básica de los derechos ha sido y se construye a partir del sufrimiento humano, de las luchas de las personas por reivindicar lo que consideran que, con justicia, merecen (Nyamu-Musebi, 2005; Stammers, 2005).⁹ Los DH no son más que estas aspi-

⁹ También a esto se refiere Michael Ignatieff (2003) cuando afirma que el mejor fundamento de los derechos humanos es prudencial; lo mismo que Žižek (2005) y Leffort (1990)

raciones socialmente construidas¹⁰ (se les podría llamar pretensiones o expectativas) de lo que se considera indispensable para que el ser humano llegue a ser lo que cree que debe ser.¹¹

A partir de lo anterior, fusionamos esta nueva forma de comprender la universalidad y llevarla al funcionamiento del DIDH por medio de un par de claves de aterrizaje:

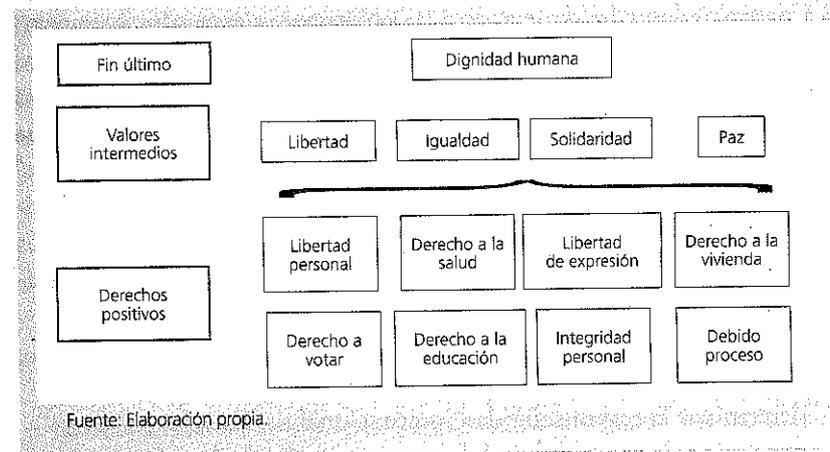
- La centralidad del sujeto de derechos en su contexto.
- La reinterpretación de los derechos a partir de las necesidades locales.

Bajo esta égida, el principio de universalidad se leerá bajo dos claves que se pensaría son contradictorias, pero que, al contrario, son necesariamente complementarias: la primera supone un proceso de abstracción mediante el cual se conciben los bienes primarios constitutivos de los derechos (los cuales terminarían teniendo un carácter más instrumental), como la igualdad, la libertad o la paz. Esta abstracción estará acompañada de un segundo proceso cognitivo que conduzca al objetivo principal de los derechos humanos: la idea de vida digna. Y, al mismo tiempo, se requiere que dicho proceso se acompañe siempre de la persona en su contexto. Que estos bienes primarios permitan, mediante la universalidad, interesarse por lo que hace diferentes a las personas, reconociéndolas con base en sus experiencias y contextos.

cuando analizan que, frente a los marginados y desposeídos que ponen en duda a cualquier derecho humano, lo mejor es que esos derechos existan.

¹⁰ En este sentido, Jack Donnelly (1993: 15) sostiene que “[human] nature is a social project more than a presocial given. Just as an individual’s nature’ or ‘character’ arises from the interaction of natural endowment, social and environmental influences, individual action, human beings create their ‘essential’ nature through social action on themselves. Human rights provide both a substantive model for and a set of practices to realize this work of self-creation [...]. Human rights are less about the way people are’ than about what they might become. They are about *moral* rather than natural or juridical persons”.

¹¹ Upendra Baxi (1998: 143) advierte del peligro que representa no ya la imposición de derechos, sino la idea misma de autodeterminación. La noción esencialista de la universalidad lleva consigo una identidad que pretende totalizar, en cambio, la verdadera autodeterminación que implican los derechos humanos como parte del reconocimiento de múltiples identidades. En este sentido, sostiene que “[the] evolution of the right to self-determination of states and people signifies no more than the power of hegemonic or dominant states to determine the ‘self’ which then has the right to ‘self-determination’. In sum, the right is only a right to access a ‘self’ pre-determined by the play of hegemonic global powers”.



Fuente: Elaboración propia.

Esquema 1. Las capas de la universalidad.

A partir de lo anterior, el lector pensaría que para aplicar la universalidad como principio se requiere ser sociólogo, antropólogo o politólogo. No es así. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) ha recurrido al uso sistemático del análisis de los contextos para fincar responsabilidad al Estado en violaciones específicas de DH. Lo que ha interesado, por ejemplo, para decidir los casos contenciosos, pasa por el conocimiento de las personas o grupos involucrados, de la situación en la que se encontraban y de las necesidades expresadas en su reivindicación de derechos. Así, la interpretación de los DH contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y otros instrumentos interamericanos, no se realiza en el vacío, sino que es un producto dialógico, resultante de *dimensionar* los derechos y las obligaciones, a la luz de las condiciones y contexto de las víctimas. Los derechos humanos responden y se adecuan a las demandas, no a la inversa.

Analicemos primero la forma en que las víctimas y su contexto han sido centrales para la jurisprudencia interamericana. Existen casos cuya complejidad parecerían rebasar las posibilidades de los DH, o en los que una aplicación precisa del estándar internacional resulta insuficiente.¹²

¹² Un ejemplo de esto se encuentra en el caso de la *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, en el que la Corte Interamericana se enfrentó a un asunto en el cual la violación fue cometida por particulares y no directamente por agentes del Estado. A partir de un análisis sobre las ra-

La Corte simplemente da sentido a las obligaciones generales, bajo principios amplios de interpretación que se desprenden de la universalidad misma de los derechos. Para el Tribunal Interamericano, los tratados internacionales son “instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.” (CoIDH, 2005: 106). Además, su interpretación debe servir para garantizar el cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos de los Estados y sus efectos propios. Así, el análisis del contexto se ha utilizado con diversos objetivos:

- probar una violación;
- determinar la responsabilidad internacional del Estado;
- determinar la razonabilidad de una restricción de derechos;
- determinar un patrón sistemático de violaciones;
- facilitar la comprensión del caso;
- determinar la existencia de un crimen de lesa humanidad;
- mostrar una problemática específica, y
- mostrar una problemática en agravio de un grupo o actividad (CoIDH, 2006a; 2006b; 2003; 1988, entre otros).

Por otra parte, la Corte también ha reinterpretado los derechos para permitir la inclusión de circunstancias específicas no previstas originalmente. Éste ha sido el caso de los asuntos sobre pueblos indígenas. En el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, la Corte Interamericana analizó la falta de demarcación de las tierras comunales, la ausencia de medidas efectivas para asegurar los derechos de propiedad de las tierras ancestrales y recursos naturales de la comunidad y el otorgamiento de una concesión en las tierras, sin el consentimiento de aquélla. Fundamentalmente, se alegaron violados los derechos a la propiedad y a un recurso efectivo. Nicaragua fundó su

zones que llevaron al fortalecimiento de los grupos paramilitares, el contexto de Colombia y de Pueblo Bello, en lo particular, así como de la conducta de las autoridades respecto de los hechos, la Corte determinó la responsabilidad del Estado (por violación a sus obligaciones) de prevenir las violaciones y proteger los derechos humanos. En la sentencia se afirma que “es dentro del contexto descrito en que sucedieron los hechos del caso, que debe determinarse la observancia por parte del Estado de sus obligaciones convencionales de respeto y garantía de los derechos de las presuntas víctimas” (CoIDH, 2006c; 2009a; 2005; 2004).

defensa en un concepto tradicional de la propiedad y consideró que la extensión de tierra reclamada por la comunidad era desproporcionada, considerando el número de sus miembros (seiscientos aproximadamente). La Corte señaló:

148. Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos [...], esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua (CoIDH, 2001a: 148).

Asimismo, la Corte afirmó que para “las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras” (CoIDH, 2001a: 149). El Tribunal hizo una reinterpretación del derecho a la propiedad para responder a las características y necesidades de las comunidades indígenas.¹³ Estas ampliaciones de los derechos que buscan mayor inclusión de personas y situaciones también responden a una idea de universalidad localizada.

De acuerdo con lo anterior y desde un punto de vista práctico, la universalidad debe permitir la ampliación de los titulares de los derechos y de las circunstancias protegidas por los mismos. Es necesario que los criterios de interpretación y aplicación respondan a este principio general que pretende abarcar a la mayor cantidad de titulares de derechos bajo su protección. Eso implica que se mirará tanto a quienes directamente se busca proteger, como a las demás personas, especialmente a las más desprotegidas. El principio de universalidad de los derechos humanos puede servir como un marco conceptual de inclusión de culturas y de los más desaven-

¹³ Previamente, la Corte había definido los “bienes” en términos tradicionales “como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor” (CoIDH, 2001b: 122).

tajados. Conviene señalar, sin embargo, que el ejercicio de contextualización del caso y la consecuente reinterpretación de los derechos se realizan a partir de una justificación y argumentación precisa del caso concreto que se intenta analizar y que se encuentre dentro del margen de protección del derecho en cuestión. Así, no se trata de “crear” derechos que se adecuen al caso concreto, ni de asimilar el contexto a otras realidades, o de “desnaturalizar” el objetivo de un derecho. En el caso señalado contra Nicaragua, la Corte Interamericana amplió el contenido y alcance del derecho a la propiedad a partir de la realidad de la región y, concretamente, del Estado nicaragüense, cuidando que el objetivo de ese derecho no se perdiera ni confundiera con otro. Es decir, la propiedad comunal sigue siendo un derecho del uso y goce de bienes (artículo 21 de la Convención Americana), sólo que reconocido en el contexto de los pueblos indígenas. Por el contrario, en un caso más reciente, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (CoIDHB, 2012), el Tribunal Interamericano avanzó en la interpretación del derecho a la consulta, a partir del mismo artículo 21 de la Convención Americana sobre el derecho a la propiedad privada. Agregó a este derecho un conjunto de principios reconocidos en tratados internacionales del Sistema Universal de Derechos Humanos, como el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas. Si bien es cierto que el derecho de propiedad comunal de los pueblos indígenas sólo puede ser afectado mediante una consulta previa, no quedan claras las razones por las que el derecho a esa consulta hace parte del derecho de propiedad privada. Parecería, más bien, que se trata de dos derechos que en determinados casos se apoyan mutuamente, pero que también habrá asuntos en los que deban distinguirse. Esta reinterpretación del derecho a la propiedad privada es, al menos, dudosa. Sin duda alguna, consigue la protección de los derechos de los pueblos indígenas, pero queda la duda de si la naturaleza de este derecho no es más cercana a la libertad de expresión o, incluso, al derecho a la participación política. De ahí que deba tenerse cuidado de no alargar demasiado el contenido y alcance de los derechos hasta desconfigurarlos.

De la universalidad contextualizada a los diálogos interculturales

No debemos cerrar este apartado sin dedicar un par de ideas a la construcción de diálogos interculturales. En la sección anterior la principal

propuesta es que el lector piense la universalidad en términos prácticos, y la forma de hacerlo es implementándola como herramienta analítica que sirva como principio para dimensionar los derechos humanos desde lo local y lo concreto. Sin embargo, habrá ocasiones en las que conviene ir un paso adelante: pasar de lo local a lo intercultural.

En buena medida, pensar en los DH desde una construcción histórica abre el análisis a uno de los cuestionamientos esenciales que se plantea a la universalidad: los derechos sólo representan una parte de la cultura, la occidental. Así pues, al pretender que sólo los valores de algunas personas sean considerados universales, se da lugar a procesos de dominación y colonización simple y llana. Incluso la influencia socialista, que se advierte en los derechos económicos y sociales, no escapa de los cánones con que se piensa al *ser humano* y a la *humanidad*, provenientes de la ilustración y la modernidad occidentales.

En la medida que hay un pluralismo cultural que puede no estar de acuerdo en los bienes primarios que merecen ser considerados universales, no sólo se cuestiona el concepto de universalidad en sí, sino también las formas de construir la idea de vida buena. Si el objetivo de los derechos humanos es la vida digna, el contenido y significado de esto puede ser muy distinto para personas que pertenecen a contextos culturales diferentes. Frente a esto, la respuesta no es la desaparición de la universalidad, sino la construcción de diálogos interculturales a partir de los *topoi*¹⁴ funcionales en los términos de Santos (1999), es decir, crear los consensos traslapados que suponen la estructura de los principios básicos de la sociedad y que permiten equilibrios reflexivos en las inconmensurables dimensiones identitarias de las personas, en los términos de Rawls (1996a; 1996b; 1978).¹⁵

¹⁴ Los *topoi* son los fundamentos últimos de una cultura específica, los elementos que la dotan de sentido. Se trata de aspectos siempre inacabados y reinterpretados que alimentan la idea de vida buena. Esto es esencial para los derechos humanos, porque de aquí se desprende también el contenido de un aspecto central: la idea de dignidad humana, la cual variará dependiendo de la cultura (y de los *topoi* específicos).

¹⁵ Rawls (1996a; 1996b: 23-46; 1978: 654) intenta construir una teoría de la justicia que le permita identificar principios básicos (teoría tenue del bien) para aplicarlos a las instituciones fundamentales de una sociedad. Para ello crea la “posición original” en la que mediante un “velo de la ignorancia” las personas que dialogan desconocen su lugar en la escala social: no saben su género, su nivel económico, su raza, etc. Esta posición original le permite establecer un diálogo ausente de conflictos de poder. Sólo en una posición semejante las per-

Lo que surge es el intento de construir diálogos interculturales para identificar los continuos y disrupciones de la idea de vida digna, al tiempo que se busca construir los derechos humanos "desde abajo". Pensada así la igualdad, la universalidad de tales derechos no significa una práctica totalizadora que neutralice las diferencias y excluya las distintas ideas sobre la vida digna. El *dimensionamiento* de los derechos de acuerdo con la realidad es lo que permite que adquieran sentido en distintas localidades, y entonces sí podrán considerarse como universales.

Una aplicación de estos diálogos interculturales puede observarse en una sentencia de la Corte Constitucional de Colombia (ccc) en 1997. En Jambaló, una región indígena de Colombia que se encontraba políticamente organizada conforme a las costumbres ancestrales, un cabildo fue asesinado por paramilitares. En la investigación se descubrió que el asesinato se debió a que un integrante de la comunidad —el sindicado— afirmó al grupo paramilitar que el cabildo apoyaba a un grupo guerrillero opositor. Esa persona fue sometida a juicio y la plenaria de la Asamblea decidió que el sindicado era culpable y dio lectura a la sentencia: sesenta fuetazos (dos por cada cabildo), expulsión y pérdida del derecho a elegir y ser elegido para cargos públicos y comunitarios.

Al momento de proceder a la ejecución de la pena del fuate, los familiares del sindicado y algunos miembros del casco urbano iniciaron un gran desorden, circunstancia que llevó al gobernador de Jambaló a suspender la ejecución de la sanción. En el medio, el imputado llevó el caso a la justicia ordinaria, ganó la primera y segunda instancia por violaciones al debido proceso y a la integridad personal, hasta que el caso llegó a la ccc. Al momento de emitir su sentencia, dicha instancia se vio en la necesidad de valorar que la pena había sido resuelta por un tribunal que se había guiado por tradiciones y costumbres, por ello la ccc explicaba:

El reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural responde a *una nueva visión del Estado, en la que ya no se concibe a la persona humana como un individuo abstracto, sino como un sujeto con caracterís-*

sonas pueden deliberar con argumentos razonables para establecer esos acuerdos básicos. Este proceso de diálogo y este tipo de acuerdos es a lo que Rawls se refiere como consensos traslapados mediante equilibrios reflexivos.

ticas particulares, que reivindica para sí su propia conciencia ética [...]. El Estado tiene la especial misión de garantizar que todas las formas de ver el mundo puedan coexistir pacíficamente, labor que no deja de ser conflictiva, pues estas concepciones muchas veces son antagónicas e incluso incompatibles con los presupuestos que él mismo ha elegido para garantizar la convivencia. En especial, son claras las tensiones entre reconocimiento de grupos culturales con tradiciones, prácticas y ordenamientos jurídicos diversos y la consagración de derechos fundamentales con pretendida validez universal (Corte Constitucional de Colombia, 1997: s/p).

Frente a este desafío propio de los Estados conformados multiculturalmente, la ccc decidió aplicar como instrumento analítico de la sentencia el diálogo intercultural, de tal modo que en la sentencia se especificaba:

Una primera solución a este tipo de conflictos se ha planteado en términos de un *diálogo intercultural que sea capaz de trazar unos estándares mínimos de tolerancia, que cubran los diferentes sistemas de valores*. Es decir, lograr un consenso en aquel mínimo necesario para la convivencia entre las distintas culturas, sin que ello implique renunciar a los presupuestos esenciales que marcan la identidad de cada una (Corte Constitucional de Colombia, 1997: s/p).

A partir de este diálogo, la ccc intentaba comprender la sentencia desde la lógica de los integrantes de esa comunidad, en lugar de hacerlo desde sus criterios interpretativos. Lo primero que observa es que el fuate consiste en la flagelación con "perrero de arriar ganado", que en este caso se ejecuta en la parte inferior de la pierna. Este castigo, que se considera de menor severidad que el cepo, es una de las sanciones que más utilizan los paeces. Aunque indudablemente produce aflicción, su finalidad no es causar un sufrimiento excesivo, sino representar al rayo, el elemento que servirá para purificar al individuo. Como se observa, la sentencia es más una figura simbólica, un ritual que la comunidad utiliza para sancionar y regresar así a la armonía. La conformación de una idea de armonía en la comunidad es un aspecto central para mantener la cohesión de la comunidad. A partir de éste y de otros criterios, la ccc decidió que la

pena impuesta al sindicato no era violatoria de los derechos humanos, por lo que convalidó dicha sentencia.¹⁶

Hasta aquí hemos recorrido un interesante y largo camino que nos lleva del principio de universalidad de los derechos humanos a los criterios de aplicación de la identificación del sujeto en su contexto; de los aspectos que lo hacen diferente —subordinado, marginado, vulnerable— y que deben considerarse en la interpretación de sus derechos; y de ahí a la construcción de diálogos interculturales cuando el contexto nos habla de diferencias radicales en torno a la construcción de la idea de vida buena por diferencias culturales.

La indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos

La indivisibilidad e interdependencia son muy comunes en el lenguaje cotidiano de los DH, sin embargo, lo que estos principios designan, las diferencias entre sí y su impacto en las obligaciones de los Estados no está del todo claro. De hecho, Naciones Unidas no cuenta con una definición autorizada sobre dichos conceptos y las que ofrecen los estu-

¹⁶ Al margen de su significado simbólico y fuera de los diálogos interculturales, la CCC consideró que los gobernadores de los Cabildos Indígenas de la Zona del Norte de Cauca no violaron el derecho al debido proceso del actor, pues estas autoridades cumplieron el procedimiento que tradicionalmente se utiliza en la comunidad. Además, se le permitió ejercer su defensa personalmente durante las asambleas realizadas el 24 de diciembre de 1996 y el 10 de febrero 1997, y se le brindó la posibilidad de ser defendido por un miembro de la comunidad, siempre y cuando conociera la lengua y las costumbres, como así lo contempla el procedimiento utilizado tradicionalmente en Jambaló. Además, la CCC también estimó que el sufrimiento que esta pena causaría al actor, no reviste los niveles de gravedad requeridos para que se considerara como tortura, pues el daño corporal que produce es mínimo. Tampoco podía ser una pena degradante que “humille al individuo groseramente delante de otro o en su mismo fuero interno”, porque, de acuerdo con los elementos del caso, ésta es una práctica común entre los paeces cuyo fin no es exponer el individuo al “escarmiento” público, sino buscar que recupere su lugar en la comunidad. Por lo anterior, la CCC concluyó que no habían sido sobrepasados los límites impuestos al ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de las autoridades indígenas, porque, de acuerdo con las faltas cometidas (calumnia y el desconocimiento de la autoridad del cabildo), tanto la pena del fuste, como la de destierro eran previsibles para el actor y, finalmente, porque ninguna de éstas desconoció el derecho a la vida, la prohibición de esclavitud o la prohibición de la tortura.

diosos son diversas e incluso contradictorias.¹⁷ No obstante, el uso de estos principios es una guía sobre su significado y consecuencias. En las líneas subsiguientes, más que procurar definiciones certeras trataremos de trazar, grosso modo, la historia de estos principios para averiguar sus implicaciones, especialmente respecto de las obligaciones de respetar, proteger, garantizar y promover los derechos humanos.

La historia jurídico-legal de la indivisibilidad e interdependencia

Desde la elaboración de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) en 1948, se discutió la conveniencia de incluir en un sólo documento los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. El texto de la DUDH da cuenta del acuerdo entre las naciones firmantes respecto de la integración de todos los derechos como una misma aspiración para la humanidad, sin reconocer jerarquías entre sí. De este modo, la DUDH incorporó los derechos a la seguridad social, al trabajo, a un nivel de vida adecuado, a la educación y a la vida cultural, a la par que reconoció los derechos a no ser torturado, al debido proceso, a la intimidad, a la libertad de movimiento, a la libertad de expresión, a la libertad de reunión y a los derechos políticos, entre otros (ONU, 1948). En este sentido, Jack Donnelly (1993: 27) sostiene que el modelo de la DUDH considera de forma holística a los DH reconocidos internacionalmente como una estructura indivisible, en la que el valor de cada derecho se incrementa por la presencia de los otros.

Las discusiones en torno a la adopción de uno o dos tratados vinculantes para la protección de dichos derechos ya no contaron con la misma voluntad de los Estados. Por el contrario, los efectos de la guerra fría se palpaban en las discusiones en torno a los tratados, derivando en la adopción de dos pactos internacionales, uno respecto de los derechos civiles y políticos y otro sobre los derechos económicos sociales y culturales. La división de las naciones en dos grandes bloques las llevó a sostener posi-

¹⁷ Por ejemplo, James W. Nickel (2008) utiliza el concepto de indivisibilidad para referirse a una especie de interdependencia fuerte, mientras que Daniel J. Whelan (2008) reserva la definición de indivisibilidad para una relación entre derechos más cercana al concepto de unidad que al de mutua dependencia.

ciones opuestas respecto de la naturaleza y jerarquía de los DH. Mientras unos Estados alegaban la prioridad de los derechos económicos y sociales, pues sólo la satisfacción de las necesidades sociales básicas permitiría la plena participación del individuo en otras actividades; los otros países sostenían la relevancia de los derechos civiles y políticos, dado que la libertad del individuo se constituía en condición indispensable para su existencia (González, 2002). A pesar de ello, los preámbulos de ambos pactos establecieron que “no puede realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales”. Con ello, en 1966 se plasmó la idea que subyace a la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos en un documento obligatorio.

Otro momento importante para identificar la indivisibilidad e interdependencia de los DH se encuentra en la Proclamación de Teherán de 1968, adoptada al cierre de la Primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos, donde se señala que “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” (ONU, 1968: 13).

Este primer documento oficial es el que utiliza el término *indivisible*, dando a entender que entre los distintos derechos existe unidad. Daniel Whelan (2008) considera que la redacción de la proclamación da lugar a considerar que los derechos económicos, sociales y culturales tienen prioridad sobre los demás. La proclamación utiliza el término *indivisible* en su estricto sentido, esto es, se prefieren los derechos civiles y políticos y se ignoran los económicos, sociales y culturales, lo que hace imposible el disfrute de los primeros. Ello se refuerza al considerar que, además, la proclamación establece que “[la] consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social” (ONU, 1968: 13).

En la Resolución 32/130 de 1977, poco después de la entrada en vigor de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Asamblea General de las Naciones Unidas institucionalizó el uso de los principios de interdepen-

dencia e indivisibilidad en las tareas de la ONU. En dicho documento se decidió que el enfoque de su labor futura debería tomar en cuenta que “a) Todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; deberá prestarse la misma atención y urgente consideración a la aplicación, la promoción y la protección tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales [...]” (ONU, 1977: 1).¹⁸ En el inciso siguiente, se reitera, en sus mismos términos, el ya señalado párrafo 13 de la Proclamación de Teherán. Con ello, la ONU no sólo establecía dos principios en la actuación de sus órganos respecto de los DH, sino también una forma de concebir el funcionamiento de los derechos y de ambos pactos.

La Conferencia de Viena de 1993 constituye el último eslabón en esta evolución de los conceptos de interdependencia e indivisibilidad. La Declaración y Programa de Acción de Viena establece que:

“Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales (ONU, 1993: 5).

En buena medida, se trata de un fuerte pronunciamiento político en el que destaca el uso del término “derechos humanos” sin distinguir entre conjuntos, la necesaria relación entre aquéllos, la defensa de su unidad bajo la idea central de abatir cualquier lógica de jerarquización y que las obligaciones de los derechos humanos son universales más allá de las diferencias o particularidades entre Estados.

¹⁸ En sus consideraciones, la Asamblea General reconocía que “el ideal de que los seres humanos se vean liberados del temor y la miseria sólo puede lograrse si se crean condiciones por las cuales todos puedan gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, como también de sus derechos civiles y políticos”. Asimismo, reiteraba que la ONU está “profundamente convencida de que todos los derechos humanos y libertades fundamentales están interrelacionados y son indivisibles” (ONU, 1977: 1).

Los principios de indivisibilidad e interdependencia trajeron consigo una muy importante declaración con efectos políticos y jurídicos: no hay jerarquías entre derechos, todos son igualmente necesarios. La tradicional distinción entre derechos civiles y políticos como derechos de no interferencia, por un lado, y económicos, sociales y culturales como derechos de hacer, por el otro, se trastocó gracias a la aceptación del principio de indivisibilidad de los DH.

No es necesario escudriñar demasiado para descubrir la interacción entre los derechos. Una primera aproximación tiene que ver con el reconocimiento de que sin derechos económicos y sociales no es posible ejercer plenamente los derechos civiles y políticos y viceversa. Piénsese en el poco impacto que tiene para las personas en pobreza extrema gozar de libertad de expresión o derecho al voto. Si bien mediante el ejercicio de esos derechos deberían poder revertir su situación, como lo señala Guillermo O'Donnell (2003), la pobreza que sufren —no sólo alimentaria, sino también de poder— es de tal magnitud que esos derechos civiles y políticos son realmente nulos. En el peor de los casos, esos derechos se revierten contra las personas que viven en opresión, pues sus demandas deben transitar caminos de protección institucionalizada que también quedan lejos de su alcance. Por otra parte, los derechos sociales sin derechos civiles y políticos quedan a merced de quienes quieran otorgarlos como simples beneficios.¹⁹

Aun así, la agenda política planteada en Viena en 1993 no fue suficiente para armonizar la conducta estatal con ese ideal de indivisibilidad. Además, de cierta forma, la imprecisión de los conceptos de indivisibilidad e interdependencia ahondó las dificultades para convertir estos principios en figuras jurídicas aplicables. No obstante, en este momento quedó claro que el aspecto central de la indivisibilidad e interdependencia se desenvuelve en el ámbito político. Dos son los principales mensajes que se envían con estos principios: no existe separación, categorización o jerarquía entre los derechos humanos, y éstos no deben tomarse como elementos aislados o separados, sino como un conjunto.

Además, la lógica subyacente en la indivisibilidad e interdependencia de los derechos civiles y políticos con los económicos, sociales y cultura-

¹⁹ Para una discusión más amplia sobre el tema, véase también O'Donnell (2004).

les es que todos estos derechos comparten una misma naturaleza y sus obligaciones son igualmente exigibles. Todos los derechos conllevan obligaciones negativas (no hacer) y positivas (hacer). Por ejemplo, el derecho a la integridad personal implica tanto la prohibición de detener a alguien arbitrariamente, como el diseño de normativa e instituciones que sancionen esa conducta. Igualmente, el derecho a la salud conlleva la obligación de no dañar la salud y de establecer hospitales.

Asimismo, todos los derechos implican costos para el Estado, ya sea que se trate de la libertad de expresión o el derecho a la educación, deben erogarse recursos para garantizar la pluralidad de los medios de comunicación y la disponibilidad de la educación básica. Más aún, la evolución de los derechos civiles ha llevado a que algunos de éstos se cataloguen como derechos sociales. Piénsese en el derecho a la libertad de expresión, uno de cuyos componentes es el derecho de acceso a la información, que se predica a favor de toda la sociedad en tanto que promueve la rendición de cuentas de los gobernantes. Cualquier derecho social, económico o cultural conlleva obligaciones inmediatas (como la protección de los contenidos esenciales y la no discriminación), así como características claramente revisables por la vía judicial, como la obligación de progresividad, de tal forma que todos los derechos tendrán algún aspecto que quede bajo control judicial. Claramente deberán desarrollarse recursos judiciales que atiendan las características inherentes de los derechos, pero también será necesario un compromiso de los órganos judiciales, especialmente los constitucionales, por innovar en las formas de protección y establecer estándares de revisión que sean útiles a otros casos. Como bien han señalado Víctor Abramovich y Christian Courtis (2004), entre otros, la distinción entre grupos de derechos es meramente ideológica y no existe ningún impedimento en la naturaleza de los derechos económicos y sociales que impida su exigibilidad.

Otro aspecto central de estos dos principios es que los Estados no están autorizados a proteger y garantizar una determinada categoría de derechos humanos en contravención de otra, sino que todos merecen la misma atención y urgencia. Bajo esta lógica, "la existencia real de cada uno de los derechos humanos sólo puede ser garantizada por el reconocimiento integral de todos [éstos]" (Abramovich y Courtis, 2004: 30-31).

Sin embargo, queda en el aire una pregunta: ¿hay diferencia entre el principio de indivisibilidad e interdependencia? En caso de que fuera así,

¿en qué consiste esa diferencia? Como ya lo mencionamos, no hay acuerdo en torno a la concepción específica de estos dos principios. En los siguientes párrafos haremos una propuesta de diferenciación que permita pensarlos con criterios de aplicación, para convertirlos en herramientas analíticas para los derechos en acción.

El principio de interdependencia

Los derechos humanos son interdependientes en tanto que establecen relaciones recíprocas. La interdependencia señala la medida en que el disfrute de un derecho en particular o un grupo de derechos dependen para su existencia de la realización de otro derecho o de otro grupo de derechos. En este sentido, el respeto, garantía, protección y promoción de uno de los derechos tendrá impacto en el o los otros, o viceversa. Así pues, la protección del derecho a la salud no quedaría al margen de una revisión de otros derechos condicionantes como la alimentación y el acceso al agua.²⁰ Otro ejemplo, los derechos políticos (a votar, ser votado, dirigir los asuntos públicos y participar en la función pública) no deben mirarse de manera independiente de los derechos a la libertad de asociación, libertad de expresión e igualdad y no discriminación.²¹ Este grupo de derechos tiene una relación mutuamente dependiente.

Tanto en materia de justiciabilidad como de diseño de política pública deberá tomarse en cuenta la dependencia entre derechos, ya sea que exista de forma unidireccional o bidireccional. Lo que se prohíbe bajo este principio es mirar los derechos aislados y desvinculados de sus relaciones condicionantes. Al analizar un caso, el juzgador tendrá en consideración

los derechos que se alega han sido violados o lesionados, pero también los derechos de los que depende su realización, de tal manera que se verifique el impacto que aquéllos tuvieron en el derecho inmediatamente vulnerado o las consecuencias de la violación de esos derechos. Es necesario conocer la forma en que los derechos se sostienen unos a otros.

Tomemos el caso de la comunidad indígena xákmok kásek vs. Paraguay (2010), en el que la CoIDH analizó las medidas adoptadas por el Estado, como parte de una declaratoria de emergencia, a fin de asegurar la atención médica y alimentaria de dos comunidades indígenas. La CoIDH partió del reconocimiento de que las comunidades se encontraban en una situación de especial vulnerabilidad. De conformidad con ello, analizó las medidas adoptadas por el Estado respecto de los derechos a la salud, la alimentación, el acceso al agua y la educación, dentro del marco del derecho a una vida digna. En efecto, el derecho a la vida no se concibe sólo como la ausencia de ejecuciones extrajudiciales, sino como la satisfacción de un conjunto de condiciones que permiten a las personas desarrollar su vida, de conformidad con sus planes. Así, la satisfacción del derecho a la vida depende de la satisfacción de un grupo de derechos sociales.

En este caso, la política diseñada por Paraguay para atender la situación de emergencia que afrontaron dos comunidades indígenas fue insuficiente al considerar de manera limitada los derechos a la salud y a la alimentación, sin contemplar las circunstancias particulares de los miembros de la comunidad y sus necesidades primarias que, claramente, trascendían esos dos derechos. Ni la salud ni la alimentación pueden realizarse sin adecuado acceso al agua. Asimismo, la vida digna requiere no sólo de esos derechos, sino también de la educación básica necesaria para constituir un plan de vida conforme a los deseos de cada persona. La falta de un enfoque de interdependencia respecto del derecho a la vida y los derechos sociales, aunados a un contexto de pobreza extrema, resultó no sólo en la violación de los derechos por la falta de adopción de medidas necesarias para su satisfacción, sino directamente en la responsabilidad del Estado por el fallecimiento de un grupo de personas.

Ahora bien, este ejemplo ilustra a cabalidad cómo es que los derechos dependen unos de otros para su final realización; sin embargo, cabe señalar que en esta ocasión la CoIDH desaprovechó la oportunidad para relacionar el derecho al desarrollo progresivo (artículo 26 de la Convención

²⁰ El Comité DESC (2000: 11) "interpreta el derecho a la salud, definido en el apartado 1 del artículo 12, como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada, sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva [...]".

²¹ Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia (1994: 2) afirmó que "en el constitucionalismo y en la doctrina de los derechos humanos, las libertades de expresión, reunión y asociación forman una trilogía de libertades personales que se constituye además, en prerequisite de los derechos de participación política".

Americana), que ayudaría a identificar las obligaciones estatales en términos de políticas públicas, pues impone a los Estados la obligación de lograr la plena efectividad de los derechos humanos progresivamente, como se verá más adelante. Esto nos advierte de otro riesgo: la CoIDH se ha limitado a proteger los derechos sociales (la salud, la vivienda o la alimentación), a través del derecho civil a la vida digna. Esta argumentación debe acompañarse de un debido análisis de las normas que internamente se invocan; esto es, si en el ámbito interno se reconocen tratados como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en la esfera constitucional se reconocen derechos como la salud o la alimentación, la construcción argumentativa no debe partir de los derechos sociales como parte de la vida digna, sino de la protección del derecho a la salud o a la vivienda como tal en su relación con la vida digna. Así, la protección a los derechos sociales es directa y como correlato también se protege el derecho a la vida digna. La interdependencia permanece, pero la carga argumentativa se construye a partir de los derechos sociales en cuanto tales y no sólo como elementos de la vida digna.

El principio de indivisibilidad

El principio de indivisibilidad implica una visión holística de los derechos humanos, en la que todos se encuentran unidos, ya no por razones de dependencia explícita, directa y causal, sino porque de una u otra forma los derechos forman una sola construcción. Así, tanto la realización de un derecho como su violación impactan en los otros derechos, más allá de si existe o no una relación de dependencia inmediata entre sí. La idea central es que la realización de los derechos sólo se alcanza mediante el cumplimiento conjunto de todos ellos.

La visión que se requiere es más amplia que la exigida por la interdependencia, pues busca no sólo asegurar los derechos que dependen unos de otros de forma inmediata, sino encontrar las cadenas de derechos, en tanto sistema de unidad sin jerarquías. En materia de justiciabilidad se pudiera hallar un asunto que directamente presente problemas de violación a derechos civiles clásicos —por ejemplo, integridad y libertad personales—, sin embargo, es probable que el origen de la violación estuviera en otra más de los derechos sociales. Piénsese en una protesta

pública por falta de acceso a agua potable y que deriva en el desalojo por parte de las fuerzas de seguridad. En estos casos el juzgador tendría que mirar no sólo las violaciones últimas, sino también la originaria. Lo que sucede es que la indivisibilidad aplica tanto para la realización de los derechos, como respecto de su violación, de tal forma que se tratarán de situar los derechos inmediatamente violados en relación con los derechos de los que dependen (interdependencia) y con los derechos de cuya violación se desató el último agravio (indivisibilidad).²²

Regresemos al caso de la comunidad indígena xákmok kásek, en el que la CoIDH encontró violado el derecho a la propiedad, en tanto no se aseguró la delimitación y titularidad de las tierras de la comunidad, pero cuyas consecuencias van más allá de los derechos dependientes, como el recurso efectivo, para impactar a una gama de derechos sociales, económicos y a la vida. La indivisibilidad trasciende las relaciones lógicas y busca los orígenes en los déficits de otros derechos.

Entre lo deseable y lo posible: ¿se pueden focalizar los derechos?

La aproximación a los derechos humanos desde la interdependencia y la indivisibilidad no está exenta de problemas. Por ejemplo, en materia de desarrollo y políticas públicas, queda la pregunta de si el Estado ha de diseñar planes y programas holísticos, de tal forma que se incida directamente en todos los derechos. Los principios de interdependencia e indivisibilidad supondrían que sí, que cuando se planifica con perspectiva de DH, lo que se hará no es un plan o política de DH en particular, sino darle perspectiva de derechos humanos a toda la política pública: a la educativa, laboral, productiva, agrícola, de exportación, de transporte, a la so-

²² En la medida en que los repertorios de la acción colectiva se hicieron modulares, a través de éstos se presenta prácticamente cualquier demanda. Mediante una marcha, un mitin, o una ocupación se puede presentar como demanda social lo mismo la legalización de la interrupción legal del aborto que la especificación en la ley de que la vida comienza desde la concepción. Más todavía, los repertorios modulares de la acción colectiva ahora son convencionales, por lo que es más sencillo para los gobiernos administrar la protesta y, en el peor de los casos, penalizarla. Una consecuencia común de la criminalización de la protesta es que las demandas que originaron el conflicto son desplazadas por las de defensa a la integridad personal, a la vida (si llega a haber desaparecidos), y al debido proceso para poner en libertad a las personas detenidas. Sobre este proceso es útil Vázquez (2008; 2011).

cial, etc. Esto sería así porque no existen jerarquías entre los derechos, y todos son indivisibles e interdependientes. Por ejemplo, el Programa de Derechos Humanos del Distrito Federal tiene 2412 líneas de acción que corresponden a tres núcleos problemáticos (democracia y derechos humanos, sistema de justicia y seguridad humana), vinculados a quince derechos que a su vez se relacionan con diez grupos de población.²³

Intentar desarrollar una perspectiva de política pública así de amplia tendría efectos contrarios a los esperados y terminaría siendo poco operativa. De aquí un problema nada sencillo de resolver: ¿podemos establecer jerarquías entre los DH para generar aplicaciones prácticas?, ¿cuáles serían las estrategias aceptables en los procesos de planificación en materia de DH? Y lo más importante para esta sección, ¿el proceso de selección estratégica de derechos para la planificación supone una violación al principio de interdependencia e indivisibilidad?

La discusión en torno a las preguntas que cierran el párrafo anterior ya se ha dado entre los fines del derecho al desarrollo y los objetivos del enfoque de derechos humanos. En el derecho al desarrollo se intenta la realización de un proceso participativo e incluyente, con el objetivo de realizar cada uno de esos derechos y de todos en conjunto.²⁴

Esta visión claramente sustentada en la indivisibilidad de los derechos ha sido duramente criticada, en particular porque no parte de una visión realista sobre el alcance del valor agregado de incorporar un enfoque de derechos, a la par que no puede basarse sólo en una interpretación normativa de los derechos.²⁵ Por su parte, el enfoque de DH no ve la

²³ Para mayor información, véase <<http://www.derechoshumanosdf.org>>.

²⁴ Arjun Sengupta explica que “national obligations should begin with the formulation of a set of policies applicable to the implementation of each of the constituent right of the right to development individually, as well as in combination with each other as a part of a development program. They should be categorized as measures that prevent violation of any right and measures that promote the improved realization of all rights. [The] violation of any one right would mean violation of the right to development itself. The design of any program for the promotion of a right therefore must ensure that any other right will not be adversely affected. Such a program would be subject to constraints in resources, technology, and institutions. As a part of a country’s overall development program, the right to development is very much a matter of modernization and technological, as well as institutional, transformation, which relaxes the technological and institutional constraints over time. Therefore the right to development is also related to increasing resources over time [...]” (Sengupta, 2006: 30-31).

²⁵ Entre otros, véase a Kirkemany y Sano (2006: 43).

puesta en práctica de los derechos como el objetivo último —aunque sí es uno de sus propósitos—, es el pleno desarrollo de las personas lo que verdaderamente interesa, por lo que se relacionaría con fines específicos como la erradicación de la pobreza. En este sentido, Víctor Abramovich sostiene que “[los] diversos marcos conceptuales no abordan todos los derechos, sino que procuran identificar aquellos que son fundamentales para las estrategias de desarrollo o de reducción de la pobreza, por tener realización constitutiva o instrumental con la pobreza” (Abramovich y Courtis, 2006: 37).

Siguiendo la lógica del enfoque de DH, la indivisibilidad y la interdependencia no necesariamente deben significar el diseño de programas omnicomprendidos, pero sí requiere el reconocimiento de derechos clave que incidan en el avance de otros más. James Nickel (2010) y Pablo Gilbert (2010) señalan que tratándose de países en desarrollo, sería poco recomendable buscar una aplicación de todos los derechos, pues sería muy limitada, en cuyo caso es más prudente elegir los derechos cuya puesta en vigor tiene mayores posibilidades de alcanzar niveles más altos. De hecho, dadas las constricciones económicas y otras de naturaleza práctica, el nivel de ejecución de los derechos que logran los países en desarrollo es mínimo y, por tanto, el efecto de la indivisibilidad también es menor (Nickel, 2008). En consecuencia, se trata de priorizar algunos derechos en atención a sus posibilidades de realización, a su importancia para un contexto determinado, o a su vinculación con otros derechos. Esto no significa, sin embargo, que los principios de indivisibilidad e interdependencia pierdan sentido, al contrario, es justamente porque los derechos son indivisibles e interdependientes que ante constricciones de naturaleza práctica es posible focalizar los esfuerzos en algunos derechos bajo la idea de que éstos generarán una cadena de impactos.²⁶

Estudiar la aplicación de los derechos no es una tarea de todo o nada, sino que es posible generar las condiciones que permitan la progresividad de aquéllos a partir de un grupo de los mismos. Lo que no estaría permitido bajo este principio es el diseño de programas o políticas que ignoren los derechos humanos o que se construyan sin una concienzuda identificación de los derechos más necesarios en un tiempo y lugar determinados.

²⁶ A este tipo de derechos los denominamos “derechos llave”, se trata de derechos que permiten el acceso a otros derechos.

El problema de priorizar (que no jerarquizar) tiene que ver con la forma en que se seleccionan esos derechos. Atendiendo a los principios de interdependencia e indivisibilidad, esta tarea pasa, al menos, por identificar las características y necesidades propias de un determinado lugar, los derechos que podrían generar mayores cadenas de fortalecimiento de derechos, los que son más fáciles de implementar, aquellos que no siendo tan fáciles de poner en práctica o que resultarán en una débil puesta en vigor, pero que son importantes para comenzar a fortalecer a un grupo de derechos, etc. Es decir, nos encontramos nuevamente en la necesidad de analizar los derechos a partir de los sujetos en sus contextos.

De acuerdo con la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la sustancia del ejercicio de priorizar está en las bases sobre las cuales se deciden las prioridades y la manera en que los recursos se distribuyen entre los derechos seleccionados como prioritarios. En primer lugar, a ningún derecho debe dársele preferencia con base en una idea de mérito intrínseco, ya que todos los derechos tienen igual valor. Sin embargo, las estrategias para asegurar la efectiva protección de los derechos pueden priorizar cierto tipo de intervención, de acuerdo con lo que acontece en la realidad. Por ejemplo, priorizar un derecho con niveles especialmente bajos de satisfacción, o un derecho que quizá sirva como catalizador para el cumplimiento de otros derechos.

En segundo lugar, debido a que priorizar supone intercambio, es necesario verificar a quién afecta o a quién beneficia determinada elección de derechos. Así, si la preferencia sobre algún derecho ahonda en la desigualdad de los grupos más desprotegidos, el proceso de priorizar viola el principio de igualdad y no discriminación, por lo que no sería aceptable. En este sentido, toda priorización debe estar suficientemente fundamentada, de acuerdo con el conjunto de los derechos en una sociedad determinada.

En tercer lugar, si bien debe reconocerse que las restricciones de recursos afectan negativamente la satisfacción de los derechos, el DIDH ha especificado ciertas obligaciones centrales que se exige que los Estados garanticen, así, estas obligaciones tendrían prioridad cuando se distribuyan los recursos. Si bien el Estado debe formular programas para satisfacer el derecho a la alimentación, su obligación inmediata es aliviar el hambre de las personas en pobreza extrema, más allá de la implementación o no de dichos programas. Ello en consideración de la obligación de garantizar.

Capítulo II

Los subderechos y las obligaciones generales

La construcción de una teoría de las obligaciones en derechos humanos

A partir de 1948, con la emisión de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (OEA, 2013) y la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el sistema de las Naciones Unidas, hemos tenido un auge en materia legislativa internacional.¹ Los tratados internacionales, sentencias, resoluciones, informes, observaciones generales, opiniones

¹ Además de la Declaración, en el sistema interamericano de derechos humanos se cuenta con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA, 1969) y su protocolo en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales conocida como "Protocolo de San Salvador" (OEA, 1988), la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (COIDH, 1994), la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (COIDH, 1994), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (OEA, 1994), la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Personas con Discapacidad (OEA, 1999a), el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Convención sobre Pena de Muerte (OEA, 1990), la Carta Democrática Interamericana (OEA, 2001), y la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión (COIDH, 2000). En el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas, además de la Declaración, se cuenta con varios tratados internacionales de derechos humanos, entre éstos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1996), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (OACNUDH, 1996), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (OEA, 1999b), la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (OACNUDH, 1984), la Convención sobre los Derechos del Niño (OACNUDH, 1989), la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (ONU, 1979), y

sin embargo, que varias de las obligaciones generales de dicho comité van más en el sentido de establecer un núcleo esencial indisponible de los derechos que los Estados no alegarían no haber cumplido por no tener los recursos suficientes (Fredman, 2008: 84-87).

La diferencia con las dos argumentaciones antes expuestas es que esta última no da margen al Estado para explicar cómo distribuyó recursos y priorizó derechos e intervino más directamente en la política pública, mientras que la otra analiza el proceso de generación de la política y la distribución de los recursos disponibles, de conformidad con el principio de igualdad y no discriminación de los sectores más subordinados. La intervención en la política pública, en este último caso, se da a partir de un criterio de optimización o de razonabilidad, pero no en cuanto a su materialización.

Dos comentarios más sobre el contenido esencial de los derechos antes de cerrar este apartado. Al final, la decisión sobre qué método utilizar para determinar el contenido esencial del derecho no dependerá de sus ventajas y desventajas, sino de los objetivos que el lector busque. Por ejemplo, si el objetivo es identificar el contenido esencial de un derecho en términos generales (más amplios) para planificar una política pública o armonizar una ley, la categorización propuesta por los Comités de Naciones Unidas es, sin duda, el método más adecuado.

En cambio, si lo que se busca es analizar un caso concreto para proyectar una sentencia o para plantear un litigio estratégico, la combinación de ambos métodos (la categorización y la ponderación) le permitirá identificar un piso básico del contenido del derecho y problematizar algunos aspectos relacionados con el caso en el que no quede claro que alguna dimensión del derecho es parte del contenido esencial.

El segundo comentario se relaciona con el nivel en el que opera el contenido esencial. ¿Sobre qué obligaciones o en dónde se desenvuelve el contenido esencial de los derechos? Interactúa en la determinación del contenido de las obligaciones generales y de los elementos institucionales. El contenido esencial del derecho permite identificar los elementos institucionales considerados básicos para informar determinadas obligaciones generales (respetar, proteger, garantizar y promover) y que integran, justamente, el contenido esencial del derecho humano que se esté desempacando (siempre a la luz de contextos a partir de la aplicación de los principios de universalidad, interdependencia e indivisibilidad).

Progresividad

En este momento nos parece que el lector ya tiene un punto claro: en cada derecho hay múltiples obligaciones. Así, por ejemplo, en los derechos a la educación, a la salud o a la integridad personal, habrá obligaciones de respetar, proteger, garantizar y promover los derechos humanos, que estarán informadas por otras obligaciones de disponibilidad, accesibilidad, calidad y aceptabilidad. Cada una de éstas tendrá un contenido esencial mínimo, así como aspectos que no necesariamente serán de cumplimiento inmediato, pero que el Estado está obligado a adoptar para tener un cumplimiento progresivo en un breve lapso: ésta es la obligación de progresividad. Una vez decidido el estándar que se utilizará para identificar los elementos mínimos del derecho y realizada dicha identificación, entra en acción la progresividad de los derechos.

La progresividad involucra tanto gradualidad como progreso (Abromovich y Curtis, 2006: 58). La primera se refiere a que la efectividad de los derechos no se logrará de una vez y para siempre, sino que se trata de un proceso que supone definir metas a corto, mediano y largo plazos. El progreso evidencia que el disfrute de los derechos siempre debe mejorar.⁴ La progresividad requiere del diseño de planes para avanzar hacia el mejoramiento de las condiciones de los derechos mediante el cumplimiento de dichos planes. Los derechos humanos codificados en tratados internacionales no son más que un mínimo, su progresión se halla en manos de los Estados,⁵ por lo que las medidas que adopte serán "delibe-

⁴ El artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU, 1996) establece que los Estados partes se comprometen a "adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr *progresivamente*, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos".

⁵ Cabe aclarar que este principio no se refiere aquí al momento en que surge la responsabilidad internacional del Estado frente al incumplimiento de la obligación, sino que se trata de una perspectiva que observa la forma en que cada derecho es implementado por el Estado. Esta aclaración es pertinente porque, tratándose de derechos civiles y políticos, un Estado cae en responsabilidad internacional si el derecho no es inmediatamente efectivizado. En cambio, en el caso de los DESC, habrá algunas obligaciones cuyo incumplimiento genera la responsabilidad internacional inmediata, mientras que otras no.

radas, concretas y orientadas hacia el cumplimiento de las obligaciones” (Comité de DESC, 1990: 2).

En materia de implementación, este principio aplica por igual a derechos civiles y políticos que a derechos económicos, sociales y culturales, porque siempre habrá una base mínima que deba atenderse pero, sobre ésta, los Estados deberán avanzar en su fortalecimiento. Tradicionalmente se ha relacionado el principio de progresividad con el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, dando a entender que los derechos civiles y políticos se realizarán de una sola vez. Si bien existen normas que son de exigibilidad inmediata y otras de exigibilidad progresiva, es importante no cometer dos errores: confundir la exigibilidad con la autoejecutabilidad de la norma,⁶ y dar por hecho que las obligaciones inherentes a los derechos civiles y políticos son siempre de exigibilidad inmediata en tanto que las de los derechos económicos, sociales y culturales lo son de exigibilidad progresiva. Habrá casos en que ciertas obligaciones de los primeros serán progresivas, mientras que algunas obligaciones de los segundos serán de cumplimiento inmediato, por ejemplo, la emisión de una ley que garantice el acceso al derecho a la educación y a la salud, respetando el derecho a la igualdad y a la no discriminación.⁷

⁶ Las normas autoejecutivas son aquellas que pueden ser directamente aplicadas por las autoridades internas puesto que establecen con claridad el sujeto a favor de quien se establece el derecho, el contenido de la obligación y el sujeto a cargo de ésta. A diferencia de las normas clásicas del derecho internacional público, el derecho internacional de los derechos humanos establece obligaciones a cargo del Estado y derechos a favor de las personas que se encuentran dentro de su territorio. Por ende, se establece una relación jurídica entre particulares y el Estado; en algunos casos incluso relaciones entre particulares, y no sólo relaciones interestatales. Éste es un elemento central para pensar en la autoejecutividad de la norma. En cambio, las normas no ejecutables son las que necesitan de un desarrollo normativo interno para ser aplicadas. De inmediato se darán cuenta que los tratados, en su totalidad, no son autoejecutables o no autoejecutables; por el contrario, dentro de cada tratado habrá cláusulas que son autoejecutables y otras que no lo sean, se requiere ir revisando caso por caso. Más aún, siempre seguramente se requerirá de un proceso de interpretación que permita la aplicación inmediata de la cláusula que integra el tratado de derechos humanos (Rábago, 2004).

⁷ Cabe aclarar que este principio no se refiere al momento en que surge la responsabilidad del Estado frente al incumplimiento de la obligación, sino que se trata de una perspectiva que observa la forma en que cada derecho es implementado por el Estado. Esta aclaración es pertinente porque tratándose de derechos civiles y políticos, un Estado cae en responsabilidad internacional si el derecho no es inmediatamente hecho efectivo. En cambio, en el caso de los DESC habrá algunas obligaciones cuyo incumplimiento genera la responsabilidad internacional inmediata, mientras que otras no.

Además, el principio de progresividad supone la obligación de los Estados de crear indicadores para verificar el avance progresivo del ejercicio de los derechos.⁸ Se requiere el desarrollo de un amplio conjunto de indicadores que, por medio de la construcción de índices por derecho, permitan observar si se cumplen los elementos mínimos de cada derecho y si, con el paso del tiempo, se da un mayor y mejor ejercicio de los derechos, comenzando por los grupos estructuralmente peor situados.

La prohibición de regresión

Una vez logrado el avance en el disfrute de los derechos, el Estado no podrá disminuir el nivel alcanzado salvo en ciertas circunstancias.⁹ En breve, en esto consiste la prohibición de regresión. Este principio se observará en las leyes, políticas públicas, decisiones judiciales y, en general, en toda conducta estatal que afecte derechos. Se trata de un análisis sustantivo sobre las decisiones estatales, es decir, que los contenidos asignados a su actividad no decrezcan lo ya logrado en cuanto al contenido y alcance del derecho. Se trata de evaluar a quién beneficia la medida, a quién perjudica, cuánto cumple el derecho y, en su caso, cómo lo amplía. De disminuir su alcance, se estaría ante una regresión prohibida.

Ahora bien, la jurisprudencia comparada nos presenta el caso colombiano, en el que la Corte Constitucional ha desarrollado un acervo importante de discusión en torno a este principio, a partir de dos posiciones radicales: una que implica que toda regresión es violatoria y otra que no ve en la regresión necesariamente un problema. La posición adoptada ahora busca más bien un equilibrio entre ambas posiciones, pues habrá situaciones en que deba darse una regresión, debido a situaciones fuera del control del Estado. Sin embargo, como en el caso del contenido mí-

⁸ Hay toda una discusión sobre cómo construir indicadores de derechos humanos y —más importante— cómo elaborar los índices para evaluar la progresividad en el ejercicio del derecho.

⁹ De acuerdo con Abramovich y Courtis (2004: 109-110), “el Estado sólo puede justificar la regresividad de una medida demostrando: a) que la legislación que propone pese a implicar retrocesos en algún derecho, implica un avance, teniendo en cuenta la totalidad de los derechos previstos en el Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] y b) que ha empleado todos los recursos de que dispone, y que aun así, necesita acudir a ésta para proteger los demás derechos del pacto”.

nimo esencial, de nueva cuenta habrá que verificar la razonabilidad de la medida en relación con el conjunto de derechos y la situación que se quiera remediar. Así, la Corte Constitucional de Colombia ha desarrollado criterios novedosos como las “expectativas legítimas” para salvaguardar los derechos de los trabajadores a la luz de reformas laborales. En todo caso, será necesario que la Corte mexicana también se mueva en éstos y otros aspectos para desarrollar parámetros creativos que permitan salvaguardar los derechos de las personas.

Por su parte, el Comité DESC emitió una declaración en 2007 en la que uno de los puntos que toca es el análisis de los recursos limitados. Al respecto, el Comité señala que, cuando un Estado argumente una medida regresiva a partir de la existencia de recursos limitados, en caso de que lleguen comunicaciones sobre este punto al Comité DESC, para determinar si la medida es o no violatoria de los derechos humanos, el Comité analizará:

- El nivel de desarrollo del Estado en cuestión.
- La severidad de la supuesta violación, en particular la situación del disfrute del contenido esencial de los derechos considerados en el pacto.
- La situación económica en la que se encuentra el Estado parte, en especial si experimenta un periodo de recesión económica.
- La existencia de otras reclamaciones contra el Estado parte sobre recursos limitados; por ejemplo, procedentes de un desastre natural o de un conflicto armado interno o internacional.
- Si el Estado parte había buscado identificar otras opciones de menor costo.
- Si el Estado parte había buscado cooperación y asistencia internacional o ha rechazado ofertas de recursos de la comunidad internacional para aplicar las provisiones necesarias del pacto sin que haya una razón suficiente.

El máximo uso de recursos disponibles

Uno se preguntaría, ¿cómo se puede observar y garantizar la progresividad y la prohibición de regresión de las obligaciones en materia de derechos humanos? Una herramienta útil es el máximo uso de recursos

disponibles. Por ejemplo, a través de un análisis presupuestal se observaría, primero, cuáles son las cantidades que efectivamente estarían disponibles y, después, cómo se ejercieron. Así, si en un buen año se obtuvo un ingreso superior al esperado y ese excedente se utiliza en gasto corriente —particularmente en fiestas o autos de lujo—, entonces válidamente se pensaría en que hubo una violación del principio de máximo uso de recursos disponibles.

De esta forma, el principio de aplicación del máximo uso de recursos disponibles supone revisar que el Estado haga, efectivamente, un uso del máximo de los recursos que tiene a su disposición. Este uso máximo atenderá también las necesidades concretas del lugar y de la población, y comprende no sólo los recursos económicos, sino también los tecnológicos, institucionales y humanos. De hecho, el Comité DESC (2008), a partir de la elaboración del Protocolo Facultativo del PIDESC, con el objetivo de dar certeza a los Estados sobre la forma en que se examinarán las comunicaciones relacionadas con esta obligación, emitió una declaración sobre la evaluación de la obligatoriedad de tomar medidas hasta el máximo uso de recursos de que disponga (Comité DESC, 2007). En esta declaración se especifica que la adopción de medidas debe incluir todos los mecanismos apropiados, lo que abarca las legislativas, judiciales (u otros mecanismos de exigibilidad), así como las administrativas, financieras, educativas y sociales. Por ende, se entenderá también que el máximo uso de recursos se relaciona con todos estos tipos de medidas.

En la misma declaración, el Comité señala que el máximo uso de recursos supone la obligación del Estado de asegurar el más alto nivel posible de disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, bajo las circunstancias específicas del Estado. Atendiendo tales circunstancias, en situaciones de crisis, los Estados están obligados a proteger a los grupos con más desventaja o marginados de la sociedad a través de la adopción de programas públicos inmediatos. Otro aspecto relevante de la declaración es que el máximo uso de recursos disponibles se refiere no sólo a los recursos propios del Estado, sino también a los provenientes de la cooperación y asistencia internacional.

En relación con la administración de recursos económicos, uno de los problemas comprendidos en este principio se vincula con la elección del derecho al que se asignará el recurso y la proporción que la realización de cada derecho ha de ocupar en el gasto público. Puesto que el Estado tie-

ne obligaciones de inmediato cumplimiento, como los niveles esenciales mínimos de cada derecho, el presupuesto tiene que garantizar, antes que nada, estos deberes. Respecto del restante, los recursos se asignarán conforme a los planes desarrollados para atender el aseguramiento progresivo de todos los derechos.

Así, si durante años se ha asignado un presupuesto robusto para el desarrollo de un sistema de justicia que, en la práctica, beneficia a quienes interponen causas por materias fiscales, más que a la protección de los derechos de los grupos en desventaja, no será racional asignar una mayor porción presupuestaria a dicho sistema sobre, por ejemplo, el sistema de salud o el educativo. Ello tampoco implica que no se otorgue un presupuesto adecuado al sistema de justicia, sólo que el máximo de recursos disponibles para la justicia será proporcionalmente menor que el dedicado a otros derechos.¹⁰

El símil de un pastel sirve para ilustrar esto: la rebanada de pastel para el sistema de justicia debiera ser más delgada que la rebanada para la salud, pero en ambos casos se consumirá toda la rebanada. Para partir el pastel, el Estado se tendrá que guiar por los planes y programas en los que se expresa la progresividad de los derechos. El tamaño del pastel y, por ende, de las rebanadas, dependerá de los recursos con que cuente cada país, de tal forma que Finlandia, por ejemplo, tendrá un pastel más grande para repartir en menos rebanadas, que el pastel de Colombia, que será más pequeño y se repartirá en un mayor número de rebanadas, pues tiene más población, más necesidades y menos recursos.

Finalmente, en la declaración formulada por el Comité DESC, se señala que el análisis de las comunicaciones relacionadas con el máximo uso de recursos disponibles, en particular acerca de si las medidas adoptadas cumplen con este principio de aplicación, se tomará en cuenta para el estudio de la adecuación o la razonabilidad:

- a) El grado en que las medidas adoptadas fueron deliberadas, concretadas y orientadas hacia el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales.

¹⁰ De hecho, las asignaciones que se den en determinados derechos (en perjuicio de otros) determinarán la construcción del tipo de Estado. En el ejemplo mencionado, se creará un Estado paleo-liberal de derecho, en lugar de un Estado social o democrático de derecho.

- b) Si el Estado parte ejerció su discrecionalidad de una norma no discriminatoria ni arbitraria.
- c) Si la decisión del Estado parte para asignar (o no) los recursos disponibles se realizó de acuerdo con los estándares internacionales de derechos humanos.
- d) Entre múltiples opciones de política pública existentes, si el Estado parte adoptó la forma menos restrictiva a los derechos contemplados en la convención.
- e) El contexto en el que se tomó la decisión.
- f) Si las medidas tomadas consideraron la situación precaria de los grupos o individuos en situación de desventaja y marginalidad, y si ellos no fueron discriminados, o bien si se priorizó su situación de gravedad y de riesgo.