

PRESENTACIÓN
José Thompson J.

UNA NOTA A MODO DE SEMBLANZA DE ELIZABETH ODIO BENITO
Sonia Picado S.

MI CAMINO DESDE Y HACIA EL MAR
UNA REFLEXIÓN SOBRE LOS ANTES DE MI VIDA
Elizabeth Odio Benito

LAS SIETE PRINCIPALES LÍNEAS JURISPRUDENCIALES DE
LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
APLICABLE A LA JUSTICIA PENAL
Eduardo Ferrer Mac-Gregor

EL PROCESO DE REFORMAS RECIENTES
AL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
Felipe González Morales

ELIZABETH ODIO BENITO Y COSTA RICA
SON PRECURSORAS DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL
Gonzalo Monge Núñez

LOS PRESUPUESTOS DE LOS DERECHOS HUMANOS
Pedro Nikken

LA PERSPECTIVA Y EL MANDATO DE GÉNERO
EN EL ESTATUTO DE ROMA
Elizabeth Odio Benito

EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN PENAL
DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA HUMANA
José Thompson J.

LA RELACIÓN ENTRE LOS DERECHOS HUMANOS
Y LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL
Manuel E. Ventura Robles

59

Edición especial en homenaje a Elizabeth Odio Benito
Enero - Junio 2014

REVISTA
IIDH INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

59

Edición especial en homenaje a Elizabeth Odio Benito
Enero - Junio 2014

REVISTA
IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

© 2014 IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos
Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Corrección de estilo: Marisol Molestina.

Portada, diagramación y artes finales: Marialyna Villafranca

Impresión litográfica: Versailles S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un documento en formato digital que debe ser de 45 páginas, tamaño carta, escritos en Times New Roman 12, a espacio y medio.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, teléf., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US \$40,00. El precio del número suelto es de US\$ 25,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: s.especiales2@iidh.ed.cr.

Publicación coordinada por Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica

Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955

e-mail:s.especiales2@iidh.ed.cr

www.iidh.ed.cr

Índice

Presentación	7
<i>José Thompson J.</i>	
Una nota a modo de semblanza de Elizabeth Odio Benito	11
<i>Sonia Picado S.</i>	
Mi camino desde y hacia el mar Una reflexión sobre los antes de mi vida	17
<i>Elizabeth Odio Benito</i>	
Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal	29
<i>Eduardo Ferrer Mac-Gregor</i>	
El proceso de reformas recientes al Sistema Interamericano de Derechos Humanos	119
<i>Felipe González Morales</i>	
Elizabeth Odio Benito y Costa Rica son precuroras de la Corte Penal Internacional	151
<i>Gonzalo Monge Núñez</i>	
Los presupuestos de los derechos humanos	173
<i>Pedro Nikken</i>	
La perspectiva y el mandato de género en el Estatuto de Roma	245
<i>Elizabeth Odio Benito</i>	

**Evolución de la protección penal de los derechos
de la persona humana**271

José Thompson J.

**La relación entre los derechos humanos y la justicia
penal internacional**..... 303

Manuel E. Ventura Robles

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) presenta el número 59 de su Revista IIDH, cuya edición corresponde a una publicación especial en homenaje a la jurista y magistrada internacional Elizabeth Odio Benito.

La impresionante y rica trayectoria de Elizabeth comprende, además de altos cargos en Costa Rica, una variedad de designaciones en posiciones internacionales, el haberse desempeñado, por ejemplo, como Relatora Especial de la Subcomisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas para la eliminación de la discriminación en materia de religión y creencias (1980-1983); Jueza del Tribunal Internacional para juzgar los crímenes de la antigua Yugoslavia (1993-1998); activa participante en la Conferencia de Derechos Humanos (Viena, 1993); propulsora del Protocolo opcional a la Convención contra la tortura, hasta su adopción en el 2002, y Magistrada de la Corte Penal Internacional (2003-2012).

En lo personal, debo decir que – además de ser, su vida y obra, inspiración y desafío para todos quienes nos hemos involucrado en los temas de la protección internacional de la persona humana –, Elizabeth me reclutó para la que sería mi primera experiencia de acercamiento a los derechos humanos: formar parte del primer grupo, en Costa Rica, de apoyo a las actividades de Amnistía Internacional, hace ya treinta años. Ese reto, el de buscar formas para hacer más real la vigencia de los derechos fundamentales del ser humano, se quedó en mí hasta constituirse en el eje de mi carrera profesional.

La trayectoria de esta destacada jurista costarricense también es significativa para el IIDH, toda vez que desde 1996 es integrante de nuestra Asamblea General. Su nombre llena de orgullo nuestra lista de altas autoridades.

En esta edición especial de la Revista, en homenaje a doña Elizabeth Odio, y en el marco del décimo segundo aniversario de la entrada en vigor del Estatuto de Roma y décimo sexto de la creación de la Corte Penal Internacional, se cuenta con los artículos académicos de Manuel E. Ventura Robles (Costa Rica); Gonzalo Monge Núñez (Costa Rica); Felipe González Morales (Chile); Pedro Nikken (Venezuela); Sonia Picado (Costa Rica); Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México), de mí mismo y de la propia Elizabeth Odio (Costa Rica).

En esta revista homenaje número 59, se hace un repaso de la evolución de la protección penal de los derechos de la persona humana. Para ello, se hace un recuento de los antecedentes que fomentaron los primeros pasos en el desarrollo del Derecho Penal Internacional (DPI), tomando en cuenta los factores históricos y los avances jurídicos consecuentes; se analiza el estado actual bajo el Estatuto de Roma y la Corte Penal Internacional (CPI), destacando sus principales avances y desafíos y, finalmente, se estudia la interacción entre el DPI y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), con énfasis en los avances doctrinales y jurisprudenciales en nuestra región.

Además, se analizan los presupuestos de los derechos humanos y la relación que existe entre éstos y la justicia penal internacional, se repasan las diferencias entre el DPI y el DIDH, con énfasis en la práctica que realizan la Corte Penal Internacional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

incluyendo líneas jurisprudenciales de la Corte IDH aplicables a la justicia penal.

Por otra parte, se hace un repaso de la trayectoria de la doctora Odio Benito y los pasos que debió seguir la política exterior de Costa Rica, ambos como elementos indispensables en la consolidación de la Corte Penal Internacional.

Finalmente, en cuanto al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se repasan las últimas reformas reglamentarias, el proceso que las propició y los alcances avanzados en la evolución de los órganos del Sistema.

Aprovecho esta presentación para agradecer en nombre del IIDH a las autoras y autores que han hecho llegar al IIDH sus contribuciones académicas para esta edición especial de la Revista en honor a Elizabeth Odio. Y a la propia Elizabeth, nuestro homenaje por llenar de obra prolífica y valiosa su vida tan intensa y por mostrarnos que, por terrible que esta senda pueda ser, la lucha por los derechos de la persona humana como escogencia académica y profesional es válida, desafiante, necesaria y pertinente.

*José Thompson J.
Director Ejecutivo, IIDH*

Los presupuestos de los derechos humanos

*Pedro Nikken**

La persona humana no puede vivir conforme a la dignidad que le es inherente, en una sociedad oprimida. Los derechos humanos imponen la organización del entorno social y político en orden a su respeto, protección, satisfacción y garantía.

En términos empíricos, es difícil concebir una sociedad cuyo grado de ignominia alcance el punto en el que todos los derechos humanos de todos sus miembros sean violados y carezcan de toda garantía; ni una cuya perfección sea tal que la integridad de los derechos humanos esté plenamente garantizada para todos sus integrantes. Sí es posible, en cambio, identificar contextos y modelos de organización social y política que armonizan con el goce virtual de los derechos humanos de sus integrantes así como otras que adversan ese propósito.

Se ha dicho, con razón, que el respeto y la garantía que se deben a los derechos humanos implican que el Estado debe organizarse para que su estructura sea capaz de asegurar su libre

* Venezolano. Abogado (Universidad Católica Andrés Bello), tiene un diplomado de Estudios Superiores (Universidad de París II) y es doctor en Derecho (Universidad de Carabobo). Fue juez y presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También presidió el IIDH y ha sido miembro de su Consejo Directivo y su Asamblea General desde su fundación; actualmente es uno de sus presidentes honorarios. También ha sido Presidente de la Comisión Internacional de Juristas, con sede en Ginebra y Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

y pleno ejercicio a todas las personas bajo su jurisdicción¹. Sin embargo, no es posible prescribir las condiciones particulares en las que ese desiderátum es plenamente realizable, primero, porque en alguna medida dependen de la situación particular de cada sociedad y de cada Estado, de suyo cambiantes y sujetas a innumerables contingencias y, segundo, porque tal grado de perfección no es alcanzable ni, si lo fuera, sostenible.

En cambio, sí es posible identificar presupuestos cuya negación resulta en un obstáculo insalvable para que los derechos humanos puedan realizarse efectivamente. No se trata de situaciones en las cuales todos los derechos de todas las personas sean violados impunemente, sino de causas de opresión que gravitan sobre la totalidad del Estado o de la sociedad; de componentes patológicos que impregnan de tal modo el cuerpo social que determinan una causa de opresión general, sin cuya remoción los derechos humanos sufren una minusvalía colectiva intrínseca. Se trata, pues, de condiciones necesarias, pero no suficientes, para la efectividad de los derechos humanos dentro del contexto de una sociedad determinada.

En el área jurídico-política es posible identificar tres precondiciones o presupuestos para que los derechos humanos puedan ser efectivamente realizables. Esas condiciones son la **autodeterminación**, el **Estado de Derecho** y la **democracia**. La autodeterminación es condición para la existencia del Estado, que es el garante último de los derechos humanos. Pero el Estado puede ser, y lo ha sido con frecuencia, un Estado estructuralmente opresor (la monarquía absoluta, el Estado totalitario, por ejemplo), de donde surge la necesidad de una

1 Cf., Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 166, también párrs. 164-177; Corte IDH, *Caso Godínez Cruz v. Honduras*, sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C NO. 5, párr. 175, también, párrs. 173-188.

organización el Estado y del gobierno para que su función como garante pueda ser efectivamente cumplida, lo que se traduce en el imperativo del Estado de Derecho y la democracia. Esto no significa que la ausencia de cualquiera de esos componentes acarree que todos los derechos humanos de todas las personas que viven bajo un régimen colonial, un Estado totalitario o una dictadura militar, por ejemplo, sean violados; ni tampoco que la reunión de esos tres presupuestos asegure que todos los derechos humanos de todas las personas son respetados y garantizados. Lo que sí ocurre, en cambio, es que en ausencia de uno cualquiera de esos tres presupuestos nunca podrá alcanzarse, ni siquiera virtualmente, una garantía satisfactoria ni un grado razonable de goce efectivo de los derechos humanos por el cuerpo social en su conjunto, ni de cada uno de sus componentes individuales. En semejante contexto, nunca podrán cristalizar en la sociedad los valores de la dignidad humana.

El mismo valor de presupuesto lo tiene, en el área socio-económica, la **justicia social**, entendida como un umbral mínimo razonable de desarrollo económico y social y de acceso individual a los bienes sociales donde, al menos, la pobreza crítica no gravite determinadamente sobre la sociedad. La pobreza crítica y la exclusión que ella apareja asfixian colectivamente los derechos humanos al mismo título que la carencia de la autodeterminación, la democracia o el Estado de Derecho. En un escenario de injusticia social extrema, pobreza crítica y exclusión, el Estado no cumple tampoco con su función como garante de los derechos humanos y, además, las herramientas del Estado de Derecho y de la democracia terminan siendo inaccesibles a los socialmente oprimidos. Esto, de nuevo, no significa que todos los integrantes de la sociedad están privados de todos sus derechos humanos y ni siquiera que todos los derechos de todos los pobres son conculcados. Lo que expresa esta afirmación es que sin un grado mínimo de justicia

social tampoco podrá alcanzarse, ni siquiera virtualmente, una garantía satisfactoria ni un grado razonable de goce efectivo de los derechos humanos por el cuerpo social en su conjunto, ni de cada uno de sus componentes individuales. En semejante contexto, tampoco pueden cristalizar los valores de una sociedad democrática.

Estos presupuestos deben ser considerados a partir de una noción cualitativa o conceptual, vale decir, de aquello que se entiende por autodeterminación, Estado de Derecho, democracia o justicia social. No se trata, con todo, de conceptos unívocos, hecho que plantea una primera línea de dificultades de orden teórico, que pueden salvarse contrastándolos con la noción de sociedad opresiva, cuya organización política o social comporta el anonadamiento de la autonomía del ser humano en virtud de su sujeción a un poder arbitrario que destruye su capacidad de decidir sobre su propia vida o lo somete al dictado de una voluntad ajena. La autodeterminación, el Estado de Derecho, la democracia y la justicia social, cualquiera sea el matiz que los identifique, son conceptos que caracterizan una sociedad no-opresiva, es decir, dotada de instrumentos virtualmente eficaces para combatir la opresión y liberar al ser humano de ella. Esto, ciertamente, no significa que se trate de una sociedad plenamente liberada de toda forma de opresión, sino de una cuya organización política y estructuración social no comportan una causa general de opresión.

Estos mismos conceptos, por otra parte, están expuestos a una visión cuantitativa. El Estado de Derecho y la democracia, por ejemplo, más allá de su concepto abstracto, plasmado en el ordenamiento constitucional del Estado, ordinariamente presentan falencias en su praxis, sin que ello comporte necesariamente su desnaturalización. Por el contrario, el Estado de Derecho y la democracia son normalmente incompletos y

siempre perfectibles. Lo mismo puede afirmarse de la justicia social. Aunque es una noción que *prima facie* repugna a un raciocinio conectado con el derecho y la moral, debe admitirse la existencia de un umbral crítico a partir del cual las carencias de Estado de Derecho, democracia o justicia social se traducen en su privación para el cuerpo social en su conjunto; o, visto desde otro ángulo, la existencia de una suerte de estándar mínimo de una sociedad no-opresiva².

Con esas advertencias, pasaré revista sintéticamente a cuatro prerrequisitos o presupuestos de la efectividad de los derechos humanos, a saber: 1) la autodeterminación y los derechos humanos; 2) el Estado de Derecho y los derechos humanos; 3) la democracia y los derechos humanos; 4) la justicia social y los derechos humanos.

1. La autodeterminación y los derechos humanos

Los pueblos tienen derecho a disponer de sí mismos, esto es, a determinar libremente su estatus político y a definir de manera igualmente libre su desarrollo económico, social y cultural. El artículo 1(2) de la Carta de las Naciones Unidas proclama el principio de la libre determinación de los pueblos. Por su parte, el artículo 1 (común) de los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos

2 El factor cuantitativo no es extraño en el ámbito de los derechos humanos. Por ejemplo, el ámbito de aplicación de la Resolución 1503 (XLVII) del ECOSOC, de 27 de mayo de 1970, estuvo referido a situaciones “que parezcan revelar un cuadro persistente de violaciones manifiestas y fehacientemente probadas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”, lo que se traduce en un volumen crítico, que no se construye con violaciones aisladas, ni siquiera plurales, pues deben configurar un “cuadro persistente”.

Civiles y Políticos define, como una regla explícita de Derecho Internacional convencional, el contenido del derecho a la libre determinación, en el mismo sentido en que había sido definido por resoluciones y declaraciones precedentes de la Asamblea General de la ONU:

Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

La autodeterminación, que es un conocido concepto político y filosófico, comenzó a adquirir importancia universal durante la Primera Guerra Mundial, a raíz del programa de catorce puntos propuesto por el Presidente Woodrow Wilson de los Estados Unidos el 8 de enero de 1918³, que deberían servir de base a la paz mundial, concibiéndola como el principio según el cual ningún gobierno o grupo de gobiernos puede disponer del territorio de un pueblo libre ni determinar su condición política. Más tarde, el alcance de esta noción fue debatido desde los trabajos preparatorios de la Carta de las Naciones Unidas en los cuales se confrontaron distintos conceptos. Una dimensión de la autodeterminación (**externa**) se identificó con el anticolonialismo y está referida a la supresión de la dominación por parte de un Estado o grupo de Estados sobre pueblos libres, así como a la liberación de pueblos sometido a ocupación militar extranjera. Otra (**interna**) está referida el derecho de las distintas nacionalidades, etnias y grupos albergados bajo la soberanía de un mismo Estado. Esta última concepción es objeto de fuertes

3 El quinto de esos puntos abogaba por un arreglo libre y desprejuiciado de las reclamaciones coloniales, “basado en la estricta observancia del principio de que en la determinación de todas las cuestiones de soberanía, los intereses de las poblaciones afectadas deben tener el mismo peso que el de las reclamaciones equitativas de los gobiernos y sus títulos a ser determinados”. United States Department of State/Papers relating to the foreign relations of the United States, 1918. Supplement 1, *The World War* (1918), pág. 15.

resistencias en la medida en que se presenta como fundamento para la secesión de Estados plurinacionales y no ha alcanzado el consenso de la comunidad internacional. Ha prevalecido entonces el concepto de la autodeterminación en sentido externo, entendiéndola, sea como un principio **anticolonialista**, **antineocolonialista** y antirracista, sea como un principio de **libertad contra la opresión de un Estado extranjero**⁴, expresado, entre otros instrumentos, en las resoluciones 1514 (XV)⁵, 1541 (XV)⁶ y 2625 (XXV)⁷ de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

En palabras de la Corte Internacional de Justicia, “en el curso de la segunda mitad del siglo XX, el derecho internacional, en materia de autodeterminación, evolucionó para dar lugar a un derecho a la independencia para los pueblos y territorios no autónomos, sujetos a la subyugación, la dominación o a la explotación extranjera”⁸. De conformidad con esta dimensión de la autodeterminación, todo pueblo tiene el derecho de determinar libremente, sin injerencia externa, su condición política y de proseguir su desarrollo económico, social y cultural, y todo

4 Cf. Cot, J.P., y A. Pellet, *La Charte des Nations Unies*, décima edición. Economica, París, 1991, págs. 49 y ss.

5 Resolución que contiene la *Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales*, adoptada por la Asamblea General el 14 de diciembre de 1960.

6 Resolución que contiene los *Principios que deben servir de guía a los Estados Miembros para determinar si existe o no la obligación de transmitir la información que se pide en el inciso e del artículo 73 de la Carta de las Naciones Unidas*, adoptada por la Asamblea General el 15 de diciembre de 1960.

7 Que contiene la *Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*, adoptada por la Asamblea General el 24 de octubre de 1970.

8 ICJ, *Accordance with International Law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo*, Advisory Opinion, 22 de julio de 2010, párr. 79.

Estado tiene el deber de respetar este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas. La voluntad del pueblo debe expresarse libremente mediante el voto, a través de procedimientos democráticos, ampliamente difundidos⁹.

En lo que respecta a la dimensión interna de la autodeterminación, hay consenso en que ésta es la base para el derecho de todas las etnias, razas, nacionalidades y grupos presentes en el pueblo a preservar su identidad y a tener pleno e indiscriminado acceso al gobierno del Estado, en todos sus niveles y ramas¹⁰. La Corte Suprema de Canadá ha precisado que, en virtud de la autodeterminación interna, un pueblo tiene derecho a “la búsqueda de su desarrollo político, económico, social y cultural dentro del marco de un Estado existente”¹¹. En esa dirección se ha avanzado, a menudo con dificultad, hacia el reconocimiento de determinados grados de **autonomía** a minorías nacionales y está asimismo lejos de concluir del debate sobre los derechos de los pueblos indígenas albergados bajo la jurisdicción de los Estados. Se trata de fuentes de tensión y también de conflictos actuales, algunos extremadamente violentos, dentro de ciertos Estados¹².

9 ICJ, *Western Sahara*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1975, pág. 12, párrs. 54-59. Sobre la frustración de los efectos de la opinión de la Corte, cfr., Navarro Baptista, R., “El conflicto del Sáhara Occidental: la libre determinación en retirada”, en: Villán Durán, C., y C. Faleh Pérez (editores), *Paz, migraciones y libre determinación de los pueblos*. Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Luarca, 2012, págs. 83-117.

10 Cf. Cassese, A., *International Law*, second edition. Oxford University Press, Nueva York, 2005, pág. 61.

11 “[...] a people’s pursuit of its political, economic, social and cultural development within the framework of an existing state”. Supreme Court of Canada, Reference Re Secession of Quebec, 20 de agosto de 1998, párr. 126.

12 En el caso de la declaración unilateral de independencia por parte de Kosovo, la Corte Internacional de Justicia llegó a conclusiones estrechamente vinculadas

La circunstancia de haber sido incluida la autodeterminación en los dos Pactos de las Naciones Unidas sugiere que pudiera ser clasificada entre los derechos humanos. No obstante, como la autodeterminación *in toto* no puede ser ejercida ni satisfecha individualmente sino por la colectividad en su conjunto, es más bien como un “derecho de los pueblos”. Asimismo, numerosas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas

con las circunstancias del caso concreto, que no son fácilmente extrapolables a otras situaciones. En la opinión consultiva aludida en la nota precedente, advirtió, en general, que una declaración unilateral de independencia no es, por sí misma, contraria al derecho internacional ni a la práctica del Consejo de Seguridad. En los casos en que éste ha condenado tales declaraciones, su condena ha estado basada en que ellas “estaban o habrían estado conectadas con el uso ilegítimo de la fuerza o con otras violaciones graves del derecho internacional general, en particular de naturaleza imperativa (*ius cogens*)” (párr. 81). Tras advertir que estas últimas circunstancias no habían estado presentes en el caso de Kosovo, por lo que no se habría violado el derecho internacional general, examinó detalladamente si se habría violado la *lex specialis* constituida por la Resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y concluyó que la declaración unilateral de independencia no infringía dicha Resolución. Entre las circunstancias del caso que deben tenerse presentes están: 1) que la Resolución 1244 (1999) establecía un estatuto interino, destinado a cesar una vez que se hubiera determinado el estatuto definitivo de Kosovo; 2) que la declaración de independencia emanó de autoridades legítimamente electas que, al formularla, no actuaron como autoridades de un régimen interino, según lo interpretó la Corte (párrs. 107 y 121); 3) que las negociaciones con Serbia para definir el estatuto definitivo de Kosovo fueron consideradas como definitivamente infructuosas por el Representante del Secretario General de las Naciones Unidas, con el respaldo explícito de éste, y 4) que, a diferencia de otras resoluciones análogas del Consejo de Seguridad, la Resolución 1244 (1999) no contenía prohibición expresa de la independencia como fórmula para el estatuto definitivo de Kosovo. Sin embargo, la Corte declaró expresamente que sus conclusiones particulares en este caso estaban estrictamente circunscritas a la cuestión de la conformidad o no al derecho internacional de la declaración unilateral de independencia de Kosovo, y que las mismas no implicaban un juicio sobre el derecho de un Estado a separarse, particularmente a las cuestiones del alcance del derecho a la autodeterminación o de la existencia de un derecho a la “secesión-remedio” (párr. 83). Cf. Borrás, A., *La Independencia de Kosovo ante la Corte Internacional de Justicia*. AEPDIRI/Marcial Pons. Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2011.

presentan la autodeterminación como una condición previa y necesaria para el efectivo ejercicio de los derechos humanos. Este concepto ha sido criticado sobre la base de que es posible, en la práctica, respetar y garantizar el efectivo goce de ciertos derechos humanos, (como la vida, la integridad o la libertad religiosa, por ejemplo) bajo un régimen colonial¹³. Sin embargo, la concepción de la autodeterminación como un presupuesto o condición para la efectividad de los derechos humanos no pretende afirmar que, necesariamente, en ausencia de autodeterminación se violan **todos** los derechos humanos, ni que un pueblo, por el sólo hecho de elegir libremente su destino, alcance la plenitud del goce de sus derechos y el de todas las personas que lo componen, sino que la vulneración de la autodeterminación por dominación colonial es opresiva en sí misma y afecta a la sociedad en su conjunto, de modo que los derechos humanos son el objeto de una vulneración general o sistémica y no pueden nunca reunirse las condiciones necesarias para que sean **plenamente** respetados y garantizados. Ese concepto subyace al enunciado del párrafo 1 de la antes aludida Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de la ONU:

La sujeción de pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una denegación de los derechos humanos fundamentales, es contraria a la Carta de las Naciones Unidas y compromete la causa de la paz y de la cooperación mundiales.

En suma, como lo ha expresado Vasak, en ausencia de autodeterminación “el ser humano no puede ser libre puesto que le está prohibido liberarse”¹⁴.

13 Cf. Partsch, K.J., “Les principes de base des droits de l’homme: l’autodétermination, l’égalité et la non-discrimination”, en: *Les dimensions internationales des droits de l’homme*, editado por Karel Vasak. UNESCO, París, 1978, pág. 72.

14 Vasak, K., “La réalité juridique des droits de l’homme”, en: *Les dimensions internationales des droits de l’homme...* pág. 3.

2. El Estado de Derecho y los derechos humanos

La efectividad de los derechos humanos es indisociable de una organización de los poderes públicos y un orden jurídico orientados hacia el pleno respeto de la dignidad humana, dentro de un marco de seguridad y justicia, en el cual el norte del Estado sea el bien común. Este entorno, que se corresponde con el concepto de Estado de Derecho, comprende, en primer lugar (a), la sujeción de los poderes públicos al orden jurídico, en segundo lugar (b), la garantía efectiva de todos los derechos humanos, y, por último (c), la organización acorde de los mismos poderes públicos.

a. La supremacía del Derecho. ¿Estado de Derecho formal o sustancial?

El Estado de Derecho expresa la subordinación del Estado al orden jurídico, la supremacía del Derecho o *rule of law*. El poder no puede ejercerse legítimamente de cualquier manera, sino que debe sujetarse a los límites que conforman el Estado de Derecho, una de cuyas fuentes más relevantes viene constituida por la intangibilidad y la supremacía de los derechos humanos. Como lo ha afirmado la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

[...] la protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, **en la protección de los derechos**

humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal¹⁵ (énfasis añadido).

El absolutismo preceptúa que todo acto emanado de la voluntad del soberano es legítimo, e ilegítimo todo el que se aparte de ella. Su abolición dio origen al Estado de Derecho. Éste puede ser entendido en su versión más lata como la sujeción de todo acto del poder público a las leyes, que ha sido denominado de **mera legalidad**, lo cual tiende a redundar en el absolutismo del órgano legislativo del Estado, pues implica que no hay leyes ilegítimas y que todo lo que se adecúe a la ley es legítimo, e ilegítimo lo que se aparte de ella. El parlamento sustituye al monarca como detentador del poder absoluto. En cambio, en sentido estricto o de **estricta legalidad**, el Estado de Derecho implica, además, que la legitimidad de las leyes está sometida a normas superiores que delimitan su contenido. El primer concepto es meramente **formal**, pues la ley formal, por sí misma, es la única condición de la legitimidad, mientras que el segundo es **sustancial**, puesto que la ley está también condicionada, en su formación y en su contenido, a la estricta adecuación a la norma superior¹⁶. Esa norma superior es, en términos generales, la constitución, pero aun la constitución encuentra límites materiales en los derechos humanos, porque en la medida en que éstos son **inherentes** a la persona humana, la constitución misma no puede conculcarlos, sino reconocerlos, protegerlos y garantizarlos.

El Estado de Derecho implica pues, **en primer lugar**, la supremacía de la constitución. Si el Estado es el poder, la

15 Corte IDH, *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, opinión consultiva OC-6/86 del 9 de marzo de 1986, Serie A No. 6, **párr. 21**.

16 Cf. Ferrajoli, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, traducción de P. A. Ibáñez, C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto Sanchis y A. Ruiz Miguel, Vol. 1, "Teoría del derecho", pág. 462.

constitución es la limitación del poder, de tal modo que el Estado de Derecho puede también definirse como el Estado constitucional (*rule of Constitution*)¹⁷. Esto comporta que la organización del Estado, así como las leyes y todos los actos del poder público, deben adecuarse a la constitución y que deben asimismo existir mecanismos idóneos de control de constitucionalidad abiertos a quienes estén sujetos a la jurisdicción del Estado, cuyas características particulares pueden variar de acuerdo con el sistema jurídico de cada Estado, pero que han siempre de apuntar hacia la garantía de la supremacía de la constitución¹⁸. Ese control puede tropezar con dificultades si la propia constitución es la fuente de violaciones a los derechos humanos, pues sólo sería factible en aquellos ordenamientos que reconocen la supraconstitucionalidad de éstos, o, limitada e indirectamente, por obra de la protección internacional de los derechos humanos¹⁹.

El ejercicio del poder, pues, debe sujetarse a ciertas reglas que lo limitan, tanto en el plano formal como en el material. Los límites formales comprenden la separación e independencia de los poderes públicos y el principio de legalidad, es decir, al

17 Cf. Beaud, O., *La puissance de l'état*. Presses universitaires de France, París, 1994, pág. 208.

18 Cf. Brewer-Carías, A. R., *Judicial Review in Comparative Law*. Cambridge University Press, Cambridge, 1989.

19 Cf. Corte IDH, *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) v. Chile*, sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73. La Corte Interamericana concluyó que había disposiciones de la Constitución de Chile incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuya aplicación en el caso concreto había violado los derechos humanos de las víctimas en el mismo. No obstante, la Corte no está facultada para anular una norma constitucional de un Estado sujeto a su jurisdicción, aunque sí para ordenarle, como medida restitutoria a la víctima, la enmienda del orden jurídico, incluida la constitución, para adecuarlo a sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Así lo hizo, en efecto, en el caso citado, con el resultado de que, por iniciativa del Presidente de la República, la Constitución chilena fue enmendada en el sentido dispuesto por la Corte Interamericana.

quién y al **cómo** se ejerce el poder; los límites materiales están referidos a la adecuación del ejercicio del poder público a los fines del Estado contemporáneo, entre los cuales descuella el conjunto de obligaciones que los derechos humanos imponen al Estado, es decir al **qué** deben contener los actos del poder público²⁰.

En **segundo lugar**, dentro del señalado marco, el Estado de Derecho reconoce el rango constitucional de los derechos humanos, tanto por su expreso enunciado en el texto de la constitución como por su inclusión en el llamado **bloque de constitucionalidad**²¹, cuyo respeto, satisfacción, protección y garantía debe imbuir la totalidad del orden jurídico y del aparato del Estado.

Es de la esencia del Estado de Derecho que ningún acto u omisión del poder público puede legítimamente desconocer los límites que dimanar de los derechos humanos ni ignorar las obligaciones que los mismos imponen al Estado en el

20 Cf. Ferrajoli, L., *Principia iuris*. ... Vol. 2, "Teoría de la democracia", págs. 16-17.

21 Cf. Favoreau, L., "Le principe de constitutionnalité: essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel", en: *Mélanges Eisenmann*. Cujas, París, 1975, págs. 33-48; Favoreu, L., y F. Rubio Llorente, *El bloque de la constitucionalidad*. Universidad de Sevilla, Cuadernos Civitas, Madrid, 1991. Denizeaud, C., "Existe-t-il un bloc de constitutionnalité?", *LGDJ*, París, 1997; Manili, L-M., "El Bloque de Constitucionalidad. La Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino", *La Ley*, Buenos Aires, 2003; Nikken, C., "Constitución y 'Bloque de Constitucionalidad'", en v/a: *El derecho público a los 100 números de la Revista de Derecho Público 1980-2005*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, págs. 69-87; Uprimny, R., "El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal", en: O'donnell, D., I.M. Uprimny y A. Villa (comp.), *Compilación de Jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*. Oficina Alto Comisionado de NU para los derechos humanos, Bogotá, 2001; Rubio Llorente, F., "Bloque de constitucionalidad (Derecho Constitucional)", en: *Enciclopedia Jurídica Básica*, T. 1. Civitas, Madrid, 1995.

ejercicio del poder público, sean éstas de contenido positivo o negativo. Toda decisión del Estado contra esas obligaciones es ilegítima. Los derechos humanos y las obligaciones que de ellos dimanar configuran, en expresión de Ferrajoli, la **esfera de lo indecible**, que comprende **lo no decidible que**, configurado con la prohibición de destruir o menoscabar los derechos individuales y las libertades fundamentales, y **lo no decidible que no**, referido a todos los derechos humanos cuya protección, satisfacción o garantía requiere del Estado prestaciones positivas, entre los cuales destaca la mayoría de los derechos económicos, sociales y culturales²², aunque también no pocos derechos civiles y políticos.

En **tercer lugar**, las restricciones legítimas a los derechos humanos también están sujetas a la garantía del Estado de Derecho. Los derechos humanos admiten restricciones, cuya legitimidad material está sujeta a que ellas respondan a imperativos del Derecho basados en el orden público (en sentido amplio)²³ o los derechos de los demás²⁴, y cuya legitimidad formal deriva de que ellas están comprendidas dentro de la “reserva legal” o “reserva de ley”, es decir, la legitimidad de las restricciones a los derechos humanos requiere que éstas

22 Cf. Ferrajoli, L., *Principia iuris*... Vol. 2, “Teoría de la democracia”, pág. 22.

23 La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha aludido al concepto de orden público dentro del marco de la Convención Americana, indicando que el mismo “hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios”. Cf. Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas*... párr. 64. **En conexión con esa noción, en la misma oportunidad afirmó que “es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos”** (Ibíd., párr. 66).

24 Cf. Kiss, A., “Permissible Limitations on Rights”, en: *The International Bill of Rights*, Louis Henkin, editor. Columbia Press University, Nueva York, 1981.

emanen de ley formal, entendida ésta como “norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por [la constitución] para la formación de las leyes”²⁵.

El rango constitucional de los derechos humanos y de sus garantías ha tenido repercusión sobre el alcance del Estado de Derecho frente a los derechos económicos, sociales y culturales y su efectiva garantía.

b. La garantía efectiva de todos los derechos humanos. ¿Estado de Derecho o Estado Social de Derecho?

Como respuesta a la insurgencia de los derechos sociales, en el siglo XX surgió el concepto de “Estado Social de Derecho”, que se propone adecuar el orden jurídico-político y la organización del Estado a los imperativos de los derechos sociales. Como lo ha expresado García-Pelayo, “mientras que en los siglos XVIII y XIX se pensaba que la libertad era una exigencia de la dignidad humana, ahora se piensa que la dignidad humana (materializada en supuestos socioeconómicos) es una condición para el ejercicio de la libertad”²⁶. Para mostrar los contrastes entre el Estado liberal y el Estado social, el mismo autor expresa:

25 Corte IDH, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención...* párr. 38. En la citada opinión consultiva, la Corte Interamericana interpretó el significado de la expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual dispone: “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, **no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes** que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas” (énfasis añadido).

26 García-Pelayo, M., “Las transformaciones del Estado contemporáneo”, en: *Obras completas*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pág. 1603.

De este modo, mientras el Estado tradicional se sustentaba en la justicia conmutativa, el Estado social se sustenta en la justicia distributiva; mientras que el primero asignaba derechos sin mención de contenido, el segundo distribuye bienes jurídicos de contenido material; mientras que aquél era fundamentalmente un Estado legislador, éste es, fundamentalmente, un Estado gestor, a cuyas condiciones han de someterse las modalidades de la legislación misma (predominio de los decretos-leyes, leyes medida, etc.); mientras que el uno se limitaba a asegurar la justicia legal formal, el otro se extiende a la justicia legal material. Mientras que el adversario de los valores burgueses clásicos era la expansión de la acción estatal, para limitar la cual se instituyeron los adecuados mecanismos –derechos individuales, principio de legalidad, separación de poderes, etc. –, en cambio, lo único que puede asegurar la vigencia de los valores sociales es la acción del Estado, para lo cual han de desarrollarse también los adecuados mecanismos institucionales. Allí se trataba de proteger a la sociedad del Estado, aquí se trata de proteger a la sociedad por la acción del Estado. Allí se trataba de un Estado cuya idea se realiza por inhibición, aquí se trata de un Estado que se realiza por su acción en forma de prestaciones sociales, dirección económica y distribución del producto nacional²⁷.

La noción de Estado Social de Derecho respondió al reconocimiento constitucional de los derechos sociales, los cuales, en consecuencia, debían compartir la jerarquía que el Estado de Derecho, en su formulación histórica primera, reconoció a los derechos individuales y las libertades públicas, también

27 *Ibidem*, pág. 1604.

conocidos como derechos civiles y políticos²⁸. La proclamación como derechos humanos de los derechos económicos, sociales y culturales debía comportar como corolario que la organización del Estado de Derecho incluyera mecanismos para asegurar el respeto, la garantía, la protección y la satisfacción de esta última categoría de derechos, en consonancia con el concepto de Estado que surgió del reconocimiento de los derechos individuales y las libertades públicas o derechos civiles y políticos. El Estado Social de Derecho representa la nueva dimensión que debió adquirir del Estado en función de sus obligaciones para con sus ciudadanos, en materia de derechos sociales.

Cualquiera sea la denominación, aunque parezcan verdades de Pero Grullo, el Estado debe organizarse y funcionar para alcanzar sus fines, entre los cuales está, y no en baja escala, la garantía de los derechos humanos de todos, y, de manera más global, el bien común. En ese contexto, no puede verse sino con desconfianza y preocupación la tendencia que procura desligar al Estado de sus deberes en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Se trata de una doctrina hermanada con las políticas neoliberales que apuntaron hacia el abaratamiento del Estado, a menudo al precio de sus políticas sociales. Hace ya casi veinte años el Relator Especial Danilo TÜRK (más tarde Presidente de Eslovenia) advertía:

La base jurídica sobre la que se asientan los derechos económicos, sociales y culturales supone fundamentalmente la presencia de un Estado “fuerte”

28 La noción de Estado Social de Derecho fue esbozada originalmente por Hermann Heller en los años veinte y treinta del siglo XX, como respuesta a la crisis de la democracia y el Estado de Derecho en la Europa de entre las guerras, particularmente frente a los extremos del nazismo y el fascismo, por una parte, y del positivismo jurídico por la otra, que reducía los derechos a un mero formalismo. El Estado Social de Derecho se presentó como una alternativa.

como motor que impulsa la realización de esos derechos, junto con una orientación nacional favorable a esta categoría de derechos. Sin embargo, esta opinión está claramente en contradicción con las realidades políticas que predominan en la mayoría de los Estados y con las opiniones acerca del presunto “papel apropiado” del Estado, que propugna cada vez más el Banco Mundial, según las cuales toda participación del Estado en la economía resulta sospechosa²⁹.

Y agregaba:

[...] la historia ha demostrado suficientemente que numerosos aspectos de la política social no se pueden resolver mediante la confianza ciega en las fuerzas del mercado³⁰.

La Sra. Magdalena Sepúlveda, siendo Experta independiente encargada de la cuestión de los derechos humanos y la extrema pobreza de la ONU, advirtió sobre la no repetición de los errores de políticas de ajuste divorciadas de los derechos humanos, con respecto a la crisis económica y financiera desatada a principios del siglo XXI. Sugirió asimismo, que dicha crisis podía ser una ocasión para rectificar la pobreza y la exclusión social profundamente arraigadas, restablecer la cohesión social y sentar las bases de sociedades más equitativas y sostenibles³¹. La Experta independiente ha observado:

29 Informe Final del Relator Especial, profesor Danilo Türk, sobre la Realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/CN.4/Sub.2/1992/16., 3 de julio de 1992, párr. 85.

30 *Ibidem*, párr. 98.

31 Cf. Informe de la Experta independiente encargada de la cuestión de los derechos humanos y la extrema pobreza, Magdalena Sepúlveda Carmona, A/HRC/17/34, 17 de marzo de 2011.

Por medio de la recuperación basada en los derechos humanos, los Estados tienen la oportunidad de adoptar criterios nuevos y ambiciosos de la reducción de la desigualdad, la erradicación de la pobreza y la creación de sociedades y economías estables que resistan las conmociones futuras. Un enfoque de derechos humanos es la mejor manera que tienen los Estados de rectificar las desigualdades persistentes, exacerbadas por crisis sucesivas, que han disminuido la cohesión social y aumentado la sensación de inseguridad y exclusión. Si esas desigualdades persisten, el resultado podría ser el incremento de los disturbios y conflictos sociales [...]³²

La formulación del Estado Social de Derecho, si bien tiene el mérito histórico de haber destacado la naturaleza y la jerarquía de los derechos económicos, sociales y culturales, tal vez no se justifica conceptualmente en el presente, como una noción distinta al del Estado de Derecho, a secas, a la luz de la jerarquía y naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales y de la unidad y universalidad conceptuales de los derechos humanos. Si los derechos humanos responden a un único concepto, sean estos individuales o sociales, también el Estado de Derecho debe responder a un único concepto. Los derechos humanos son indivisibles e interdependientes de tal modo que no es concebible que el Estado de Derecho no los proteja y garantice también de manera indivisible e interdependiente. Un sedicente Estado de Derecho que no revista las características del Estado Social de Derecho estaría dejando de lado la protección y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, es decir, no estaría protegiendo y garantizando todos los derechos humanos y perdería en consecuencia su naturaleza de Estado de Derecho. El concepto de Estado Social de Derecho

32 *Ibidem*, párr. 58.

tuvo en su momento el mérito de enfatizar el rango de los derechos económicos, sociales y culturales, pero no se justifica en el presente. **Si el Estado no brinda protección y garantía a todos los derechos humanos individuales y sociales, no es un Estado de Derecho. El Estado de Derecho tiene que ser social o no es Estado de Derecho**³³.

c. La organización del Estado para el control del poder

En el Estado de Derecho el ejercicio del poder público debe ser controlado a través de normas jurídicas dictadas y aplicadas por órganos independientes y autónomos. De allí se siguen el **principio de legalidad**, como base de la definición de las competencias de los diferentes órganos del poder público, y la **separación de poderes**, como mecanismo apropiado para equilibrar el ejercicio del poder del Estado y de cerrar los cauces a la arbitrariedad. La separación e independencia efectivas de los poderes públicos es un estándar del Estado de Derecho, definido ya en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789³⁴. En el ámbito interamericano, la separación de poderes es postulada como “elemento esencial” de la democracia representativa por la Carta Democrática Interamericana (art. 3) y ha sido indirectamente corroborada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos

33 Cf. Pérez Salazar, G. (coordinador), *La Justicia Constitucional en el Estado Social de Derecho. II Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional. En homenaje al Dr. Néstor Pedro Sagües*. Universidad Monteávila/Ediciones Funeda/Especialización en Derecho Procesal Constitucional, Caracas, 2012.

34 El artículo 16 de la Declaración de 1789 expresa que “toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, no tiene Constitución”.

Humanos, en la cual se ha subrayado que el órgano legislativo debe ser elegido democráticamente³⁵. En lo que se refiere a la independencia del poder judicial, la misma Corte ha subrayado que “uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces”³⁶, y ha determinado que el principio de independencia judicial es esencial para la protección de los derechos humanos, de modo que su vigencia es absoluta y debe mantenerse aun bajo estado de excepción³⁷.

En el Estado de Derecho, en suma, la constitución y las leyes definen el ámbito del poder, cuyo ejercicio está subordinado a los derechos y atributos inherentes a la dignidad humana.

3. La democracia y los derechos humanos

La democracia, nos dijo Burdeau, “es hoy una filosofía, una manera de vivir y, casi accesoriamente, una forma de gobierno”³⁸. La democracia no responde a un concepto inmutable, pues su propia dinámica la impulsa hacia la búsqueda de su perfectibilidad. Como lo observa el mismo autor, la faz de

35 Corte IDH, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención...* párr. 38.

36 Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional v. Perú*, sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C No. 71, párr. 73; Corte IDH, *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) v. Venezuela*, sentencia de 5 de agosto de 2008, Serie C No. 182, párr. 55; Corte IDH, *Caso Reverón Trujillo v. Venezuela*, sentencia de 30 de junio de 2009, Serie C No. 197, párr. 67.

37 Corte IDH, *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, opinión consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, Serie A No. 8, párr. 30.

38 Burdeau, G., *La Democracia: ensayo sintético*. Ediciones Ariel, Barcelona, 1960, pág. 19.

la democracia “se debe al sueño de los hombres”, pues “el uso mismo de las instituciones democráticas provoca la inestabilidad de la noción de democracia”³⁹. Sin embargo, aun dentro de ese margen de contingencia, puede afirmarse que el respeto y la garantía debidos a los derechos humanos son indisociables de la forma democrática de gobierno, en el sentido de que un mínimo estándar democrático es presupuesto indispensable para la vigencia real de los derechos humanos⁴⁰. Ese mínimo está determinado por la **democracia política representativa**, es decir, el sistema de gobierno en el cual la voluntad del pueblo es el fundamento de la autoridad del poder público, voluntad que se expresa a través de elecciones auténticas y periódicas, por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores⁴¹. A

39 Ibidem, p. 147.

40 Cf. Carothers, T., “Democracy and Human Rights: Policy Allies or Rivals?”, en: Carothers, T., *Critical Mission: Essays on Democracy Promotion*. Carnegie Endowment for International Peace, Washington 2004, págs. 9-22; también en *17 Washington Quarterly*, 1994, págs. 109 y ss.

41 Este concepto es de universal aceptación. En él se expresa lo establecido en el artículo 21(3) de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 25 (b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 23 (1) (b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 3 del Protocolo No. 1 a la Convención Europea de Derechos Humanos. El artículo 13 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos expresa la misma idea, aunque en términos generales y tal vez ambiguos; sin embargo, la Declaración de la Unión Africana sobre Principios que rigen las Elecciones Democráticas en África (2002) y la Carta Africana sobre Democracia, Elecciones y Democracia (2007), se alinean en la misma dirección de los instrumentos internacionales aludidos precedentemente. Cf. Fox, G., “The right to political participation in International Law”, en: Fox, G., y B. Roth (eds.), *Democratic Governance and International Law*. Cambridge University Press, Cambridge, 2000, págs. 48-90. Por su parte, la Declaración de Varsovia Hacia una Comunidad de Democracias (27 de junio de 2000), suscrita por más de cien Estados, en términos más amplios y precisos, proclamó: “La voluntad del pueblo será la base de la autoridad de gobierno, según se exprese por el ejercicio del derecho y deberes cívicos de los ciudadanos a elegir a sus representantes a través de elecciones periódicas, libres

partir de esa noción se ha venido construyendo la noción de democracia participativa, que expresa una mayor participación directa del pueblo en el manejo de los asuntos públicos, lo cual puede lograrse por dos caminos concurrentes. El primero es el de la participación a través de la consulta popular directa, normalmente por medio de referendos, que pueden versar desde la revocación del mandato de representantes, hasta las más diversas materias de interés público, incluidas la aprobación o abrogación de leyes u otros cuerpos normativos. El segundo es el fortalecimiento y empoderamiento de las llamadas sociedades intermedias independientes entre el Estado y el individuo, que conforman en su conjunto la organización popular, de la cual forman parte fundamental las asociaciones conocidas como organizaciones no gubernamentales.

Como forma de gobierno, la democracia encuentra una vinculación ontológica con los derechos humanos (a), vinculación que, sin embargo, no siempre se traduce en una praxis democrática enteramente compatible con los derechos humanos, de donde surgen con frecuencia tensiones entre éstos y la gestión democrática del Estado (b). Esas tensiones pueden conducir a la desnaturalización y hasta la perversión de la democracia, lo cual ha sido objeto de reconocimiento explícito en sistemas regionales de defensa colectiva y garantía internacional de la democracia (c).

a. El vínculo ontológico entre democracia y derechos humanos

La democracia se sustenta sobre valores y principios que la identifican y distinguen frente a otros sistemas de organización

y justas con sufragio universal e igual, abiertas a múltiples partidos, realizadas por votación secreta, vigiladas por autoridades electorales independientes y libres de fraude e intimidación”.

del gobierno y del Estado. El ejercicio del poder, en democracia, no resulta de un hecho de fuerza ni de una imposición arbitraria, sino de la voluntad popular, expresada en términos de mayoría; pero sin que esto implique que se subyugue a la minoría, a la que se reconoce el derecho a disentir y a no ser discriminada en el ejercicio de sus derechos. La supremacía de la soberanía popular y el respeto y la garantía de los derechos humanos son los pilares de la democracia.

La aproximación entre la democracia y derechos humanos debe atender a cuidadosos matices y distinciones. La primera se conecta con la noción de soberanía popular, que es la base del ejercicio democrático. La soberanía, como poder absoluto e irrestricto, frente al cual todo se doblega y subordina, es un concepto abolido junto con el absolutismo. El advenimiento de los derechos humanos como categoría jurídica así como el del Estado de Derecho como su necesario corolario, imponen límites al poder que no pueden ser legítimamente ignorados, ni siquiera invocando la expresión de la soberanía popular. Soberanía popular significa que el único titular de la soberanía es el pueblo en su conjunto y nadie más que el pueblo en su conjunto. Nadie, ni como individuo, ni como fracción aun mayoritaria del pueblo, ni como órgano del Estado, incluso como órgano constituyente, puede apropiarse de la soberanía para ejercerla como poder absoluto contra el pueblo o alguno de sus componentes. Así entendido, el principio de la soberanía popular no sólo es compatible con el Estado de Derecho, sino que es su primera garantía⁴².

Por consiguiente, la soberanía popular, fundamento y límite de la democracia política, debe ser entendida como la resultante o sumatoria de la voluntad de todas las personas que se integran en el pueblo. Pero la expresión de esa voluntad sólo es legítima y válida si es libre y, para serlo, debe expresarse

42 Cf. Ferrajoli, L., *Principia iuris*... Vol. 2, "Teoría de la democracia", pág. 13.

estando garantizada la plenitud de los derechos humanos. Estos derechos, por tanto, no sólo son el límite para el ejercicio del poder soberano, sino que son su contenido fundamental. La soberanía popular es por y para los derechos humanos, de modo que la violación de éstos es también la violación de aquélla⁴³.

Pero, ¿por qué se justifica la democracia como forma de gobierno? La búsqueda de fundamentos políticos y axiológicos de la democracia, inexorablemente tropieza, una vez más, con los derechos humanos. Fuera del contexto de la democracia política, la soberanía popular queda privada de medios de expresarse legítimamente. La autonomía del ser humano, fundamento de los derechos humanos, requeriría que nadie tuviera que obedecer más que a sí mismo y que no estuviera sujeto a acatar lo preceptuado por otro; pero como la complejidad de la vida social y los requerimientos de la organización del Estado no permiten, en la práctica, el ejercicio de la democracia directa, la organización política de la democracia representativa asegura que el ser humano sólo se vea compelido a obedecer a un poder para cuya constitución ha concurrido su consentimiento. La tensión entre esos extremos ha dado origen, dentro de la dialéctica democrática, al reclamo de participación directa de los representados en el ejercicio del poder público, a través de distintas modalidades, que han venido conformando diferentes formulaciones de **democracia participativa**.

Sin democracia no hay derechos humanos. La abolición de la democracia es la ablación de la soberanía popular y su usurpación por quien ejerza el poder del Estado por la fuerza de los hechos. Como cuestión de principio, si el fundamento del poder público resulta de una imposición al pueblo, no sujeta a su

43 Ibidem.

aprobación, y se define por la sola fuerza de quien lo detenta, la autonomía y la dignidad como seres humanos de los gobernados quedan irremisiblemente vulneradas. La fuerza es la única fuente del poder del gobierno y sus actos fundan su fuerza obligatoria exclusivamente sobre el miedo al castigo.

Además, la democracia ofrece, en lo político, características sin las cuales determinados derechos humanos están irremediablemente vulnerados, incluso en el caso de que la mayoría de la población no sea objeto de medidas represivas concretas. **Fuera de la democracia, el poder público porta en sí mismo la opresión.** Cuando el poder público se ejerce sin otro título que la fuerza, la potestad de adueñarse del poder y mantenerse en el mismo sin tener en cuenta la voluntad popular, se crea un cuadro de quebrantamiento radical de los derechos humanos. No sólo porque se conculca el derecho a elegir y a ser elegido, sino porque la imposición opresiva de una minoría rompe el principio de la igualdad de derechos entre los seres humanos así como el de no discriminación, y no puede mantenerse durante mucho tiempo sino a través de la desesperanza, el miedo, la amenaza y la opresión frente a la sociedad toda, junto con la persecución activa de la disidencia, la violencia y la represión contra quienes osen traducir su desacuerdo en un peligro – o lo que los gobernantes consideren como un peligro – contra el régimen establecido.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado el condicionamiento de los derechos humanos por la democracia en una observación relativa al ejercicio efectivo de los derechos políticos, garantizados en el artículo 23 de la Convención

Americana sobre Derechos Humanos⁴⁴, que incluyen el derecho a las elecciones democráticas:

La Corte considera que el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención.⁴⁵

Tampoco hay democracia sin derechos humanos. Los derechos humanos son, en buena medida, la razón de ser de la democracia, cuyo funcionamiento no es concebible dentro de un cuadro de desconocimiento de aquellos derechos. El régimen democrático porta en sí la supremacía de los derechos humanos y su estructura como forma de gobierno no es concebible si no incluye medios, mecanismos y procedimientos enderezados hacia la protección, el respeto, la satisfacción y la garantía de los derechos humanos. Si la garantía de los derechos humanos no está asegurada, la voluntad popular no podrá expresarse libremente, la soberanía popular quedará truncada y el ejercicio democrático deslegitimado. En democracia son indispensables instituciones independientes de control, como, en primerísimo

44 “Derechos Políticos. 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso interior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”.

45 Corte IDH, *Caso Castañeda Gutman v. México*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C No. 184, párr. 143.

lugar, el sistema judicial, y la más moderna institución del *ombudsman* o defensoría del pueblo, para proporcionar auxilio efectivo contra los actos y omisiones abusivas del poder público.

La democracia, adicionalmente, reconoce el derecho a disentir. La minoría no está condenada a soportar incólume cualquier *diktat* arbitrario de la mayoría. La propia dinámica de una gestión democrática debe llevarla a ser la de la mayoría, desde el gobierno, con la minoría, desde la oposición. La democracia está llamada a funcionar como un proceso de **codeterminación** del pueblo. En primer lugar, porque los actos de la mayoría gobernante están sujetos a la crítica y a la impugnación de quienes los cuestionan, lo que sienta las bases del debate democrático, cuyo resultado dialéctico puede enmendar e incluso abatir las iniciativas de la mayoría gobernante. En segundo lugar, porque es precisamente el pueblo soberano quien está llamado a decidir periódicamente cual es la orientación que ha de predominar en la interacción mayoría-minoría⁴⁶.

No obstante esta relación ontológica entre democracia y derechos humanos y del paralelismo de su conquista como conceptos sobre los que ha de sustentarse la organización del Estado para proteger y desarrollar la dignidad humana, en la práctica no siempre existe una correspondencia biunívoca entre ellos y se presentan escenarios de tensión entre ellos.

b. Las tensiones entre democracia y derechos humanos

La democracia es un sistema de gobierno y, por lo tanto, lo es también de ejercicio del poder. Como tal, no está exento *per se*

46 Cf. Kielmansegg, P., cit. por Muller, J., "Fundamental Rights in Democracy", *HRLJ* No. 4, 1983, pág. 184.

de incurrir en actos ilegales o en abusos, particularmente contra los derechos humanos. El origen democrático de un gobierno no lo inmuniza bajo ningún respecto. Sin embargo, la democracia y el Estado de Derecho, aunque conceptualmente son nociones distintas, son difícilmente separables en la práctica, de modo que las herramientas de este último pueden proporcionar los remedios para prevenir, corregir y sancionar los actos abusivos de las autoridades electas.

La democracia, por otro lado, requiere la búsqueda de ciertos consensos, sobre la base de negociaciones, acomodados y arreglos entre los diversos actores políticos, mientras que los derechos humanos dejan poco margen a la flexibilidad, cuando entran en juego su respeto o su violación⁴⁷. Esta observación, si bien es cierta, no es exclusiva del ámbito de los derechos humanos, puesto que es válida con respecto a todos los componentes esenciales de un régimen democrático.

Otro aspecto de la democracia que puede revelar tensiones con respecto a los derechos humanos tiene que ver con los límites a la legitimidad del principio mayoritario, característico del régimen democrático. Los derechos humanos imponen que la legitimidad democrática no esté determinada únicamente por lo formal o procedimental, sino que se extienda también a lo sustancial, entendiendo por tal lo que no puede ser decidido por mayoría o lo que debe ser decidido al margen de cualquier mayoría, porque se trata de materias “no decidibles” o “no decidibles que no” por el Estado, ni siquiera cuando éste actúa a través del cuerpo electoral⁴⁸. La Corte Interamericana de

47 Cf. Landman, T., *Human Rights and Democracy. The Precarious Triumph of Ideals*. Bloomsbury, Londres/Nueva York, 2013, págs. 38 y ss.

48 Cf. Ferrajoli, L., *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, prólogo y traducción de P.A. Ibáñez. Minima Trotta, Madrid, 2011, págs. 35 y ss.

Derechos Humanos, con ocasión de la nulidad intrínseca de una ley de amnistía para graves violaciones de derechos humanos, aprobada en consulta popular, ha acogido explícitamente este límite sustantivo al régimen de mayorías:

La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, **la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías**, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” [...], que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial⁴⁹ (énfasis añadido).

Las tensiones que pueden presentarse entre democracia y derechos humanos, pues, o bien son aparentes o bien son perversiones de la democracia, que no destruyen el concepto de ésta ni disminuyen el vínculo indestructible entre una y otros.

49 Corte IDH, *Caso Gelman v. Uruguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221, párr. 239.

Este último vínculo condicionante entre democracia y derechos humanos ha sido identificado en sistemas regionales de derechos humanos.

c. Democracia y derechos humanos en los sistemas regionales

La adhesión a la democracia como forma de gobierno ha sido proclamada, con distintas formulaciones para su defensa, en el marco de las tres organizaciones regionales que, a su vez, han establecido sistemas de derechos humanos, a saber, el Consejo de Europa (CE), la Organización de los Estados Americanos (OEA) y la Unión Africana (UA). En ninguno de los tres casos, sin embargo, los mecanismos para la promoción y protección internacionales de la democracia se han enmarcado dentro del sistema regional de derechos humanos, sino que han estado referidos, con matices, a órganos políticos de la respectiva organización regional. Se pasará revista someramente a cada uno de ellos.

i. El Consejo de Europa y la democracia

En el marco del CE no se ha adoptado ningún instrumento cuyo objeto específico sea la promoción y protección de la democracia. Un mecanismo específico de esa naturaleza seguramente no se ha considerado necesario toda vez que el Estatuto del CE, adoptado el 5 de mayo de 1949, cumple esa función desde el momento en que los Estados que lo suscribieron reafirmaron

[...] su devoción a los valores espirituales y morales que son el patrimonio común de sus pueblos y son el origen verdadero de los principios de libertad individual, de

libertad política y del Estado de Derecho, sobre los cuales se fundamenta toda democracia genuina (Preámbulo).

Por su parte, el artículo 1(a) del Estatuto, declara como objetivo del Consejo de Europa “salvaguardar y realizar los ideales y principios que son su patrimonio común”, y mediante el artículo 3, los Estados miembros se comprometen a “colaborar sincera y activamente para la obtención” de dicho objetivo, así como reconocen “el Estado de Derecho y el principio en virtud del cual toda persona bajo su jurisdicción debe gozar de los derechos humanos y las libertades fundamentales”. En conexión con estos compromisos, el artículo 8 determina que,

Todo Miembro del Consejo de Europa que infrinja gravemente las disposiciones del artículo 3 puede ser suspendido de su derecho de representación y requerido por el Comité de Ministros a retirarse en las condiciones previstas en el artículo 7. De no atender a este requerimiento, el Comité puede decidir que dicho Estado Miembro ha cesado de pertenecer al Consejo desde la fecha que el mismo Comité fije.

En consecuencia, la sanción al Estado que se aparte gravemente de la forma democrática de gobierno puede ser la expulsión del CE, decidida por el Comité de Ministros (integrado por los Ministros de Relaciones Exteriores de los Estados miembros). El procedimiento de expulsión fue iniciado contra Grecia, en 1969, durante la llamada Dictadura de los Coroneles. El 12 de diciembre de aquel año, faltando pocas horas para que se votara la decisión de expulsión, el gobierno griego se retiró del CE. Grecia reingresó a la caída de aquel régimen, con el restablecimiento de la democracia.

Por su parte, el Protocolo No. 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos incluyó en su artículo 3 el **derecho a las elecciones libres**:

Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo.

Se trata de la protección a la democracia en su dimensión de derecho individual, que no comprende un mecanismo colectivo para la defensa de la democracia en tanto régimen político. Sin embargo, desde temprana hora del sistema regional de derechos humanos, la entonces Comisión Europea de Derechos Humanos determinó que la Convención Europea es un tratado por el cual sus signatarios no han pretendido simplemente satisfacer sus intereses nacionales o concederse recíprocamente derechos y obligaciones, sino “realizar los fines del Consejo de Europa” y “establecer un orden público común de las democracias libres de Europa con el objetivo de salvaguardar su herencia común de tradiciones políticas, ideas y régimen de Derecho”⁵⁰.

ii. La Organización de los Estados Americanos y la democracia

El Preámbulo de la Carta de la OEA postula “que la democracia representativa es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región”, mientras que el artículo 2 de la misma Carta enuncia entre los propósitos de la Organización el de “promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención”,

50 European Commission of Human Rights, *Austria vs. Italy*, Application 788/60, European Yearbook of Human Rights, vol. 4, 1961, pág. 138.

y el artículo 3 reafirma como principio de la Organización que la “solidaridad de los Estados americanos y los altos fines que con ella se persiguen, requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa”. La democracia representativa ha sido invocada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como “un ‘principio’ reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano”⁵¹.

En ese contexto, la OEA adoptó la Carta Democrática Interamericana (CDI)⁵², que es un instrumento que no reviste la forma de un tratado internacional, pero que obviamente debería ser al menos determinante a la hora de interpretar y aplicar las disposiciones de la Carta de la OEA y otras convenciones regionales que aluden a la democracia.

El artículo 1 de la CDI postula:

Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla⁵³.

51 Cf. Corte IDH, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención...* párr. 34.

52 Aprobada por la Asamblea General de la OEA, en su XXVIII Período Extraordinario de Sesiones, en Lima, Perú, el 11 de septiembre de 2001. Sobre la Carta Democrática Interamericana, cfr. Ayala Corao, C., y P. Nikken Bellshaw-Hogg, *Defensa Colectiva de la Democracia: definiciones y mecanismos*. Comisión Andina de Juristas/The Carter Center, Lima, 2006. También en inglés: *Collective Defense of Democracy: Concepts and Procedures*. Andean Commission of Jurists/The Carter Center, Lima, 2006.

53 El derecho a la democracia queda sí definido, al igual que el derecho a la autodeterminación, como un “derecho de los pueblos”, esto es, como un derecho colectivo y no como un derecho individual. Sobre el derecho a la democracia, cfr. Frank, T., “The Emerging Right to Democratic Governance”, 96 *Am. J. Int. L.* 46, 1992, págs. 53 y ss.; Landman, T., *Human Rights and Democracy. The Precarious Triumph of Ideals*. Bloomsbury Academic, Londres/Nueva York, 2013; Nowak, M., *Introduction to International Human Rights*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2003, pág. 46.

La democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas.

No existe en la Carta de la OEA (ni en la CDI), sin embargo, una definición de **democracia**, ni de **democracia representativa**. Esta última, sin embargo, enuncia, diferenciándolos en dos artículos, lo que califica como “elementos esenciales” (art.3) y “componentes fundamentales del ejercicio” de la democracia representativa (art. 4):

Artículo 3

Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, **el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales**; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de Derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos (*énfasis añadido*).

Artículo 4

Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa.

La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al Estado de Derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia.

El **respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales** ha sido proclamado, pues, como **elemento esencial** de la democracia representativa.

El artículo 7 de la CDI abona a favor de un concepto de amplio espectro sobre lo que este instrumento entiende por derechos humanos:

La democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos.

La CDI expresa, así, que no hay democracia sin derechos humanos. La democracia entendida como mero procedimiento para la elección de las autoridades del Estado no es sinónimo del vigor de los derechos humanos. Ella es condición necesaria pero no suficiente para el establecimiento de la vigencia plena de los derechos humanos. La democracia se pervierte si las elecciones se conciben como un mero expediente para la conquista del poder, pero éste se ejerce sin control, fuera del contexto del Estado de Derecho. En ese sentido, la democracia y el Estado de Derecho son presupuestos indisociables para un régimen respetuoso de los derechos humanos.

El abandono de las obligaciones del Estado con relación a los derechos humanos por parte de un gobierno legítimamente electo lo desnaturaliza como régimen democrático, pues lo priva de uno de sus componentes esenciales, al decir del artículo 3 la CDI. La interrogante fundamental consiste dilucidar en qué supuesto, o en qué medida, el abandono de los derechos humanos alcanza tal entidad que debe ser considerada afectada la **esencia** del sistema democrático de gobierno. Violaciones

singulares a los derechos humanos, incluso si no son remediadas mediante los recursos de la jurisdicción interna, no son tema para la aplicación de la CDI, sino para la actuación de los medios domésticos de garantía y, en escala interamericana, para las de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, dentro de sus respectivas esferas de competencia.

No es fácil definir *a priori* la magnitud de las violaciones a los derechos humanos que se requiere para afectar en su esencia a la democracia. Sin embargo, pueden avanzarse algunos criterios. En primer lugar, debe tratarse de una situación **general**, que no pueda ser resuelta a través de la actuación normal de los órganos de derechos humanos del sistema regional, tal como lo sugiere el artículo 8 de la misma CDI⁵⁴. Tomando prestado el lenguaje que en alguna ocasión se ha utilizado dentro del sistema de Naciones Unidas, podría entenderse como situación general aquella que **revele un cuadro persistente de violaciones graves, manifiestas y fehacientemente comprobadas de los derechos humanos**.

En rigor, este supuesto debería tenerse por configurado si las instituciones domésticas de **garantía de los derechos humanos** no existen, o han sido cooptadas por los hechores de las violaciones a estos derechos o, de cualquier manera han colapsado o carecen de operatividad práctica. Sin embargo, dada la naturaleza política de la CDI, el umbral podría ser más alto o apuntar hacia la gravedad del cuadro de violaciones a los derechos humanos, que podría depender de los derechos que son objeto de violación sistemática, porque lo que está en tela de juicio, en el plano político, es la supervivencia de la legitimidad democrática

54 “Cualquier persona o grupo de personas que consideren que sus derechos humanos han sido violados pueden interponer denuncias o peticiones ante el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos conforme a los procedimientos establecidos en el mismo”.

de un gobierno electo al que puedan imputarse violaciones a los derechos humanos. En ese marco, son violaciones singulares de los derechos humanos mientras no pueda establecerse que **por su volumen, conexión, unidad de propósitos, importancia de los bienes jurídicos lesionados**, etc., se corresponden con una política gubernamental incompatible con las obligaciones estatales con respecto a los derechos humanos en una sociedad democrática, al punto de desnaturalizar al gobierno que practica una política semejante y desvirtuar su condición de “gobierno democrático.”

Las violaciones a la CDI deberían desencadenar los procedimientos previstos en los artículos 17 al 22 de la misma, que contienen varios procedimientos de cooperación, para fortalecer un Estado democrático cuyo régimen político está amenazado, y de sanción para aquellos Estados en los que se ha producido la ruptura del orden democrático. Estos procedimientos están a cargo del Consejo Permanente y la Asamblea General y, en menor medida, del Secretario General de la OEA. La composición intergubernamental del Consejo Permanente y de la Asamblea General ha representado un obstáculo insalvable para atender graves violaciones del principio democrático cuando esos atentados han sido perpetrados por el Presidente de la República o han contado con su apoyo.

La CDI ha tenido, pues, una aplicación muy limitada, que puede considerarse decepcionante. Su principal falencia está en carecer de un mecanismo de control que tenga cierto grado de independencia de los gobiernos representados en la OEA. Hasta el momento, sólo ha sido aplicada plenamente al golpe de estado en Honduras contra el Presidente Manuel Zelaya, del 28 de junio de 2009, el cual acarreó la suspensión de ese país como miembro de la OEA, por decisión de su Asamblea General del 4 de julio del mismo año. El mecanismo se había puesto en acción

con motivo del derrocamiento del Presidente Chávez el 11 de abril de 2002, en Venezuela, pero se detuvo al ser restablecido en su cargo dos días más tarde. Fuera de esos supuestos, la OEA ha ignorado la CDI en varios casos graves de intervención de otros poderes públicos y de otras transgresiones graves a sus preceptos por parte de gobiernos elegidos por el pueblo. La CDI se ha limitado a ser un mecanismo de defensa de presidentes electos más que de las instituciones democráticas, tal como se definen en sus artículos 3 y 4, pues su aplicación se ha ignorado cuando es el Poder Ejecutivo el agente de los atentados contra la democracia.

iii. La Unión Africana y la democracia

La UA, por su parte, ha adoptado la Carta Africana de la Democracia, las Elecciones y la Gobernanza (CADEG)⁵⁵, mediante la cual “los Estados Partes asumen el compromiso de promover la democracia, el principio del Estado de Derecho y los derechos humanos” (art. 4(1)). Esta es la única convención internacional regional cuyo propósito es establecer un régimen de cooperación internacional para la promoción y defensa de la democracia. Tiene, pues, plena fuerza obligatoria. Es, además, teóricamente el instrumento más avanzado en sus dispositivos.

La CADEG define los principios que constituyen su marco de referencia (art. 3):

1. El respeto a los derechos humanos y a los principios democráticos.
2. El acceso al poder y su ejercicio, de conformidad con la Constitución del Estado y al principio del Estado de Derecho.

55 En Adís Abeba, Etiopía, el 30 de enero de 2007. La Carta entró en vigor el 12 de febrero de 2012, tras el depósito del decimo quinto instrumento de ratificación por Camerún.

3. La promoción de un sistema de gobierno representativo.
4. La celebración regular de elecciones transparentes, libres y justas.
5. La separación de poderes.
6. La promoción de la igualdad de género en las instituciones públicas y privadas.
7. La participación efectiva de los ciudadanos en los procesos democráticos y de desarrollo y en la gestión de los asuntos públicos.
8. La transparencia y la justicia en la gestión de los asuntos públicos.
9. La condena y la represión de los actos de corrupción, de las infracciones conexas y de la impunidad que con ellas se relaciona.
10. El rechazo y la condena de los cambios de gobierno inconstitucionales.
11. El refuerzo del pluralismo político, en especial por el reconocimiento del papel así como de los derechos y obligaciones de los partidos políticos legalmente constituidos, comprendidos los partidos políticos de oposición, que deben contar con un estatus bajo la ley nacional.

La CADEG establece un compromiso explícito de los Estados parte de “promover la democracia, el principio del Estado de Derecho y los derechos humanos”, y proclama “la participación popular a través del sufragio universal como un derecho inalienable de los pueblos” (art. 4).

La CADEG obliga a los Estados parte a adoptar ciertas medidas de carácter interno para la defensa de la democracia (art. 14), como lo son el control de las fuerzas armadas y de seguridad por el poder civil y el enjuiciamiento para quienes hayan derrocado un gobierno democráticamente elegido por medios inconstitucionales, así como a aquellos que lo hayan intentado. También enuncia situaciones que deben considerarse casos de cambio anticonstitucional de gobierno (art. 23), en especial, el golpe de estado, la intervención de mercenarios para derrocar un gobierno democráticamente electo o el reemplazo de éste por rebeldes o disidentes armados, la negativa del gobierno a entregar el poder al candidato o partido ganador de las elecciones, así como toda reforma constitucional o legal que atente contra el principio de alternabilidad democrática.

Con respecto a las sanciones por los atentados contra la democracia, art. 25), cabe destacar, en primer lugar, que ellas comprenden, pero no se limitan, a la suspensión del Estado concernido, pues muchas de ellas están orientadas hacia los perpetradores de esos atentados, como prohibirles participar en las elecciones organizadas por la restitución democrática ni en puestos de responsabilidad en sus Estados, someterlos a ser juzgados por las cortes competentes de la UA, denegarles asilo, juzgarlos o extraditarlos u otras sanciones que se acuerden, incluidas medidas económicas punitivas. Otra particularidad, es que el órgano encargado de conocer de los atentados contra la democracia y de hacer lo necesario para restablecerla es el Consejo de Paz y de Seguridad de la Unión Africana, establecido por el Protocolo sobre la Creación del Consejo de Paz y de Seguridad de la Unión Africana.

4. Justicia social y derechos humanos: la liberación de la pobreza crítica

La justicia social es una herramienta para la liberación de la opresión que dimana de la pobreza extrema y de la exclusión. Al igual que la autodeterminación, el Estado de Derecho y la democracia, su privación inhabilita al cuerpo social en su conjunto como entorno propicio para la plenitud de los derechos humanos. A propósito de la pobreza extrema generalizada, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha reconocido que “la absoluta pobreza generalizada impide el ejercicio pleno y efectivo de los derechos humanos y debilita la democracia y la participación popular”⁵⁶.

El tema de la pobreza, y muy en particular el de la pobreza crítica, es indisoluble de los derechos humanos⁵⁷, que imperativamente deben ser el eje de un enfoque integral del problema. La estupenda elaboración conceptual sobre los derechos humanos que se ha venido construyendo entre luchas sociales, sustento doctrinario filosófico, jurídico y político y una destacada participación de la comunidad internacional, pierde consistencia cuando se confronta con la realidad de centenares de millones de miserables, de excluidos que ignoran incluso que

56 *Los derechos humanos y la extrema pobreza*, Res. A/RES/61/157, 19 de diciembre de 2006, párr. 4.

57 Cf. Nikken, P., “La pobreza en la perspectiva de los derechos humanos y de la democracia”, en: Caetano, G., y R. Cuéllar (coords.), *¿Quién responde por los derechos humanos de las poblaciones más pobres de América Latina y el Caribe? Democracia y desigualdad (2007-2011)*. IIDH, San José, 2012, págs. 157-208; Decaux, E., y A. Yotopoulos-Marangopoulos (dirs.), *La pauvreté: un défi pour les droits de l’homme*. Éditions A. Pedone, París, 2009; Pogge, T., *World Poverty and Human Rights*, Second Edition. Polity Press, Cambridge, 2008; Pogge, T. (ed.), *Freedom from Poverty as a Human Right. Who owes what to the very poor?* UNESCO/Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2007.

tienen derechos inherentes a su dignidad. Como elocuentemente lo afirmó Imbert hace ya un cuarto de siglo, “el objetivo es contribuir a que los derechos de los pobres dejen de ser pobres derechos”⁵⁸.

La pobreza crítica, como expresión acuciante de la injusticia social, es una fuente notoria de opresión y de violaciones múltiples a los derechos humanos, que atenta a menudo también contra la democracia y el Estado de Derecho e impide una garantía satisfactoria y un grado razonable de goce efectivo de los derechos humanos por el cuerpo social en su conjunto y de cada uno de sus componentes individuales (a). Sin embargo, el enfoque de derechos humanos para los temas de pobreza e injusticia social sólo ha sido aceptado recientemente por la comunidad internacional, que ha mostrado más de una vacilación al respecto (b). Me referiré a estos dos grupos de consideraciones sucesivamente.

a. Pobreza, justicia social, democracia y derechos humanos

i. La pobreza

El fenómeno de la pobreza no es novedoso sino una presencia persistente en la historia. Tampoco es exclusivo de los países débiles o pobres, puesto que grandes potencias mundiales y países comúnmente aceptados como ricos o desarrollados alojan grupos o minorías que la padecen. La pobreza es un componente estructural de la humanidad en su organización social actual. No es un fenómeno natural, pues nadie es pobre por naturaleza, pero sí tiende a ser hereditario, dado que la mayor parte de los

58 Imbert, P.H., “Réflexions sur les droits *économiques*, sociaux et culturels”, *Revue de droit public*, Paris 1989, pág. 739.

pobres que existen sobre la tierra nacieron con esa condición y las perspectivas que les ha ofrecido la sociedad para salir de ella son tan magras que, con la mayor probabilidad, sus hijos también será pobres durante toda su vida.

El vínculo entre pobreza y derechos humanos no se agota en la circunstancia negativa de que la primera se revela al igual como una causa y como consecuencia de múltiples violaciones de estos derechos. También puede encontrarse entre ellos un nexo positivo, puesto que la realización de todos los derechos humanos es una meta que coincide con la de los esfuerzos para erradicar la extrema pobreza y, además, porque la normativa nacional e internacional sobre derechos humanos es un componente esencial del marco jurídico para el combate contra la pobreza.

La pobreza abate todos los derechos humanos y no sólo los económicos sociales y culturales; pero sin alcanzar un nivel mínimo de satisfacción de éstos, es imposible que los pobres dejen de ser pobres. Se trata de un fenómeno multidimensional y complejo, que erosiona todos los derechos humanos y degrada la dignidad humana.

Su definición no es fácil, pues afecta todos los aspectos de la vida y no sólo el económico. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha mostrado su inconformidad con las definiciones de la pobreza determinadas únicamente por la insuficiencia de ingresos mínimos (de uno o dos dólares de los Estados Unidos, por ejemplo) y su preferencia por enunciados más amplios, referidos a la capacidad básica de vivir con dignidad, lo que incluye el hambre, una educación deficiente, la discriminación, la vulnerabilidad y la exclusión social⁵⁹. En

59 Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre la pobreza y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

el marco de la Carta Internacional de Derechos Humanos, debe entenderse “como una condición humana que se caracteriza por la privación continua o crónica de los recursos, la capacidad, las opciones, la seguridad y el poder necesarios para disfrutar de un nivel de vida adecuado y de otros derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales”^{60/61}.

Por su lado, los Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos, adoptados por consenso por el Consejo de Derechos Humanos el 27 de septiembre de 2012, definen la extrema pobreza como “una combinación de escasez de ingresos, falta de desarrollo humano y exclusión social⁶² en que una falta prolongada de seguridad básica afecta a varios ámbitos de la existencia al mismo tiempo, comprometiendo gravemente las posibilidades de las personas de ejercer o recobrar sus derechos en un futuro previsible”⁶³.

En sus conclusiones en la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social de Copenhague (1995), Nelson Mandela afirmó que la pobreza crítica es una nueva faz de la esclavitud y del *apartheid*, y en verdad esta afirmación encuentra sustento. Años más tarde afirmó:

Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social 2002, Suplemento No. 2 [E/2002/22-E/C.12/2001/17], anexo VII, párr. 7.

60 Ibidem, párr. 8.

61 A/HRC/2/2 A/. HRC/Sub.1/58/36, 11 de septiembre de 2006.

62 Ese concepto puede encontrarse en el informe presentado por el entonces Experto independiente de las Naciones Unidas sobre la cuestión de los derechos humanos y la extrema pobreza, Sr. Arjun Sengupta: *Los derechos humanos y la extrema pobreza*, E/CN.4/2006/43, 2 de marzo de 2006, párr. 58.

63 La última parte de esta definición parece originarse en el *Informe final sobre los derechos humanos y la extrema pobreza presentado por el Relator Especial, Sr. Leandro Despouy* del 28 de junio de 1996. E/CN.4/Sub.2/1996/13, en especial, anexo III.

Como la esclavitud y el apartheid, la pobreza no es natural. Es obra del hombre y puede ser superada y erradicada por las acciones de los seres humanos.

Y la superación de la pobreza no es un gesto de caridad. Es un acto de justicia. Es la protección de un derecho humano fundamental, el derecho a la dignidad y una vida decente.

Mientras la pobreza persista, no hay verdadera libertad⁶⁴.

Esta aproximación fue desarrollada en el antes Informe Final sobre los Derechos Humanos y la Extrema Pobreza, presentado por el entonces el Relator Especial, Sr. Leandro Despouy, en 1996, y amerita una especial consideración⁶⁵. La pobreza crítica, como la esclavitud y el *apartheid*, es una causa de opresión que no encuentra fundamento en la naturaleza humana sino que viene impuesta a sectores de la población desde su nacimiento como consecuencia de determinado orden social. En segundo lugar, la pobreza crítica, al igual que la esclavitud y el *apartheid*, se caracteriza por segregar a un sector relevante de la sociedad, especialmente débil y vulnerable, que queda fácilmente expuesto a formas de opresión vinculadas con su utilización abusiva para satisfacer necesidades e intereses que les son ajenos, sin compensación razonable.

64 Discurso en Trafalgar Square, el 3 de febrero de 2005: "Like slavery and apartheid, poverty is not natural. It is man-made and it can be overcome and eradicated by the actions of human beings. And overcoming poverty is not a gesture of charity. It is an act of justice. It is the protection of a fundamental human right, the right to dignity and a decent life. While poverty persists, there is no true freedom".

65 *Informe final sobre los derechos humanos y la extrema pobreza presentado por el Relator Especial, Sr. Leandro Despouy...* párrs. 186-188. Cf. Gerhard, O., "Apartheid-Slavery-Extreme poverty. The Despouy Report". *Revue Quart Monde*, No. 162, Extreme Poverty, The New Face of Apartheid, Année 1997. En la misma publicación, De Vos Van Steenwijk, A.A., "Les hommes qui unissent".

Como acertadamente lo apuntó Nino, la opresión encuentra su fuente a menudo en “la práctica de muchos de utilizar a sus congéneres como otro tipo de recursos, sea para asegurar su propio bienestar, sea para materializar una visión peculiar del bien absoluto”⁶⁶. Se trata de formas abusivas de utilitarismo de otros seres humanos, que encuentra el mejor caldo de cultivo en la existencia de grupos de seres humanos expuestos a la mayor vulnerabilidad, que carecen de todo, incluso de ciudadanía efectiva, desde su nacimiento, y que son insumo natural para la opresión causada por la explotación.

La esclavitud y el *apartheid*, sin embargo, fueron y son objeto de deslegitimación por la comunidad internacional y numerosas convenciones se han suscrito para asegurar su abolición. La opresión que tiene su origen en la pobreza, en cambio, no es considerada por un sector relevante de la comunidad internacional (la mayor parte de los países ricos) como un tema jurídico, y mucho menos como una cuestión de derechos humanos. Este cuadro general de desprecio a la dignidad de centenares de millones de seres humanos es criminal y no admite más postergación en su atención y verdadera solución. Como lo expresó el Papa Francisco en el primer documento de su pontificado, “la necesidad de resolver las causas estructurales de la pobreza no puede esperar, no sólo por una exigencia pragmática de obtener resultados y de ordenar la sociedad, sino para sanarla de una enfermedad que la vuelve frágil e indigna y que sólo podrá llevarla a nuevas crisis”⁶⁷.

66 Nino, C.S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, segunda edición ampliada y revisada. Editorial ASTREA, Buenos Aires, 1989, pág. 1.

67 *Exhortación Apostólica Evangelii Gaudium*, párr. 202.

ii. La justicia social

La justicia social determina que los miembros del cuerpo social pueden vivir e interactuar de manera congruente con la dignidad de la persona humana. La justicia social es una cuestión de derechos humanos⁶⁸, **en un sentido positivo**. En primer lugar, porque implica que el Estado debe organizarse para proteger, respetar, satisfacer y garantizar todos los derechos humanos. En segundo lugar, porque se requiere que toda persona tenga acceso no sólo virtual sino real a los bienes individuales y sociales que están contenidos en los derechos humanos, en particular la vida, libertad, seguridad, acceso a la justicia, participación en los asuntos públicos, el trabajo y un nivel de vida decente, que incluye los niveles mínimos de educación, salud, etc. Tercero, porque implica que el Estado se organice para proteger y defender a todas las personas que sufren violaciones de derechos humanos. En este sentido, la justicia social es más que una distribución equitativa de la riqueza y una cuestión de política y de gasto público. Es una cuestión de organización del Estado y de la sociedad para preservar, dentro de los valores de la democracia, los atributos de la dignidad humana, cuya expresión jurídica son los derechos humanos.

Desde otra perspectiva, entendida **en sentido negativo**, la justicia social también genera consecuencias en materia de derechos humanos. La **injusticia social**, en cuanto acarrea y comprende la exclusión, la pobreza crítica y la privación de bienes sociales fundamentales, implica violaciones de los derechos humanos, que pueden ser de la máxima gravedad.

68 Cf., en general, Burgogue Larsen, L. (dir.), *La justice sociale saisie par les juges d'Europe*. Éditions Pedone, Paris, 2013; Supiot, A., *L'esprit de Philadelphie: la justice sociale face au marché total*. Éditions du Seuil, Paris, 2010; Lintel, I., A. Buyse y B. Mcgonigel Leyh (eds), *Defending Human Rights: Tools for Social Justice. Volume in honour of Fried van Hoof in his valedictory lecture and the 30th anniversary of the Netherlands Institute of Human Rights*. Intersentia, Cambridge/Antwerp/Portland, 2012.

Una particularidad de los instrumentos fundamentales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos es que establecen un vínculo entre la justicia social y los derechos humanos, cuya importancia no ha sido nunca objeto de examen por la doctrina ni por la práctica de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, como órganos del mismo Sistema. Los preámbulos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo de San Salvador y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, reafirman el propósito de las Estados parte “de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de **justicia social**, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre” (énfasis agregado). Una afirmación idéntica se encuentra en el Preámbulo de la Carta de la OEA, mientras la Carta Democrática Interamericana asevera que “los valores y principios de libertad, igualdad y **justicia social** [...] son intrínsecos a la democracia” (Preámbulo, énfasis agregado). La jurisprudencia de la Corte y de la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos no ha extraído consecuencias de estas menciones, al menos de manera explícita, pero ellas ofrecen un potencial importante para un enfoque de derechos humanos para la pobreza.

Una sociedad minada por la injusticia social, como ocurre con aquéllas donde existe un volumen exorbitante de pobreza crítica, es una sociedad oprimida cuya liberación se traduce en la conquista de la justicia social, es decir, de la organización de la sociedad de una manera justa, donde sus integrantes pueden vivir e interactuar de manera consistente con la dignidad de la persona humana.

En cuanto a la determinación del volumen crítico de injusticia social o de pobreza necesario para contaminar a la sociedad en su conjunto, me parece apropiado, nuevamente, el

recurso a la vieja fórmula empleada por la extinta Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a la Minorías de la ONU, es decir, un grado de injusticia social que **revele un cuadro persistente de violaciones graves, manifiestas y fehacientemente comprobadas de los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales**. En cuanto a éstos últimos, recordamos que el Comité de DESC ha subrayado que los Estados tienen a su cargo la obligación mínima e inmediatamente exigible, y no condicionada a la existencia de recursos disponibles, “de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos”⁶⁹.

iii. La democracia

Desde otro ángulo, la democracia representativa, entendida incluso en su versión minimalista como mero procedimiento para elegir libremente al gobierno, sufre un descalabro como entorno apropiado para el florecimiento de los derechos humanos cuando la pobreza crítica alcanza un umbral relevante en la sociedad, al punto que se desvirtúa como presupuesto de los derechos humanos. Otro tanto puede decirse del Estado de Derecho, incluso si se lo entiende desprovisto de todo componente social.

No cabe hablar con rigor de democracia o de una sociedad democrática si en ella impera la pobreza crítica, la cual, por definición, excluye a los pobres de la participación real en la gestión de los asuntos públicos y del goce de los beneficios de la participación política. Ni tan siquiera en el plano meramente instrumental o procesal, las herramientas de la democracia logran configurar una representación popular que incluya a todos, que se traduzca en la representación de todas las capas

69 Comité DESC, *Observación General No. 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*. E/1991/23, 1990, párr. 10.

de la sociedad. Adicionalmente, un concepto de democracia limitado a lo instrumental, a la definición y aplicación de reglas de juego abstractamente idóneas para definir electoralmente el ejercicio del gobierno, puede pervertirse gravemente si renuncia a vincularse estrechamente con los fines del Estado y con la resultante económico-social de las políticas públicas. La democracia no puede reducirse a una cuestión procesal, a un mecanismo de tomar el poder mediante el voto y a organizar formalmente el ejercicio del poder público conforme a reglas de legítima representatividad, pero donde se tiene por dogma que el potencial de cada individuo basta para salvaguardar su dignidad en todas las contiendas que se ventilan dentro del marco formal de la ley, donde se presume de manera irrefragable que la capacidad de superación individual es el antídoto contra todas las desigualdades, de modo que no hay injusticia posible siempre que gane el mejor.

La democracia que no combate con eficacia la exclusión y la pobreza se niega a sí misma. ¿Qué existencia real tiene la democracia en una sociedad oprimida por la pobreza crítica? ¿Qué efectividad real tiene el derecho a elegir y a ser elegido, o a participar en los asuntos públicos directamente? ¿Cómo ejercen los excluidos el derecho de asociación? ¿Por qué medios pueden difundir información, ideas o su propio pensamiento?

Para que el *dictum* de Lincoln, que identificó la democracia como el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo, sea una realidad social y política y no una quimera poética, es indispensable erradicar la exclusión masiva que la pobreza crítica acarrea. Un sistema político, como lo es la democracia, no puede desentenderse de los fines del Estado moderno, no puede desentenderse de un compromiso ontológico con el bien común, y la erradicación de la pobreza crítica en una sociedad

que la padece es un imperativo apremiante del bien común⁷⁰. Adicionalmente, la frustración de las esperanzas de los millones de seres humanos que padecen pobreza crítica sobre lo que hará el gobierno representativo para erradicar ese flagelo, rompe el vínculo de la representatividad efectiva y destruye el compromiso colectivo con las instituciones democráticas, creando el caldo de cultivo para su abolición con la aprobación mayoritaria del pueblo pobre.

El Estado de Derecho no sale mejor parado al contrastarlo con la realidad de la pobreza crítica. El Estado es el garante de los derechos humanos y éstos tienen, por lo tanto, una vocación universalizante con respecto a todas las actuaciones del Estado. Son al mismo tiempo límites y lineamientos para el ejercicio del poder público. Por eso choca que se pretenda discernir entre derechos de primera y derechos de segunda a la hora de juzgar el cumplimiento de los deberes y las funciones del Estado con respecto a los derechos humanos, a **todos** los derechos humanos. También luce como un espejismo, y casi como una frivolidad, la noción de imperio de la ley y de Estado garante de los derechos humanos para quien está tan excluido del ámbito del Estado, que ni siquiera sabe que tiene derechos.

iv. Los derechos humanos

El enfoque de derechos humanos para la pobreza no es un tema teórico, meramente reivindicativo o intrascendente. **La mayor forma de opresión de nuestro tiempo es la pobreza extrema.** La pobreza es hoy, por lo mismo, el reto más importante para

70 La Corte Suprema de Canadá, por ejemplo, en su decisión sobre la secesión de Quebec, afirmó que “Democracy is not simply concerned with the process of government. On the contrary, [...] democracy is fundamentally connected to substantive goals”. Supreme Court of Canada, *Reference Re Secession of Quebec*, 20 de agosto de 1998, párr. 64.

los derechos humanos y “el mayor desafío al que hace frente el mundo en la actualidad”, según lo ha reconocido la Asamblea General de las Naciones Unidas⁷¹.

Como garante último de los derechos humanos, el Estado está naturalmente llamado a responder por las violaciones a los derechos humanos ocurridas dentro de su jurisdicción. Asimismo, lo que está en juego no son meras aspiraciones de los pobres sino **derechos humanos**. ¿Puede afirmarse la existencia de un derecho individual a no ser pobre? Me inclino por una respuesta negativa, como lo sería si la pregunta estuviera referida a un derecho individual a vivir en un Estado soberano y no en un territorio colonial, o un derecho individual a vivir en democracia o bajo un Estado de Derecho. Tampoco es evidente que, en todos esos casos, exista un derecho individual a la autodeterminación, la democracia o el Estado de Derecho, pero es claro que la privación de esos entornos impide, así sea virtualmente, la garantía satisfactoria y el razonable goce efectivo de los derechos humanos, tanto por el cuerpo social en su conjunto como por cada uno de sus componentes individuales, incluso aquéllos que no sufren violaciones concretas en sus derechos humanos por obra del colonialismo, la tiranía o la arbitrariedad.

La democracia y el Estado de Derecho (aun en su concepto original o tradicional), por su parte, no son fórmulas acabadas, que se conquistan por el solo hecho de elegir el gobierno o tener un régimen constitucional formal que consagre la separación de poderes, el principio de legalidad, la supremacía de la Constitución y la garantía de los derechos humanos. Democracia y Estado de Derecho están sujetos al deterioro hasta llegar a ser fachadas de regímenes antidemocráticos o arbitrarios. La determinación del grado crítico de ese deterioro es una cuestión

71 Cf., por ejemplo, Resolución A/RES/60/209, 17 de marzo de 2006, párr. 2.

de *quantum*, hasta el punto en que los factores negativos suman una masa crítica que desvirtúa la democracia o el Estado de Derecho y que no es fácil definir *a priori*, sino en cada caso.

Algo parecido ocurre con la justicia social o, si se quiere, con la injusticia social. Cuando la injusticia social alcanza un volumen crítico, en cuya determinación la masa de pobreza extrema es determinante, el cuerpo social en su conjunto queda afectado por la patología de la opresión, la desigualdad y la discriminación. Al mismo título que la autodeterminación, que la democracia y el Estado de Derecho (establecido plenamente o con un promedio aceptable de vigencia de sus componentes esenciales), la justicia social, en un nivel mínimo compatible con la dignidad humana, es presupuesto o condición sin el cual no es virtualmente posible la garantía satisfactoria ni el razonable goce efectivo de los derechos humanos, tanto por el cuerpo social en su conjunto como por cada uno de sus componentes individuales, incluso aquéllos que no sufren violaciones concretas en sus derechos humanos por obra de la injusticia social.

La liberación de la pobreza no agota en ese punto su vínculo con los derechos humanos. En una dimensión individual, puede afirmarse **un derecho a la oportunidad de salir de la pobreza en condiciones de igualdad y no discriminación, e igualmente un derecho a ser protegido contra las consecuencias de la pobreza sobre los derechos humanos**. No se trata, es verdad, de nuevos derechos, sino de expresiones particulares de derechos universales cuyo efectivo goce se deniega a los más pobres. Como lo ha afirmado Emmanuel Decaux, “no se trata de inventar nuevos derechos para los pobres, sino de hacer verdaderamente efectivos para todos los derechos proclamados

en los grandes textos”⁷². Tampoco se trata de reconocer privilegios, de promover discriminación positiva o políticas asistenciales a menudo contagiadas de clientelismo político. El objeto de la acción de los Estados no ha de ser el de tratar a los pobres como un **objeto de medidas** de ayuda, de socorro y de control, sino como **sujetos de derecho** que, con su participación y su propio esfuerzo, encuentren la oportunidad de salir de la exclusión y ser ciudadanos a parte entera.

Si el tema de principios es claro, el práctico dista de serlo. Los derechos humanos vulnerados por la pobreza son bienes que han ocupado la atención de la comunidad internacional organizada y de la sociedad civil por más de medio siglo. Existen mecanismos de protección que no han logrado dar su respuesta al flagelo de la pobreza. La **garantía** requerida para que esos atributos sean verdaderamente salvaguardados, implica la determinación de la **responsabilidad** en sentido jurídico, que en el caso de los derechos humanos y sus violaciones corresponde a los Estados. Esta ha sido, sin duda, una de las razones por las cuales los gobiernos han ofrecido resistencia para aceptar un enfoque de derechos humanos para la pobreza. Me ocupo del tema de inmediato.

b. La pobreza en los sistemas internacionales de derechos humanos

i. Antecedentes

La vinculación necesaria e inexcusable entre pobreza y derechos humanos se ha revelado incómoda para los gobiernos. Teniendo presente el volumen de opresión contra la persona

72 Decaux, E., “Les droits des pauvres: une pierre blanche sur un long chemin”, *Revue des droits fondamentaux* No. 5, París, enero-diciembre de 2005.

humana que la pobreza entraña y la función ontológica de los derechos humanos como herramienta para la liberación de la opresión, es repudiable la resistencia que han ofrecido los Estados para reconocer la pobreza como una causa de violación masiva de los derechos humanos. Durante varios años, los órganos y expertos de las Naciones Unidas insistieron en que, para acometer el combate contra la pobreza, es imperativo un enfoque de derechos humanos, pero los Estados, vale decir, los gobiernos, en su conjunto, ofrecieron tenaz resistencia a aceptar ese enfoque. Según lo informó a la Asamblea General de las Naciones Unidas el entonces Relator Espacial, Sr. Sengupta, “aunque la comunidad internacional de derechos humanos ha intentado en muchas ocasiones invocar estas fuentes del Derecho Internacional para obtener el reconocimiento de los derechos y sus correspondientes obligaciones, especialmente los relativos a la eliminación de las condiciones de pobreza en el mundo, **la mayoría de los gobiernos no lo han considerado aceptable**”⁷³.

Los gobiernos, en cambio, estuvieron dispuestos a aceptar declaraciones en las que se exprese que “la extrema pobreza y la exclusión social constituyen una violación de la dignidad humana”⁷⁴, o que “las personas que viven en la extrema pobreza **tienen derecho a disfrutar plenamente de todos los derechos humanos**, incluido el de participar en la adopción de las decisiones que les conciernen y contribuir al bienestar de su familia, su comunidad y la humanidad”⁷⁵ (énfasis añadido). Lo que no estuvieron dispuestos a suscribir es que la pobreza constituye un marco de privación y violación múltiple y continua

73 Sengupta A., *Los derechos humanos y la extrema pobreza...* párr. 47.

74 Proyecto de principios rectores “Extrema pobreza y derechos humanos: los derechos de los pobres”, A/HRC/2/2-A/HRC/Sub.1/58/36, 11 de septiembre de 2006, **párr. 2**.

75 *Ibidem*, párr. 4.

de los derechos humanos de quienes la padecen. No dejaba de ser una ironía que se reconociera que se viola la dignidad de los pobres pero no sus derechos, cuando un componente cardinal de la esencia de los derechos humanos es que son inherentes a la dignidad de la persona humana. Afirmar que la dignidad de la persona ha sido violada y no admitir que los derechos humanos aparejados a esa dignidad han sido vulnerados lo que implicaba, en el fondo, era pretender que las lesiones a la dignidad humana que derivan de la pobreza crítica son una materia ajena a las obligaciones del Estado como garante de los derechos humanos. Esto supone una contradicción flagrante con el fin del Estado como guardián del bien común, obligado como tal a proteger a los débiles frente a toda vulneración de su dignidad que obedezca a la debilidad de la víctima por su posición en la sociedad o en el Estado. Peor aún, adicionalmente se afirmaba, como una suerte de concesión de suyo inaceptable, que los pobres tienen derecho a disfrutar de todos los derechos humanos. ¡Cómo si pudieran no tenerlo! El tema no es el del reconocimiento de los derechos humanos de los pobres, que es un hecho adquirido para todo ser humano desde hace más de dos siglos. El problema es el de la efectividad y no el de la virtualidad de los derechos humanos. Del ejercicio tangible y no de la titularidad formal, que por sí misma, no es un escudo frente al ultraje a la dignidad de la persona humana y de sus atributos, implicado en la pobreza extrema⁷⁶.

Pero el debate orientado por las Naciones Unidas⁷⁷ no ha sido estéril. La Subcomisión de Promoción y Protección de los

76 Cf. *Informe final sobre los derechos humanos y la extrema pobreza presentado por el Relator Especial, Sr. Leandro Despouy...* párr. 176.

77 En particular, por la Alta Comisionada de Derechos Humanos y por los Relatores Especiales sobre Pobreza, Sr. Sengupta y Sra. Sepúlveda, sin olvidar la contribución inicial del Sr. Despouy, que determinó los parámetros del debate subsiguiente.

Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó, el 24 de agosto 2006, el Proyecto de Principios Rectores sobre Extrema Pobreza y Derechos Humanos: los Derechos de los Pobres⁷⁸. Ese proyecto mantuvo, en lo esencial, el léxico aludido de la Asamblea General y se refería varias veces a las “violaciones a la dignidad humana” acarreadas por la pobreza⁷⁹.

El Preámbulo del Proyecto sugería un enfoque de derechos humanos, cuando en dos ocasiones afirma que la pobreza extrema “constituye una negación de los derechos humanos”; también se agrega en el Preámbulo que “en ciertas situaciones puede constituir una amenaza para el derecho a la vida”. Sin embargo, estas últimas expresiones también revelan cómo se evitaba utilizar la conocida terminología jurídica que llama por su nombre a las **violaciones** de los derechos humanos, sin refugiarse tras el burladero de la ambigüedad determinado por las **negaciones** o las **amenazas** a los derechos humanos⁸⁰.

78 A/HRC/2/2 A/. HRC/Sub.1/58/36 de 11 de septiembre de 2006. El Proyecto fue preparado por un Grupo de Expertos *ad hoc*, está integrado por la Sra. Iulia Antoanella Motoc (Rumania) por Europa oriental, el Sr. José Bengoa (Coordinador) (Chile) por América Latina, el Sr. Emmanuel Decaux (Francia) por Europa occidental, el Sr. El-Hadji Guissé (Senegal) por África, y el Sr. Yozo Yokota (Japón) por Asia.

79 Por ejemplo, el párrafo 3 del Proyecto de Principios Rectores expresa: “**La extrema pobreza y la exclusión social constituyen una violación de la dignidad humana**, por lo que se debe dar prioridad a la adopción de medidas en los planos nacional e internacional para eliminarlas” (énfasis añadido).

80 El Comité de DESC ya había mostrado una cautela parecida en su ya aludida Declaración de 2001, en la que afirma que la pobreza es una “negación de los derechos humanos” (párr. 1) y que las estadísticas sobre la pobreza “denotan violaciones masivas y sistemáticas de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño y otros instrumentos internacionales de derechos humanos” (párr. 4). Sin embargo, la Declaración se cuidó de afirmar que la pobreza es una violación de los derechos humanos.

Las expresiones que califican la pobreza como una “amenaza” o una “negación” de los derechos humanos o una “ofensa a la dignidad humana” no agregan mucho, conceptualmente, sobre las consecuencias jurídicas de la pobreza. Nadie puede discutir, por más que no lo dijera ninguna declaración internacional que **la extrema pobreza y la exclusión social** ofenden la “dignidad humana”; ni que los pobres tienen derechos humanos y el derecho a disfrutarlos. Tampoco que la pobreza extrema sea una negación de los derechos humanos y a menudo una “amenaza” (y mucho más que una amenaza, por cierto), contra la vida misma de quienes la padecen.

El Proyecto de Principios Rectores aprobado en 2006 mantenía, pues, ambigüedades, seguramente impuestas por los límites de lo que los Estados estaban dispuestos a aceptar, pero tuvo gran mérito y marcó el inicio de una inflexión histórica. En primer lugar, fue un punto de partida para un enfoque de derechos humanos para el tema de la pobreza, sobre el cual aún no se habían alcanzado niveles aceptables de consenso. En segundo lugar, implicaba expresamente a los dos Pactos fundamentales de Naciones Unidas con los derechos de las personas que viven en extrema pobreza. En tercer lugar, abordaba de manera sistemática el tema de la discriminación y la estigmatización de quienes padecen la pobreza extrema. En cuarto lugar, contenía referencia a ciertos temas críticos, como el derecho de participación de los pobres en los programas contra la pobreza; la situación especial de la pobreza como forma de estigmatización y discriminación; el derecho a la identidad; el derecho a formar y mantener una familia; el derecho de los pobres a medidas especiales destinadas a proteger su vida e integridad frente a la violencia que se ejerce contra ellos y los abusos de policías y otros agentes del Estado; la dignidad, la vida privada,

la integridad, el honor y la reputación de los pobres; el derecho a la alimentación, a la salud, al agua potable, a la vivienda, a la educación y a la cultura, al trabajo, a la justicia, etc.

ii. Los Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos

El debate que siguió al Proyecto, bajo la dirección de la Relatora Especial, Sra. Magdalena Sepúlveda, y de la Alta Comisionada de Derechos Humanos, condujo a la adopción por consenso en el Consejo de Derechos Humanos, el 27 de septiembre de 2012, de los Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos⁸¹. Como lo manifestó la Relatora Especial al presentar el proyecto definitivo al Consejo de Derechos Humanos, los Principios Rectores proporcionan “una orientación práctica sobre el modo de hacer operativas las obligaciones de los Estados en relación con el respeto, la protección y el cumplimiento de los derechos de las personas que viven en la extrema pobreza, un sector de la población general con frecuencia olvidado y, en cierta medida, invisible”⁸².

• Un enfoque de derechos humanos

Los Principios Rectores expresan con claridad un enfoque de derechos humanos para la pobreza:

81 Resolución 21/11, A/HRC/21/L.20, 27 de septiembre de 2012.

82 Informe de la Experta independiente encargada de la cuestión de los derechos humanos y la extrema pobreza, Magdalena Sepúlveda Carmona, sobre el proyecto de principios rectores sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, A/HRC/15/41, 6 de agosto de 2010, párr. 9.

- Declaran sin ambigüedad que se trata de un tema de derechos humanos: “La pobreza es en sí misma un problema de derechos humanos urgente. A la vez causa y consecuencia de violaciones de los derechos humanos, es una condición que conduce a otras violaciones” (párr. 3).
- Orientan la definición de la naturaleza jurídica del tema: “erradicar la extrema pobreza es no solo un deber moral, sino también una obligación jurídica en el marco de la normativa internacional de derechos humanos vigente” (párr. 1).
- Reconocen que el combate contra la pobreza se enmarca dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: “La puesta en práctica de los Principios Rectores debe considerarse, pues, como parte de las obligaciones que tienen los Estados en virtud del derecho internacional” (párr. 13). Los Estados son, por lo tanto, quienes están obligados a respetar, proteger, satisfacer y garantizar los derechos humanos. La Relatora Especial, en el Informe con el cual consignó el proyecto final de Principios Rectores ante el Consejo de Derechos Humanos, definió la clase de obligaciones a cargo de los Estados, sobre la base de conceptos establecidos por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁸³ y propuestos hace ya tiempo en la doctrina⁸⁴. Según esto, las obligaciones de los Estados de cara a los derechos

83 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 12, párr. 15. El mismo concepto fue reiterado en las Observaciones Generales números 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 21.

84 Cf. Van Hoof, F., “The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views”, en: Alston, P., y K. Tomasevski (eds.), *The Right to Food*. Utrecht, 1984, También Shue, H., *Basic Rights: Subsistence, Affluence and US Foreign Policy*. Princeton University Press, Princeton, Nueva Jersey, 1996.

humanos a los que se refieren los Principios Rectores, comprenden los deberes de **respetar**, **proteger** y **cumplir**. La obligación de **respetar** requiere que los Estados se abstengan inmediatamente de actuar de forma tal que se genere o exacerbe la extrema pobreza. La obligación de **proteger** impone a los Estados el deber de prevenir las violaciones de los derechos humanos de las personas que viven en la extrema pobreza mediante la regulación de la actividad de los actores no estatales, en orden a preservar esos derechos humanos frente acciones u omisiones de terceras partes que puedan amenazarlos o violarlos. La obligación de **cumplir** requiere que los Estados realicen acciones positivas para facilitar el disfrute de los derechos humanos, incluyendo la creación de mecanismos institucionales para evitar las violaciones de los derechos humanos⁸⁵.

- **Ciertos principios esenciales**

Los Principios Rectores definen asimismo, los principios esenciales en un enfoque basado en los derechos humanos que deben proporcionar las bases para la elaboración y aplicación de todas las políticas públicas relacionadas con la reducción de la pobreza o que afecten a las personas que viven en la pobreza:

85 Informe de la Experta independiente encargada de la cuestión de los derechos humanos y la extrema pobreza... párr. 16. En lo personal, me inclino por una clasificación tetrapartita de esas obligaciones: respetar, proteger, satisfacer y garantizar, pero es cuestión de matices. Cf. Nikken, P., “La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales”, Revista IIDH, No. 52. IIDH, San José, 2010, págs. 129-132.

- El respeto de la dignidad inherente de las personas que viven en la pobreza debe ser la base de todas las políticas públicas (párr. 15).
- La extrema pobreza es una clara ilustración de la indivisibilidad, relación mutua e interdependencia de los derechos humanos, ya que las personas que viven en la pobreza se ven enfrentadas a diario a violaciones de sus derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, que interactúan entre sí y se refuerzan mutuamente, con efectos devastadores (párr. 16).
- Ninguna política, en ningún ámbito, debe agravar la pobreza o tener un efecto negativo desproporcionado en las personas que viven en ella (párr. 17).

- **Condiciones de aplicación: obligaciones generales de los Estados**

Bajo el título general de “condiciones de aplicación”, los Principios Rectores enuncian varias obligaciones generales de los Estados. Se advierte (párr. 48) que “los Estados tienen la obligación inmediata de adoptar medidas para hacer plenamente efectivos los derechos económicos, sociales y culturales” y, en todo momento, de garantizar “por lo menos los niveles esenciales mínimos de todos los derechos”. Se recuerda asimismo que, si bien dentro de ciertas condiciones y cuando los recursos disponibles así lo impongan, estos derechos son de realización progresiva, las medidas regresivas deliberadas están prohibidas y “sólo están permitidas en casos excepcionales y con carácter temporal”. También se estipula que “los Estados deben poder demostrar que han adoptado medidas concretas para combatir la pobreza y probar que lo han hecho hasta el máximo de los

recursos de que disponen, con inclusión de la asistencia y la cooperación internacionales”. Todo ello expresa conceptos bien establecidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Estas obligaciones generales son las siguientes:

- **Los Estados deben adoptar una estrategia nacional integral para reducir la pobreza y la exclusión social.** La estrategia de reducción de la pobreza debe basarse en los derechos humanos e integrar a quienes viven en la pobreza, en su diseño y aplicación. La estrategia debe contener plazos y un plan de aplicación bien definido que incluya las consecuencias presupuestarias necesarias, las autoridades y organismos responsables de su aplicación y el establecimiento de los recursos y mecanismos de denuncia adecuados para los casos de incumplimiento.

- **Los Estados deben velar por que las políticas públicas otorguen la debida prioridad a las personas que viven en la extrema pobreza.** Las políticas públicas y la asignación de recursos deben otorgar la debida prioridad a los derechos humanos de las personas que viven en la extrema pobreza (párr. 51). En particular, las medidas excepcionales que adopten los Estados para la recuperación de las crisis económicas o financieras no deben negar ni infringir los derechos humanos de los grupos más desfavorecidos y deben ser amplias y no discriminatorias. Deben asegurar una financiación sostenible de los sistemas de protección social a fin de mitigar las desigualdades y garantizar que los derechos de los individuos y grupos desfavorecidos y marginados no se vean afectados en medida desproporcionada (párr. 54).

- **Los Estados deben garantizar que las instalaciones, los bienes y los servicios necesarios para el disfrute de los derechos humanos estén disponibles y sean accesibles, adaptables, asequibles y de buena calidad.** Estas instalaciones, bienes y servicios deben ser asequibles a las personas que viven en la pobreza y de la mejor calidad posible. Nadie debe verse privado de su acceso por no poder pagarlas y, en algunos casos, como la educación primaria, deben proporcionarse gratuitamente. El Estado debe protección a los usuarios frente a los posibles abusos por parte de los proveedores de servicios (párrs. 56-60).

- **Los Estados deben garantizar la coherencia de las políticas.** “Los Estados deben tener en cuenta sus obligaciones internacionales de derechos humanos al concebir y aplicar todas las políticas, incluidas las políticas tributarias, fiscales, monetarias, ambientales, de comercio internacional y de inversión. [...] Antes de concertar cualquier acuerdo internacional, o de aplicar cualquier medida de política, los Estados deben evaluar si es compatible con sus obligaciones internacionales de derechos humanos” (párr. 61).

- **Ciertos derechos específicos**

Los Principios Rectores prestan especial atención a ciertos derechos específicos (párrs. 62-90) por considerar que su disfrute por quienes viven en la pobreza es particularmente limitado o está especialmente menoscabado, y respecto de los cuales los Estados tienen con frecuencia políticas inadecuadas o contraproducentes. Su enunciado no pretende ser un resumen ni una declaración del contenido fundamental de cada derecho, y debe interpretarse y aplicarse con arreglo a las obligaciones

existentes en virtud del derecho nacional e internacional. El propósito de ese enunciado es el de ofrecer orientación sobre la forma de respetar, proteger y hacer efectivos esos derechos para quienes viven en la pobreza. Me limito a enumerar esos derechos, que son comentados en el texto de los Principios Rectores:

- Derecho a la vida y a la integridad física.
- Derechos a la libertad y la seguridad de las personas.
- Derecho a igual protección ante la ley, igual acceso a la justicia y medios de reparación efectivos.
- Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.
- Derecho a la vida privada y a la protección del domicilio y la familia.
- Derecho a un nivel de vida adecuado.
- Derecho a una alimentación y nutrición adecuadas.
- Derecho al agua y el saneamiento.
- Derecho a una vivienda adecuada, seguridad de la tenencia y prohibición del desalojo forzoso.
- Derecho al más alto nivel posible de salud física y mental.
- Derecho al trabajo y derechos en el trabajo.
- Derecho a la seguridad social.
- Derecho a la educación.
- Derechos a participar en la vida cultural y a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones.

- **Obligaciones de asistencia y cooperación internacionales**

El enfoque de la cooperación internacional contenido en los Principios Rectores es también de derechos humanos. No se limita a la cooperación clásica, prevista en los artículos 55 y 56 de la Carta y en otros instrumentos, orientada hacia la transferencia de recursos, sino que pone el énfasis en las obligaciones que tienen todos los Estados en materia de derechos humanos. Con respecto a la primera vertiente, se establece que los Estados que estén en condiciones de hacerlo, deben prestar cooperación y que los Estados que la necesiten están obligados a solicitarla (párrs. 93 y 94).

Por otra parte, se advierte que los Estados están obligados a “evitar las conductas que puedan crear un riesgo previsible de menoscabo del goce de los derechos humanos por las personas que viven en la pobreza fuera de sus fronteras, y realizar evaluaciones de los efectos extraterritoriales de las leyes, políticas y prácticas” (párr. 92). Los Estados, incluso como miembros de una organización internacional, están obligados a “determinar el posible efecto en los derechos humanos, incluidos los de las personas que viven en la pobreza, de las medidas acordadas a nivel internacional” (párr. 97).

Igualmente se declara que los Estados “deben adoptar medidas deliberadas, concretas y orientadas, ya sea individual o colectivamente, para crear un entorno internacional propicio a la reducción de la pobreza, en particular en las cuestiones relacionadas con el comercio bilateral y multilateral, la inversión, la tributación, las finanzas, la protección ambiental y la cooperación para el desarrollo. Esto significa cooperar también con el fin de movilizar el máximo de recursos disponibles para la realización universal de los derechos humanos” (párr. 96).

- **Balance**

Me he detenido especialmente en la consideración de los Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos, en primer lugar, porque los mismos confirman con creces la afirmación contenida en este trabajo, que sitúa a la justicia social, al menos en el grado de superar la pobreza crítica o extrema, como uno de los presupuestos para que una sociedad determinada pueda alcanzar la plenitud de disfrute de los derechos humanos y, a la inversa, que la injusticia social caracterizada por la pobreza crítica generalizada es una causa de opresión sistémica que impide esa plenitud. Adicionalmente, los Principios Rectores constituyen un logro indiscutible en la lucha contra la violación masiva de los derechos humanos que acarrea la pobreza, en particular la pobreza extrema o crítica. Los Principios expresan con claridad un enfoque de derechos humanos para el fenómeno de la pobreza y el hecho de que se hayan aprobado por consenso en el Consejo de Derechos Humanos marca un hito frente a la resistencia de los Estados a aceptar dicho enfoque. En el corto plazo, ellos proporcionarán a las víctimas y a los órganos nacionales e internacionales de derechos humanos una guía amplia muy bien fundamentada conceptualmente para la protección de los derechos humanos de las personas que viven en la pobreza.

Se trata, pues, de un gran avance, en la dirección correcta. Pero no todos los temas están agotados. Hay uno fundamental, el de la **responsabilidad**, que sólo ha sido abordado parcialmente. Los Principios establecen casos de responsabilidad por ciertos hechos ilícitos de los Estados a la prestación de servicios públicos, los programas de reducción de la pobreza y la asignación de recursos en contravención con las normas de derechos humanos (párr. 46); también por hechos ilícitos de terceros, particularmente las empresas (párr. 102). Se reitera

asimismo la obligación de los Estados de proporcionar recursos y medios de reparación efectivos frente a las violaciones de todos los derechos humanos, incluidos los derechos económicos, sociales y culturales (párr. 68.i). Sin embargo, esos casos de responsabilidad por violación a los derechos humanos atienden más bien a violaciones puntuales o a hechos determinados y parecen referidos a las víctimas particulares de esos hechos. A mi modo de ver, queda pendiente el tema de la pobreza en sí como hecho potencialmente generador de responsabilidad.

En efecto, la noción de **responsabilidad** es el componente capital de la protección internacional de los derechos humanos. Un atentado a la dignidad humana, como valor moral, no entraña consecuencias para el perpetrador, pero una ofensa a los derechos humanos, precisamente por ser derechos de la víctima, acarrea la responsabilidad, en sentido legal o jurídico, del infractor o de quien esté obligado a repararla. El enfoque de derechos humanos impone identificar al responsable o responsables o, al menos, del sujeto obligado a reparar las consecuencias de la lesión sufrida (si pensáramos en una solución basada en la responsabilidad objetiva). Este concepto, sin duda, comporta delicados y difíciles problemas. ¿Quién responde frente a los pobres y la pobreza y sobre qué bases jurídicas? Precisamente en esto radica el gran salto cualitativo implicado en la aparición histórica de los derechos humanos. Desde ese momento las ofensas a los valores de la dignidad de la persona caracterizados como derechos inalienables que le pertenecen, dejó de ser un mero pecado para configurarse en un hecho jurídicamente ilícito, que debe ser tratado como tal por el orden jurídico-político del Estado y por la comunidad internacional.

En ese marco debemos formularnos varias preguntas y tratar de encontrar caminos para responderlas: ¿es la pobreza únicamente un problema social grave y una inmoralidad en el

plano humanitario, o es un hecho jurídicamente reprochable e ilícito en cuanto priva a quienes la sufren de los bienes jurídicos protegidos por los derechos humanos? Y, de ser un hecho jurídicamente ilícito, ¿quién es el responsable de la infracción, quién repara y cómo se repara el daño causado por la pobreza? ¿Cuál es el evento generador de la pobreza como fuente de violación de los derechos humanos? ¿Quiénes son titulares de deberes con respecto a la erradicación de la pobreza y a qué título? ¿Cabe establecer un régimen de responsabilidad objetiva con respecto a la pobreza? ¿Cuáles son las modalidades específicas de la reparación por las violaciones a los derechos humanos que la pobreza acarrea? ¿De qué manera puede garantizarse que los pobres tendrán acceso a los mecanismos para hacer valer la responsabilidad? ¿Qué particularidades debe tener la reparación para que cumpla su finalidad restitutoria de los daños causados?

Obviamente, las causas de la pobreza y los remedios que puedan arbitrarse para remediarla, son temas complejos y responden a múltiples sujetos.

Es necesario indagar sobre las interrogantes que el tema plantea. Primero, porque el Estado contemporáneo está obligado a respetar, garantizar, proteger y satisfacer los derechos humanos, obligaciones que se incumplen si se ignoran las ofensas a sus derechos fundamentales que sufren las personas que viven bajo la pobreza a causa de ésta. El problema conceptual y práctico que aún no ha sido descifrado es: ¿quién responde por las violaciones a los derechos humanos que acarrea la pobreza extrema? ¿Quién responde por los derechos de los pobres?⁸⁶ Sin embargo, debe reconocerse que sobre el tema de la pobreza y su enfoque de derechos humanos queda todavía una lista de

86 Cf., en general, Caetano, G., y R. Cuéllar (coords.), ¿Quién responde por los derechos humanos de las poblaciones más pobres *de América Latina y el Caribe?*...

preguntas, teóricas y prácticas, mucho más larga que la lista de respuestas. Pobreza extrema y derechos humanos es el gran tema y el gran desafío conceptual, empírico y político del quehacer en materia de derechos humanos en el presente. Todas las conquistas alcanzadas con el progreso de la forma democrática de gobierno y la abolición de las dictaduras militares son frágiles y verán cuestionada su utilidad si la catastrófica situación de los derechos humanos de las centenas de millones de seres humanos que padecen de pobreza extrema no es atendida con el mismo sentido de urgencia en los resultados con la que se emprendió la tarea de restablecer la democracia y el pleno ejercicio de los derechos individuales y las libertades públicas. Para ese fin, es necesario crear y sembrar la conciencia de que cuando hablamos de la pobreza y su erradicación, también estamos hablando de los derechos humanos, de su protección, de su respeto, de su satisfacción y de su garantía y de las obligaciones correspondientes de los Estados en este ámbito. También estamos hablando, en fin, de la democracia misma y su consolidación.

Autodeterminación, Estado de Derecho, democracia y justicia social son presupuestos para la efectividad de los derechos humanos porque éstos son inherentes a la dignidad de la persona, y a falta de esos presupuestos el ser humano no vive ni convive en condiciones cónsonas para esa dignidad. Ellos son presupuestos de los derechos humanos porque son también los pilares de una sociedad liberada de la opresión, donde ella misma y sus componentes individuales están efectivamente facultados para ser los dueños de su destino.