

POSIBILIDAD Y CONVENIENCIA DE ELABORAR UN PROTOCOLO ADICIONAL SOBRE DERECHOS ECONÓ- MICOS, SOCIALES Y CULTURALES, ANEXO A LA CON- VENCIÓN DE SAN JOSÉ, DE 1969

CÉSAR SEPÚLVEDA

I

Este Seminario de México ha sido muy provechoso en más de un sentido para nuestra tarea de promover y tutelar los derechos humanos a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En primer término ha puesto en evidencia una vez más la estricta correlación entre los derechos humanos "individuales" y los derechos económicos, sociales y culturales. Se ha confirmado de nuevo que sin el cabal disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, esto es, con la satisfacción, a través de la acción del Estado, de por lo menos las necesidades básicas de la población, no puede garantizarse el pleno goce de los otros derechos, y lo que es más, no pueden eliminarse causas para conflictos, que conducen a su vez a violaciones de los otros derechos humanos individuales e inclusive a la ruptura de la paz social. Los derechos civiles y políticos, para que puedan tener significado, necesitan apoyarse en la existencia y en el goce garantizado de los derechos económicos y sociales, pues de otra forma son formas vacías, meros adornos insubstanciales. A su vez éstos, sin un régimen de reconocimiento pleno de los derechos individuales, no tendrían sentido, y serían más bien fórmulas utópicas. Hay pues una conexidad inmediata entre unos y otros, y deben coexistir todos al mismo tiempo.

También ha sido puesto enfáticamente de relieve que, en realidad, no existe una distinción de esencia entre los derechos humanos individuales o "de la primera generación" y los derechos sociales, económicos y culturales, o sea, los de la "segunda generación". Todos ellos tienen la misma jerarquía. Todos ellos son igualmente importantes. Todos ellos merecen tutela: unos, de acuerdo con métodos de cierto tipo, los otros, por procedimientos que deben diseñarse adecuadamente, y esto último es lo que provoca nuestras deliberaciones en este Seminario. En lo que difieren, pues, unos y otros derechos es básicamente en su régimen de protección, en las téc-

nicas empleadas para asegurar su cumplimiento, en el grado de control que los organismos intergubernamentales deben ejercer.

De igual manera, esta reunión de México ha servido para recordarnos que desde 1948 ha sido preocupación constante de la Organización de los Estados Americanos no sólo el señalar que los derechos económico-sociales y culturales son también, como los otros, derechos humanos, que se encuentran ineludiblemente ligados con el desarrollo social y económico de los Estados, sino también señalar que merecen protección. Basta mencionar la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, de Bogotá, de 1948, en donde se consignan los derechos económicos, sociales y culturales básicos, así como la Carta Americana de Garantías Sociales, debida en mucho a la autoridad intelectual del profesor Mario de la Cueva, que consagra los derechos de los trabajadores, y que debe entenderse conectado a la Declaración, ya que ambas forman un todo integral y armónico.

A esta altura ya nadie discute el valor vinculatorio jurídico de la Declaración Americana de 1948, sobre todo cuando al reformarse la Carta de la OEA en 1967, a través del Protocolo de Buenos Aires, se confiere a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la función de velar por los derechos consignados en esa Declaración, reconociéndose así su carácter eminentemente obligatorio.

No obstante las buenas intenciones de sus creadores, no fue factible introducir en la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, de 1969, una regulación competente sobre los derechos sociales, económicos y culturales, ni menos instituir algún sistema de control para su debida observancia por los Estados.

Se temieron complicaciones, tal vez, o el tiempo dedicado a la elaboración de este importante instrumento no era bastante. Por ello sólo se incluyó el artículo 26, que guarda referencia a esos derechos, pero en el cual sólo se comprometen los Estados a "adoptar providencias... para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles... ", y que constituye sólo un pronunciamiento hortatorio.

Para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cuestión de los derechos económicos, sociales y culturales ha sido desde el principio motivo de preocupación, y esa preocupación se ha intensificado naturalmente más en los últimos años, a partir de la existencia de la Convención de San José, que entró en vigor en 1978. Si se analiza la doctrina de la CIDH, o sea los fundamentos que ella ha sostenido reiteradamente para basar su acción, doctrina expuesta aquí y allá en varios de sus informes anuales, o con ocasión de informes especiales sobre países determinados,

recogida sistemáticamente además en el libro *Diez años de actividades 1971-1981*, que ella publicó en 1982, se percibe la intensa preocupación por el respeto a esos derechos, y ha considerado necesario insistir en que ellos sean debidamente atendidos y observados.

La CIDH percibió tempranamente que la desatención de los derechos económicos y sociales es una causa directa, aunque difusa y problemática, de la violencia y los conflictos sociales, que hay una relación orgánica entre la violación de los derechos básicos del individuo y el descuido de los derechos económico-sociales. En el caso de ciertos países, la Comisión puso de manifiesto que la falta de observancia de esos derechos socioeconómicos, la preservación de condiciones económicas y sociales injustas en una comunidad política, conllevan a la polarización y a la tensión, que se atizan con el irrespeto a esos derechos. En uno de sus últimos informes, el relativo a Cuba (1983), la Comisión observó el caso contrario, o sea que no basta con satisfacer varios o algunos de los derechos económicos, sociales y culturales si no se observan a la vez los derechos humanos civiles y políticos, pues así se impide el funcionamiento efectivo de un sistema político que puede responder constructivamente a la vez al progreso político, legal, social y económico, y que permita la participación de toda la población en las instituciones políticas.

En una interpretación funcional ágil y necesaria de sus instrumentos constitutivos, la CIDH ha tenido que condenar la violación, por igual, cuando ha sido el caso, de los derechos humanos individuales y de varios de los derechos económicos y sociales, adelantándose en esto a la situación, excitando con ello la acción de otros órganos, y a la vez coadyuvando a formar una conciencia regional madura, a una opinión pública más consciente, más informada, mejor orientada.

Dentro de la misma línea de evolución funcional y lógica, la CIDH se lanzó a proponer en ocasiones sucesivas a los Estados americanos, reunidos en la Asamblea General de la OEA, que la protección efectiva de los derechos humanos debería extenderse también a los derechos económicos, sociales y culturales, y que la mejor manera de tutelarlos sería la elaboración de un Protocolo Adicional a la Convención de San José, que los definiera y estableciera su alcance, instituyera los métodos para preservarlos y señalara los órganos competentes para la vigilancia y promoción de su vigencia.

Como respuesta a esta tenaz postura, la Asamblea General de la OEA, que desde 1980 se había pronunciado en el sentido de que la protección efectiva de los derechos humanos debe incluir también a los derechos económicos, sociales y culturales, encargó a la Secretaría General de la OEA que formulara un Anteproyecto de Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que definiera los derechos sociales, eco-

nómicos y culturales. La Comisión Preparatoria de la XII Asamblea General (1983), a través de la Sub-Comisión de Reglamento, elaboró un Anteproyecto de Protocolo Adicional en 1983, y lo remitió en enero de 1984 a los Estados miembros, a la CIDH, y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para que presentaran sus observaciones y recomendaciones en una reunión convocada al respecto para considerar el instrumento.

La preparación de este Anteproyecto, muy loable desde luego, constituye el reconocimiento de la alcurnia que han alcanzado en la comunidad regional americana los derechos sociales económicos y culturales. Es un tributo a los empeños de la CIDH por abarcar en su protección también a este grupo de derechos, y es precisamente para estar en mejor situación de ofrecer esas observaciones y recomendaciones solicitadas por la Secretaría General, que la CIDH ha organizado este Seminario en México, dentro de un bien concebido programa de actividades tendientes a obtener la mayor y más certera información, a fin de coadyuvar a la formulación del mejor instrumento posible.

Debe considerarse que el Anteproyecto se encuentra en una etapa primitiva, representa más bien una prudente y hasta cierto punto tímida recopilación de diversos textos y proyectos anteriores, y amerita una labor de reestructuración y de adición para poner al proyectado Protocolo en condiciones de responder a las condiciones del progreso en esa materia. El Anteproyecto requiere todavía de mucha elaboración, pero es un paso firme hacia adelante. Los mismos autores lo consideran sólo un "documento de trabajo". En este Seminario se han señalado ya algunas de esas carencias.

Es loable que en la confección del Anteproyecto se hayan utilizado diseños existentes desde hacía mucho tiempo, como el de Chile o como el de Uruguay, como se menciona en la nota introductoria al mismo; pero esos proyectos, habiendo sido muy meritorios, han quedado superados por el tiempo, y sería necesario, en nuestra opinión, redactar *ex novo* algunas de las secciones del documento propuesto, reestructurándolas apropiadamente.

II

Después de estos antecedentes, necesarios para la comprensión del problema ante nosotros, corresponde pasar a examinar la posibilidad de arribar en el sistema interamericano a un Protocolo como el que se contempla, y seguidamente, determinar la conveniencia de que ese Protocolo exista y opere, tal como nos ha sido encomendado por los organizadores de este Seminario.

La posibilidad técnica de elaboración de un Protocolo Adicional a la Convención de San José es notoriamente visible, aunque no deja de ofrecer algunos problemas. Esos problemas son superables a través de una concien-

zuda preparación, y mediante trabajo cuidadoso y responsable, que tienen que emprenderse, porque de ese instrumento mucho dependerá para una protección coordinada y armónica de todos los derechos humanos.

Como ha sido ya puntualizado en este Seminario, el Anteproyecto de Protocolo, aunque constituye un buen punto de partida, adolece de bastantes carencias y requiere de mucha elaboración y del concurso de muchos expertos. Eso nos lleva a meditar sobre los métodos más idóneos para ir formando el texto definitivo del Protocolo.

Las partes del Anteproyecto que en nuestra opinión merecen refuerzo son las siguientes:

En primer lugar debe de ampliarse en nuestro concepto la parte preambular. Ahí deberían de señalarse las correlaciones entre los derechos individuales y los derechos económicos, sociales y culturales, que no aparecen bien delineadas ahí.

También, como ha sido señalado por el doctor Gros Espiell esta mañana, sería conveniente hacer en el preámbulo una referencia pertinente a los instrumentos universales de tutela de los derechos económico-sociales y culturales, no sólo para los efectos que indica este distinguido especialista, sino también para que se perciba el progreso que representaría el Protocolo respecto a esos instrumentos, que han sufrido la acción del tiempo.

Asimismo, es en esa parte preambular donde debería hacerse mención al derecho al desarrollo, en una forma categórica, para ir de acuerdo con las postulaciones de la Carta reformada de la OEA y como contrapartida del artículo 12 del Anteproyecto, que habla de estas cosas.

Aunque podrían incorporarse algunas otras cosas al preámbulo, dejémoslo por ahora y examinemos brevemente el articulado del Anteproyecto. Por lo que se refiere a la enumeración de los derechos económicos, sociales y culturales, ellos se encuentran completos, y fuera de ajustes en la redacción de algunos de los artículos, tal como en lo relativo al derecho a la educación y a la cultura, el derecho al trabajo y la seguridad social, el derecho a la salud y otros. Esa parte del documento no ofrece dificultades. En mi particular criterio, considero que no debería aumentarse la lista consignada ahí. Por ello no comparto del todo la idea del doctor Gros Espiell sobre la necesidad de incorporar el derecho a la libre determinación de los pueblos, porque se introduciría un elemento de difícil manejo, debido a que aún no se conoce bien este derecho en nuestro medio y no parece muy claro cómo podría protegérsele. También me permitiría estar en desacuerdo con la inclusión de los derechos de las poblaciones indígenas, y aún más con los derechos de las minorías, como ha sido propuesto aquí, ya que todas estas materias presentan problemas escabrosos aún no resueltos. Su tutela tendría que buscarse por medios políticos o por tratados de protección de minorías que no podría tener lugar en América y dificultarían por otra parte,

a mi entender, la aceptación del Protocolo —si se pusieran ahí—. Los derechos de los indígenas tendrían cabida en otro Protocolo, que podría formularse más tarde, cuando haya acuerdo general sobre cuáles son ellos, cómo pueden protegerse y qué métodos habría que adoptar para ello.

Donde el Protocolo que está circulando en anteproyecto muestra carencias importantes es en lo que se refiere a los órganos, procedimientos y mecanismos para tutelarlos. El artículo 19 del Anteproyecto contiene sólo un esquema vago, el de la obligación de transmitir informes periódicos —sin establecer la periodicidad— sobre las medidas que hubiesen adoptado en torno a esos derechos, y los progresos realizados en la materia. Es aquí donde es menester introducir un sistema apto de protección y de control de los derechos socioeconómicos y culturales, que vaya de acuerdo con la presente realidad americana y que, además, resulte aceptable para todos los Estados, de manera que no constituya obstáculo ni dilación a la aceptación del Protocolo.

El doctor Gros Espiell nos ha señalado en su ponencia, con precisión, algunas de las características que debiera tener el sistema de protección de esos derechos, que habría que tener presentes para integrar ese sistema, sin el cual de nada valdría enunciar bellamente los derechos económicos y sociales porque permanecerían sólo como hermosas declaraciones, sin eficacia. Es incuestionable, pues, que este aspecto es el más delicado de todos a los que apunta el proyectado Protocolo, y es el que más tiempo y más cuidado va a requerir.

Es verdad que, de aceptarse el Protocolo, las normas de la Convención de San José que establecen la protección a los derechos individuales, resultarían implícitamente, automáticamente, aplicables para los Estados que suscriben el Protocolo, y de alguna manera podría obtenerse cierta tutela indirecta para los nuevos derechos incorporados; pero los requerimientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ejercidos para proteger esos derechos, podrían ser objeto de reparo eventualmente, por la falta de precisión del artículo 19 que aparece en el Anteproyecto. La CIDH, aunque no ha vacilado nunca en ese desarrollo funcional de que ha hecho uso con cierta audacia, preferiría textos bien claros, que faciliten su trabajo. Mi opinión es que en esta sección de defensa y de control de los derechos deberían concentrarse los esfuerzos de los especialistas interesados. Es ahí donde está el meollo de la cuestión.

No tendría mucho caso, ciertamente, que el Protocolo se redujera sólo a una enunciación de derechos más o menos bien estructurada y que no se diseñara al mismo tiempo un sistema de protección apto y eficiente. Por eso debe insistirse en que se dote al Protocolo de esos procedimientos de tutela. Consecuentemente, ha de propugnarse, a mi manera de ver, porque se estableciera la obligatoriedad de los informes periódicos de los Estados,

y que se instituyera la periodicidad con que deben someterse a la consideración de la CIDH. También sería menester que se consignaran con claridad las atribuciones de la Comisión, como en el caso de los otros derechos, para examinar esos reportes y comprobar en su caso el cumplimiento de esos nuevos derechos y libertades para redactar informes especiales o generales, según se trate, respecto a la falta de atención a los mismos, y para formular conclusiones y recomendaciones pertinentes. Debería haber previsiones en cuanto a los procedimientos a seguir, que serían especiales, dada la naturaleza diferente a los derechos económicos en relación a los sociales y los de éstos en relación con los culturales. Tendrían que crearse tal vez consejos técnicos dentro de la OEA para asesorar a la Comisión en cada grupo de derecho.

En cuanto al método de trabajo para ir elaborando el proyecto definitivo, parece aconsejable que se recurriera al sistema de cuestionarios a los gobiernos en torno a aspectos que pudieran estimarse como controvertibles, y que por fortuna no son muchos, antes de proceder a la redacción del proyecto final. Ya se sabe que son unos cuantos los gobiernos que suelen responder a cuestionarios que se les plantean; pero las respuestas, aunque sean escasas, resultarían útiles e ilustrativas. Ahora bien, no puede señalarse en este momento qué órganos podrían formular esos cuestionarios para someterlos a la Secretaría General. Estos cuestionarios deberían ser el paso preliminar, a fin de excitar las observaciones y recomendaciones de los Estados miembros de la OEA, necesarias para la formulación definitiva del instrumento.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como órgano de la OEA más inmediatamente conectado con estas cuestiones, tiene en cierta forma la responsabilidad de continuar promoviendo estudios activamente, de perseverar en la obtención de información certera y útil, a fin de que sus observaciones sean completas y apropiadas y puedan recogerse en el texto final del Protocolo. Esta es una tarea que tomará algún tiempo, pero que debe hacerse, para no lamentar luego improvisaciones o fallas en una materia tan delicada. Desde luego, es palpable la utilidad del Seminario que está concluyendo.

Para la redacción final del Protocolo tendrá que convocarse, tal como se hizo en el caso de la Convención de San José, a una conferencia especializada. Por ello es urgente que se completen los proyectos necesarios, con explicación cuidadosa de cada una de sus partes, tanto para abreviar el tiempo de la reunión como para lograr el mayor acuerdo posible.

Bien, esto es por lo que se refiere a la posibilidad técnica, que está presente, que es factible. El Protocolo es viable y sólo demanda una concentración de esfuerzos bien apuntados y dirigidos, desplegados con talento, de especialistas dedicados a esa tarea.

Hablemos ahora de la posibilidad política, de la probabilidad de que el Protocolo una vez redactado en forma definitiva sea aceptado por los Estados y pueda entrar pronto en vigor. Como se recuerda, la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos fue puesta a firma y ratificación desde 1969, y entró en vigor sólo en 1978, o sea, el proceso tomó nueve años. Hasta la fecha, sólo cuenta con 18 Estados miembros. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, dentro de sus programas de promoción, ha encargado a uno de sus miembros, el distinguido ex presidente de la misma, doctor Andrés Aguilar, para que visite a las autoridades correspondientes de los países del Caribe de habla inglesa, con el propósito de instarlos a ratificar la Convención de San José y aportar sus experiencias en materia de derechos humanos, que resultarían muy útiles y ampliarían el ámbito de acción del Pacto de San José. Eso, naturalmente, de fructificar, haría más fácil la aprobación posterior del Protocolo.

Hemos de ser optimistas en cuanto a la oportunidad de que el Protocolo obtenga aceptación por los Estados ahora miembros de la Convención Interamericana. Las posibilidades, por supuesto, dependen, por una parte, de una buena redacción de ese instrumento; por otra parte, de una buena preparación de la conferencia especializada que tenga lugar, y por una más, de la labor de promoción que se haga por los órganos de la OEA para que el Protocolo reciba buena acogida.

La posibilidad política depende mucho de las circunstancias actuales. América Latina atraviesa por una seria crisis económica y por un problema de deuda pública internacional que ha obligado a los gobiernos a adoptar medidas austeras, que se reflejan en el bienestar de grandes sectores de la población, de los desprovistos. La única manera posible de contrarrestar ese sacrificio es dotando a la población de una suma de derechos sociales, económicos y culturales que hagan más llevadera su crítica situación, y que justifiquen las rígidas disposiciones impuestas por el gobierno para ordenar el desajuste económico interno. Sería impolítico no aprovechar la coyuntura para satisfacer la opinión pública interna, demostrando que hay interés por aliviar la carga de los grandes grupos afectados por esas medidas.

Otro elemento que influye en la posibilidad política es que los derechos humanos han cobrado importancia en las relaciones entre los Estados. Para obtener la cooperación internacional, que cada día es más necesaria, así como para tener peso moral en los asuntos de la comunidad internacional, para tener credibilidad, en una palabra, es menester mostrar un rostro limpio. En no pocos casos la asistencia de los países industriales está condicionada a la preservación de la dignidad humana, al cumplimiento de los derechos básicos, incluyendo por supuesto los económico-sociales. Un Estado que observa los derechos humanos, tanto los individuales como los económicos, sociales y culturales tiene naturalmente mayor oportunidad de ob-

tener respaldo económico, cooperación técnica y ayuda para el desarrollo. Ello abre la posibilidad de que los países americanos se adhieran al Protocolo que aquí se examina.

Respecto a la *conveniencia* de adoptar un Protocolo anexo a la Convención de San José, que contenga los derechos económicos, sociales y culturales y los mecanismos para su protección, pueden esgrimirse varios argumentos útiles.

En primer lugar, la Convención está falla en lo que se refiere a esos derechos. Este es un defecto de origen, como se ha hecho ver en este Seminario. Los derechos humanos individuales y colectivos forman un todo armónico y equilibrado, y la mejor manera de protegerlos es incorporando a los que faltan a la Convención de San José, a través de su Protocolo.

En segundo término, es un hecho ya explorado que con una debida consideración a los derechos económicos, sociales y culturales, se imprime aliento al desarrollo interno de un país.

Creemos también que con la presencia, en los instrumentos respectivos, de los derechos económico-sociales podría esperarse un desarrollo de la región americana, que ha quedado estancada.

Debe considerarse también que con la tutela de los derechos económicos, sociales y culturales se consigue un mayor grado de paz interna, se avanza en la justicia social y se evitan conflictos que conducen a la violación de los otros derechos.

Otro aspecto de conveniencia es que a través de las disposiciones que sean consignadas en el Protocolo se va creando una conciencia madura y objetiva, bien articulada, que puede influir para que el Estado legisle internamente sobre los derechos que nos ocupan, en los casos en que su sistema legal no contemple todavía todos o algunos de esos derechos humanos fundamentales.

De nuevo, nuestra América empieza a cobrar importancia en los asuntos mundiales, y vuelve a ser un protagonista relevante en la comunidad internacional. Recordemos que hace unas décadas nuestro hemisferio preservó los valores más altos de la civilización occidental y aun los enriqueció, en momentos en que naufragaban en el Viejo Mundo, acosados por la barbarie y el despotismo, en una oscura y prolongada noche. Desde entonces contrajo América una responsabilidad: la de mostrar al mundo que no ha cedido en sus altos ideales, y que sigue manteniendo el culto por la dignidad de la persona, y la preocupación por las libertades y los derechos del hombre. El Pacto que se contempla, siendo un correlato de la Convención de San José, está fincado en esa tradición y merece expedirse cuanto antes, como testimonio de la voluntad americana de proseguir en esa limpia trayectoria, que le ha dado lustre ante el mundo. En consecuencia de todo lo anterior, el Protocolo es viable y posible; los derechos de que hemos

hablado son susceptibles de contornearse y pueden protegerse por los órganos internacionales de tutela.

Por todas estas razones resulta imperativo propugnar por la adopción de un Protocolo sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales que forme parte integrante de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, e insistir en que éste sea lo más perfecto posible.