

LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: FRAGMENTOS DE MEMORIAS¹

Antônio Augusto Cançado Trindade

Ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Juez de la Corte Internacional de Justicia (Haya); Profesor Emérito de Derecho Internacional de la Universidad de Brasilia; Doctor Honoris Causa y Profesor Honorario de distintas universidades (en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México, Paraguay y Perú); Miembro Titular del *Institut de Droit International*, y del *Curatorium* de la Academia de Derecho Internacional de Haya.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

No es mi propósito, en esta conferencia de clausura del día 12 de diciembre de 2007, del Seminario internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales, organizado por el Alto-Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), aquí en la sede de la CEPAL en Santiago de Chile, reiterar todo el análisis que he hecho, a lo largo de los años, de la evolución doctrinal y jurisprudencial, en las tres últimas décadas, en materia de la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, en los distintos sistemas – a niveles universal y regional – de protección internacional de los derechos humanos. Me limito a referirme a algunos de mis numerosos estudios al respecto.²

En estos estudios, examiné los aspectos doctrinales y jurisprudenciales de aquella evolución, que buscó superar la dicotomía anacrónica consagrada en los dos Pactos de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1966, y la enteramente concepción superada del “desarrollo progresivo” de los derechos económicos, sociales y culturales (que encontró expresión en la redacción desafortunada y enteramente insatisfactoria del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969). La gradual superación de la vieja dicotomía se inauguró en la I Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Teheran, 1968), con la afirmación de la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos.

Más tarde, la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993), de cuyos trabajos participé activamente,³ en su Comité de Redacción, dió otro paso adelante, al buscar la pronta exigibilidad de los derechos económicos, sociales

y culturales, instando los Estados miembros de Naciones Unidas a que adoptaran un Protocolo, con este fin, al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁴ Los trabajos preparatorios del referido Proyecto de Protocolo prosiguen hasta la fecha, y parecen no tener fin, por falta de real voluntad (*animus*), de parte de los Estados, de dar expresión concreta a dicha exigibilidad inmediata. Sin embargo, avances sensibles se lograron en los planos doctrinal y jurisprudencial, tal como examiné en mis escritos, y un aporte significativo fue dado por los sucesivos comentarios generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas.

Por ejemplo, se pasó a distinguir, en relación a los derechos económicos, sociales y culturales, no sólo *obligaciones mínimas*, sino también *obligaciones distintas*: la de *promover* (la única que es “programática”), la de *respetar*, la de proteger (mediante medidas positivas, imponibles inclusive a terceros), y la de *asegurar* (mediante medidas más amplias para la pronta e eficaz vindicación de aquellos derechos). Se pasó a identificar los derechos económicos, sociales y culturales de *aplicabilidad inmediata* (v.g., determinados derechos sindicales, la igualdad de remuneración por trabajo igual, el derecho a la educación primaria obligatoria gratuita, entre otros). Se enfatizó la importancia fundamental del *principio de la no-discriminación* también en el presente contexto así como del *derecho de acceso a la justicia*. Se pasó a identificar “componentes justiciables” de los derechos económicos, sociales y culturales (v.g., los derechos a la educación, a la salud, a una vivienda adecuada, sobre todo en sus aspectos referentes a la no-discriminación).

Como ya advertí, no es mi propósito, en esta ocasión, volver sobre todo lo que ya he escrito al respecto, que ha, además, sido objeto de numerosos seminarios como este que ahora se clausura, y que se han repetido a lo largo de los últimos años. Lo que sigue se circunscribe tan sólo a algunos de mis recuerdos seleccionados del ejercicio de la función judicial internacional, a servicio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIADH), que considero de relevancia para la temática en aprecio. Quisiera, además, haber podido ampliar estos fragmentos de memorias, pero ni siquiera ésto ha sido posible, en razón de limitaciones de la programación del evento que me fueron comunicadas con tan poca anticipación, y que terminaron por reservarme tan sólo 30 minutos para esta conferencia de clausura. Lo que sigue es, pues, un relato resumido de dichos fragmentos de memorias.

A pesar de que los derechos económicos, sociales y culturales, protegidos por el Protocolo de San Salvador de 1988 sobre la materia (para suplir una lamentable laguna en la Convención Americana sobre Derechos Humanos), no hayan constituido la cuestión central de ninguno de los casos resueltos por la CtiADH hasta la fecha, sin embargo han sido mencionados *incidenter tantum* en algunas de las Sentencias de la CtiADH, y, más que ésto, han estado subyacentes –aunque no mencionados expresamente– en algunos de los casos decididos por la CtiADH en los últimos años. La marginación y exclusión sociales forman el contexto de casos que, aunque hayan terminado en la determinación de la violación de derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (otros que los derechos económicos, sociales y culturales), revelan dos puntos importantes, a saber, primero, la dimensión también económica, social y cultural de derechos que no son “clasificados” como tales, y segundo, el imperativo de la protección concomitante de dichos derechos así como los derechos económicos, sociales y culturales.

II. EL CONTENIDO MATERIAL Y EL AMPLIO ALCANCE DEL DERECHO A LA VIDA

La CtIADH ha sostenido una concepción del derecho fundamental a la vida que abarca las condiciones de una vida digna (artículo 4(1) de la CADH). Al respecto, en un célebre *obiter dictum* en el caso *Villagrán Morales y Otros versus Guatemala* (caso de los “Niños de la Calle” (fondo, Sentencia del 19.11.1999), la Corte, al establecer

una violación del derecho a la vida bajo el artículo 4 de la CADH, en detrimento de los cinco adolescentes asesinados a quemaropa, ponderó significativamente que

“El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él” (párr. 144).

En el seno de la CtIADH, defendí esta posición, adoptada en la Sentencia del 19.11.1999, con firmeza, una vez que, en el presente caso de *Villagrán Morales y Otros*, el de “niños de la calle” por agentes policiales del Estado se hizo acompañar de la *circunstancia agravante* de que la vida de las víctimas tan jóvenes ya carecía de cualquier sentido, por cuanto ya se encontraban privadas de crear y desarrollar un proyecto de vida y aún de buscar un sentido para su propia existencia. El Estado tenía la obligación de haber evitado tanto el homicidio de los cinco adolescentes, como las circunstancias – de exclusión o marginación social – que condujeron al mismo. Al respecto, se ponderó, en un Voto Concurrente Conjunto en la Sentencia del 19.11.1999, que

“El deber del Estado de tomar medidas positivas *se acentúa* precisamente en relación con la protección de la vida de personas vulnerables e indefensas, en situación de riesgo, como son los niños en la calle. La privación arbitraria de la vida no se limita, pues, al ilícito del homicidio; se extiende igualmente a la privación del derecho de vivir con dignidad. (...)

Una persona que en su infancia vive, como en tantos países de América Latina, en la humillación de la miseria, sin la menor condición siquiera de crear su proyecto de vida, experimenta un estado de padecimiento equivalente a una muerte espiritual; la muerte física que a ésta sigue, en tales circunstancias,

es la culminación de la destrucción total del ser humano.”⁵

A partir del *leading case* de los “Niños de la Calle” (caso *Villagrán Morales y Otros versus Guatemala*, 1999 – *supra*), la CtIADH viene reiterando, en su *jurisprudence constante* (v.g., casos *Bulacio versus Argentina*, 2003; *Myrna Mack Chang versus Guatemala*, 2003; *Instituto de Reeducción del Menor versus Paraguay*, 2004; *Huilca Tecse versus Perú*, 2005), que el derecho a la vida (cuyo pleno goce es un prerrequisito para el disfrute de los demás derechos) tiene un carácter fundamental y requiere de los Estados medidas positivas para asegurar las condiciones de una vida digna. En el caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri versus Perú* (2004), la CtIADH advirtió que el deber de los Estados de respetar el derecho a la vida “presenta modalidades especiales en el caso de los menores de edad”, dadas su vulnerabilidad y la protección especial que estos requieren para “prevenir situaciones que pudieran conducir, por acción u omisión”, a la violación de aquel derecho básico (párr. 124).

Y, en los casos de *Juan Humberto Sánchez versus Honduras* (2003, párr. 110) y de los *19 Comerciantes versus Colombia* (2004, párr. 153), la Corte advirtió expresamente que

“El derecho a la vida juega un papel fundamental en la Convención Americana por ser el corolario esencial para la realización de los demás derechos. Al no ser respetado el derecho a la vida, todos los derechos carecen de sentido. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable (...)”.

E insistió la CtIADH en el deber estatal de tomar *medidas positivas* para proteger y preservar el derecho a la vida.

Siete años después de la primera Sentencia de la CtIADH en el histórico y paradigmático caso de los “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y Otros versus Guatemala*, fondo, 1999, y reparaciones, 2001), –que equiparó el derecho a la vida como el derecho a vivir con dignidad, situándolo en su más amplia dimensión económica, social y cultural, en una clara demostración de la indivisibilidad de los derechos humanos,– la temática de la violencia contra jóvenes marginados volvió a ocupar posición central en la Sentencia de la Corte, del 21.09.2006, en el caso *Servellón García y Otros versus Honduras*. En mi Voto Razonado en esta última Sentencia, advertí que

“El cuadro que se desprende de los hechos del presente caso es, a mi modo de ver, el de una clara descomposición del tejido social, de un medio social indiferente a la suerte de sus miembros marginados, y partidario de políticas represivas, – como hoy día se constata en la virtual totalidad de América Latina y en casi todo el mundo, sobre todo en relación con los jóvenes (que viven en un presente fugaz, sin futuro) y los migrantes indocumentados” (párr. 17).

En el caso *Servellón y Otros*, como en el anterior caso de los “Niños de la Calle”, el propio derecho fundamental a la vida, violado en ambos los casos, reveló una vez más su ineludible dimensión económica, social y cultural. Y demostró la artificialidad de la dicotomía anacrónica y superada entre derechos civiles y políticos, y derechos económicos, sociales y culturales.

III. DERECHO A LA VIDA Y DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL

Recientemente, en el caso de las *Hermanas Serrano Cruz versus El Salvador* (Sentencia de la CtIADH del 01.03.2005), volvió a evidenciarse que el derecho fundamental a la vida asume una amplia dimensión al tomarse en consideración el derecho a la identidad cultural; este último no puede ser dissociado de la propia personalidad jurídica del individuo como sujeto del Derecho Internacional. Otros ejemplos pueden ser citados, afectando a miembros de colectividades humanas enteras, como, v.g., los casos de las *Comunidades Indígenas Yakye Axa* (2005-2006) y *Sawhoyamaya* (2006), atinentes al Paraguay. Privados de sus tierras tradicionales y desplazados forzosamente a sobrevivir en la vera de un carretera, los miembros de dichas Comunidades (algunos murieron en una situación de pobreza extrema) sobreviven en medio a la más dramática marginación o exclusión social.

En mi Voto Razonado en el caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, destacué la amplia dimensión del derecho a la vida, a abarcar en el *cas d’espèce* la propia identidad cultural (párrs. 2-7 y 28-34). El desplazamiento forzado interno se muestra claramente como un grave problema de derechos humanos (párrs. 14-19). Me permití agregar que

“Transcurridos siete años desde la Sentencia de fondo de esta Corte en el caso paradigmático de los “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y Otros versus Guatemala*, Sentencia del 19.11.1999)⁶, los abandonados y ol-

vidados del mundo vuelven a alcanzar un tribunal internacional de derechos humanos en búsqueda de justicia, en los casos de los miembros de las *Comunidades Yakye Axa* (Sentencia del 17.06.2005) y *Sawhoyamaya* (la presente Sentencia. En el *cas d'espèce*, los forzosamente desplazados de sus hogares y tierras ancestrales, y socialmente marginados y excluidos, ha efectivamente alcanzado una jurisdicción internacional, ante la cual han en fin encontrado justicia" (párr. 37).

Ponderé, además, en el mismo Voto Razonado, que

"No podría dejar de rendir, en este Voto Razonado un reconocimiento al sufrimiento de las víctimas silenciosas del presente caso de la *Comunidad Sawhoyamaya*, –así como del anterior caso congénere de la *Comunidad Yakye Axa*,– y evocar, en particular, la memoria de los inocentes que perdieron su vida en la vera de una carretera, y al dolor de sus familiares que sobreviven, en la vera de la misma carretera, en la miseria impuesta a ellos por la codicia y avaricia humanas. Como advertí en mi Voto Razonado en la Sentencia sobre reparaciones en el caso de los "*Niños de la Calle*" (*Villagrán Morales y Otros versus Guatemala*, Sentencia del 26.05.2001), la tríada formada por la *victimización*, el *sufrimiento humano* y la *rehabilitación de las víctimas*, no ha sido suficientemente tratada por la jurisprudencia y la doctrina jurídica internacionales contemporáneas, y urge que lo sea, necesariamente a partir de la integralidad de la personalidad de las víctimas (párrs. 2-3 y 23 del Voto), tomando en cuenta inclusive su identidad cultural.

En el mismo Voto Razonado en el caso de los "*Niños de la Calle*" (reparaciones), me permití advertir asimismo que

"[...] Aunque los responsables por el orden establecido no se den cuenta, el sufrimiento de los excluidos se proyecta ineluctablemente sobre todo el cuerpo social. La suprema injusticia del estado de pobreza infligido a los desafortunados contamina a todo el medio social (...). El sufrimiento humano tiene una dimensión tanto personal como social. Así, el daño causado a cada ser humano, por más humilde que sea, afecta a la propia comunidad como un todo. Como el presente caso lo revela, las víctimas se multiplican en las personas de los familiares inmediatos sobrevivientes, quienes, además, son forzados a convivir con el

suplicio del silencio, de la indiferencia y del olvido de los demás" (párr. 22).

Gracias a la existencia de la jurisdicción internacional de los derechos humanos, el silencio de los inocentes, en el presente caso, ha, sin embargo, ecoado en el plano internacional. El presente caso de la *Comunidad Sawhoyamaya* demuestra que su personalidad y capacidad jurídicas internacionales se afirmaron y ejercieron de modo incuestionable. Ésto es particularmente significativo por las circunstancias del caso, tratándose de miembros de una comunidad indígena" (párrs. 57-59).

El derecho a la identidad otra vez se desprendió claramente de las circunstancias del caso de la *Comunidad Indígena Yakye Axa versus Paraguay* (Sentencia del 17.06.2005), revelando aspectos tan variados como el patrimonio cultural, histórico, religioso, ideológico, político, profesional, social y familiar de una persona. Así, en el caso de la *Comunidad Indígena Yakye Axa*, al lesionarse la identidad cultural de la referida Comunidad también se lesionó la identidad personal de cada uno de los miembros que la integran.

En este caso, quedó patente que la identidad cultural, con sus raíces históricas, encontrábase vinculada a la tierra ancestral, y el desplazamiento forzado de ésta última, de los miembros de la mencionada Comunidad, afectava seriamente su *identidad cultural*, y, en última instancia, el propio derecho a la vida de sus miembros. El caso de la *Comunidad Indígena Yakye Axa*, sumado al caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaya versus Paraguay* (Sentencia del 29.03.2006), han efectivamente demostrado que la identidad cultural es un componente o agregado del propio derecho a la vida *lato sensu*, y que, si se afecta la identidad cultural, se afecta inevitablemente el propio derecho a la vida de los miembros de la referida comunidad indígena.

IV. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES Y EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA *LATO SENSU*

Aunque no se haya valido de todo el potencial de aplicación del Protocolo de San Salvador ante la CtIADH hasta la fecha, los derechos económicos, sociales y culturales han sido sin embargo protegidos mediante la salvaguardia del derecho de acceso a la justicia *lato sensu* (artículos 8 y 25 de la Convención Americana, tomados conjuntamente). Dos ilustraciones en este sen-

tido encuéntrase en los casos *Baena Ricardo y Otros (270 Trabajadores) versus Panamá* (2001-2003) y *Trabajadores Cesados del Congreso versus Perú* (2006). Aunque la solución encontrada por la Corte en ambos casos (un *renvoi* al derecho interno para las reparaciones) no haya sido hasta la fecha enteramente satisfactoria, en estos casos los derechos laborales han sido protegidos mediante la garantía del acceso a la justicia.

En su sentencia de 1999 en el caso *Baena Ricardo y Otros*, contra Panamá, el Tribunal destestimó una excepción preliminar de supuesta litispendencia (con un procedimiento de la OIT), y continuó con el conocimiento del caso. La sentencia de fondo del 02.02.2001 en el caso *Baena Ricardo y Otros* condenó a Panamá por haber destituido a los 270 trabajadores por aplicación retroactiva de una ley (contra huelga).

La sentencia de fondo del 28.02.2003 en el caso de los *Cinco Pensionistas versus Perú* amparó los pensionistas por denegación de justicia (las sentencias de los tribunales de derecho interno, en su favor, no habían sido ejecutadas). Así, los casos de *Baena Ricardo y Otros* y de los *Cinco Pensionistas* revelan que los derechos económicos, sociales y culturales (derechos laborales) pueden ser protegidos por las garantías del debido proceso y el acceso a la justicia, que cubren todos los derechos, inclusive los derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido, se suma el reciente Voto Disidente que hace pocos días emití en la

Interpretación de Sentencia (del 30.11.2007) en el caso de los *Trabajadores Cesados del Congreso versus Perú*.

En resumen, todos los derechos humanos, inclusive los derechos económicos, sociales y culturales, son exigibles, y, hasta el presente, lo han sido en el sistema interamericano mediante el derecho de acceso a la justicia *lato sensu* y las garantías del debido proceso, tomados conjuntamente. Pasando de la función contenciosa a la función consultiva de la CtIADH, se constata, en la misma línea conceptual, que en materia de Opiniones Consultivas, son de relevancia para todos los derechos humanos, inclusive los derechos económicos, sociales y culturales, la Opinión Consultiva n° 16 sobre el *Derecho a la Información sobre Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal* (1999), y la Opinión Consultiva n° 18 sobre *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* (2003), ambas de trascendental relevancia histórica.

En fin, la protección de los derechos económicos, sociales y culturales ha marcado presencia

– sin expresamente decirlo – en algunas de las Medidas Provisionales de Protección ordenadas por la CtIADH. Claros ejemplos en este sentido se encuentran en las Resoluciones sobre dichas Medidas de Protección adoptadas por la CtIADH en los casos, v.g., de la *Comunidad Mayagna Awas Tingni versus Nicaragua* (2003-2004, sobre demarcación de tierras), del *Pueblo Indígena de Sarayaku versus Ecuador* (2004-2005, sobre explotación de recursos naturales), de las *Comunidades del Jiguanmiandó y del Curbaradó versus Colombia* (2003-2006, sobre incursiones de terceros particulares afectando el *modus vivendi* de miembros de las comunidades), del *Pueblo Indígena Kankuamo versus Colombia* (2004, sobre reconstrucción cultural), todas buscando, en última instancia, salvaguardar el *modus vivendi* de los miembros de las respectivas comunidades⁷.

V. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS MIGRANTES.

En mi Voto Razonado en el caso de la masacre de la *Comunidad Moiwana Suriname*, decidido por la CtIADH (Sentencia del 15.06.2005), me concentré precisamente en la proyección del sufrimiento humano en el tiempo de los migrantes de aquella Comunidad (algunos de los cuales se habían refugiado en la Guyana Francesa) que sobrevivieron una masacre (perpetrada el 29.11.1986 en la aldea Maroon N'djuka de Moiwana, en Suriname). Caracterizé el daño que sufrieron como

“a spiritual one. Under their culture, they remain still tormented by the circumstances of the violent deaths of their beloved ones, and the fact that the deceased did not have a proper burial. This privation, generating spiritual suffering, has lasted for almost twenty years, from the moment of the perpetration of the 1986 massacre engaging the responsibility of the State until now. The N'djukas have not forgotten their dead” (párr. 29).

Solamente mediante la mencionada Sentencia de 2005, proferida por la CtIADH casi dos décadas después, encontraron ellos enfin reparación, con el reconocimiento judicial de su sufrimiento y las reparaciones ordenadas por la CtIADH. En el ámbito de éstas últimas encuéntrase el orden de la Corte de que el Estado demandado debe asegurar su retorno voluntario y seguro a sus tierras ancestrales⁸. No fue esta la primera vez en que abordé el tema de la proyección del sufrimiento humano en el tiempo y la tragedia creciente del desarraigo; anteriormente, lo hice en mi Voto Concurrente (párrs. 1-25) en la Resolución de la Corte sobre Me-

didadas Provisionales de Protección (del 18.08.2000) en el caso de los *Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en República Dominicana*, así como en mi Voto Razonado (párrs. 10-14) en el caso *Bámaca Velásquez versus Guatemala* case (reparaciones, Sentencia del 22.02.2002)⁹, y retomé la cuestión en aprecio en el más reciente caso de la *Comunidad Moiwana*.¹⁰

En efecto, la Sentencia de la CtIADH en este último caso, del 15.06.2005, fue seguida por una Interpretación de Sentencia (del 08.02.2006), en el mismo caso de la *Comunidad Moiwana versus Suriname*, a la cual anexé un Voto Razonado, en el cual abordé los puntos siguientes: a) la delimitación, demarcación y titulación y retorno de tierras (a los miembros sobrevivientes de la Comunidad Moiwana y sus parientes) como formar de reparación; b) el deber del Estado de garantizar el retorno voluntario y sostenible; y c) la necesidad de reconstrucción y preservación de la identidad cultural identity de los miembros de la Comunidad Moiwana.¹¹

Anteriormente, en mi Voto Concurrente en la supracitada Resolución de la CtIADH sobre Medidas Provisionales de Protección (del 18.08.2000) en el caso de los *Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en República Dominicana*, me permití advertir sobre la necesidad apremiante de enfrentar la tragedia contemporánea del desarraigo, y agregué que

“el principio del *non-refoulement*, piedra angular de la protección de los refugiados (como principio del derecho consuetudinario e inclusive del *jus cogens*), puede invocarse inclusive en contextos distintos, como el de la expulsión colectiva de migrantes ilegales o de otros grupos. Dicho principio ha sido recogido también por los tratados de derechos humanos, como lo ilustra el artículo 22(8) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”¹²

La relevancia de este enfoque para la cuestión en aprecio, en relación con las Medidas Provisionales de Protección ordenadas por la CtIADH en el caso supracitado de los *Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en República Dominicana*, ha sido prontamente reconocida en la bibliografía especializada.¹³

La protección de los migrantes también ha marcado presencia en la jurisprudencia de la Corte en materia consultiva. La gran adversidad sufrida por los migrantes fue debidamente señalada, y enfatizada, en el curso de todos los procedimientos consultivos ante la CtIADH conducente a la adopción de sus históricas Opiniones Consultivas

nº 16, del 01.10.1999, sobre el *Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Ámbito de las Garantías del Debido Proceso Legal*, y nº 18, del 17.09.2003, sobre la *Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados*, respectivamente, – que considero las dos más importantes Opiniones Consultivas de toda la historia de la CtIADH. Ambas son verdaderamente pioneras en la jurisprudencia internacional contemporánea, y representan la reacción del Derecho a situaciones de violaciones de derechos humanos en amplia escala, de personas que se encuentran muchas veces en total indefensión. Es apropiado, pues, recordar muy brevemente, en esta conferencia de clausura de tan sólo 30 minutos que aquí nos reúne, la contribución de estas dos Opiniones Consultivas para la salvaguardia de los derechos humanos de migrantes indocumentados.

Las dos Opiniones Consultivas de la CtIADH, que contaron, en los respectivos procedimientos consultivos, con considerable participación pública (Estados intervinientes, organizaciones no-gubernamentales, entidades académicas e individuos), han tenido, no sorprendentemente, la más amplia difusión. Ambas resultaron de consultas formuladas por México, generaron notable movilización en las memorables audiencias públicas ante la Corte, y han tenido gran impacto en numerosos países, inclusive por el número considerable de personas por ambas amparadas.

En la Opinión Consultiva nº 16, la CtIADH vinculó el derecho a la información sobre la asistencia consular (consagrado en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963) a las garantías del debido proceso legal bajo el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La CtIADH agregó que aquel derecho subjetivo se ha cristalizado a lo largo de los años, siendo titular de él todo ser humano privado de su libertad en otro país. En virtud de aquel derecho, toda persona debe ser *inmediatamente* informada por el Estado receptor de que puede contar con la asistencia del cónsul del país de origen, antes de prestar cualquier declaración (autoincriminándose) ante la autoridad policial local.¹⁴

En otras palabras, encuéntrase hoy indisolublemente ligados el derecho a la información sobre asistencia consular y las garantías del debido proceso legal.¹⁵ Mediante esta Opinión Consultiva, la Corte dió una considerable contribución a la propia evolución del Derecho en este particular, para se poner fin a los abusos policiales y a las discriminaciones (inclusive *de jure*) contra extranjeros pobres e iletrados, victimados por la marginación o

exclusión sociales. A la referida Opinión Consultiva me permití agregar un largo Voto Concurrente, de respaldo a las consideraciones de la CtIADH. La importancia histórica de la Opinión Consultiva n° 16 ha sido ampliamente reconocida, sobre todo en relación con los que no tienen cómo defenderse, los más débiles y vulnerables, y que, precisamente por ésto, más necesitan de la protección del Derecho. Su influencia ha sido considerable, habiéndose incorporado a ediciones actualizadas de los *Guías de Práctica Consular* de las Cancillerías de diversos países del continente americano, y a nuevas prácticas de protección (más que asistencia) consular por éstos inauguradas.¹⁶

El 17 de septiembre de 2003 la CtIADH emitió su Opinión Consultiva n° 18, sobre la *Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados*, en la cual sostuvo que los Estados deben respetar y asegurar el respeto de los derechos humanos a la luz del principio general y básico de la igualdad y no-discriminación, y que cualquier tratamiento discriminatorio en relación con la protección y el ejercicio de los derechos humanos genera la responsabilidad internacional de los Estados. En el entendimiento de la CtIADH, el principio fundamental de igualdad y no-discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*.

La Corte agregó que los Estados no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en detrimento de los migrantes, y deben asegurar el debido proceso legal a cualquier persona, independientemente de su estatuto migratorio. Este último no puede ser una justificativa para privar a una persona del goce y ejercicio de sus derechos humanos, inclusive sus derechos laborales. Los trabajadores migrantes indocumentados tienen los mismos derechos laborales que otros trabajadores del Estado de empleo, y este último debe asegurar el respeto por estos derechos en la práctica.

Los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de igualdad ante la ley y no-discriminación a los objetivos de sus políticas migratorias o otras. En mi extenso Voto Concurrente en esta Opinión Consultiva n° 18, como Presidente de la Corte, abordé los nueve puntos siguientes: a) la *civitas maxima gentium* y la universalidad del género humano; b) las disparidades del mundo contemporáneo y la vulnerabilidad de los migrantes; c) la reacción de la conciencia jurídica universal; d) la construcción del derecho individual subjetivo del asilo; e) la posición y el papel de los principios generales del Derecho; f) los principios fundamentales como *substratum* del propio ordenamiento jurídico; g) el principio de la igualdad y no-discriminación

en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; h) la emergencia, el contenido material y el ámbito del *jus cogens*; y i) la emergencia y el alcance de las obligaciones *erga omnes* de protección (sus dimensiones horizontal y vertical). La Opinión Consultiva n° 18, sobre la *Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados*, ya ha tenido, por todas sus implicaciones, un impacto considerable en el continente americano, y su influencia ya se extiende a otras latitudes, dada la importancia de la materia en aprecio.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Ya es tiempo de dejar de “categorizar” los derechos humanos en derechos civiles y políticos, y derechos económicos, sociales y culturales, una artificialidad propia de otra época, de una época pasada que ya no más existe. La organización temática de este Seminario internacional no ha escapado de esta artificialidad, que lamentablemente sigue repitiéndose *ad nauseam* en el tiempo. Hay que abordar los llamados derechos económicos, sociales y culturales en el marco de la indivisibilidad – en la teoría y en la práctica – de todos los derechos humanos, igualmente exigibles.

Hay que parar de buscar en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos algo que él no puede proveer, por ser un lamentable anacronismo histórico, una disposición de pésimas concepción y formulación, fruto del antagonismo ideológico del tiempo de su perezosa redacción. La CtIADH ha buscado trascender el letargo mental reflejado en la redacción del artículo 26 de la Convención Americana mediante una construcción jurisprudencial creativa, cuyo alcance no ha sido examinado hasta la fecha con el debido cuidado que requiere y amerita.

No hay cómo negar que el derecho de acceso a la justicia *lato sensu* – *el derecho al Derecho*, comprendiendo las garantías judiciales, el derecho a la prestación jurisdiccional y, cuando debidas, a las reparaciones, – abarca todos los derechos humanos, inclusive los derechos económicos, sociales y culturales. El principio básico de la igualdad y no-discriminación, que la CtIADH situó en el dominio del *jus cogens*, informa y conforma y ampara todos los derechos humanos, inclusive los derechos económicos, sociales y culturales.

El día en que el Protocolo de San Salvador de 1988 sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se torne el tema central de un caso contentioso ante la CtIADH, podrá ésta dar nuevos aportes en su construcción jurisprudencial.

cial en materia de protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Mientras tanto, podrá seguir avanzando la construcción en que ya se encuentra comprometida, a la luz de una visión holística o integral de los

derechos humanos en la teoría y en la práctica, anteriormente examinada en esta conferencia de clausura, dentro de los límites materiales y de tiempo ya aludidos.

NOTAS

1. Conferencia de clausura impartida por el Autor, el 12 de diciembre de 2007, en el Seminario Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, organizado por el Alto-Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), en la sede de la CEPAL en Santiago de Chile.
2. A.A. Cançado Trindade, *La Cuestión de la Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Evolución y Tendencias Actuales*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Serie para ONGs, vol. 6), 1992, pp. 1-61; A.A. Cançado Trindade, "La question de la protection internationale des droits économiques, sociaux et culturels: évolution et tendances actuelles", 44 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1991) pp. 13-41; A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, 2a. ed., tomo I, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 2003, cap. IX, pp. 445-503; A.A. Cançado Trindade, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, 2a. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, cap. III, pp. 93-144; entre otros.
3. Cf. A.A. Cançado Trindade, "O Processo Preparatório da Conferência Mundial de Direitos Humanos: Viena, 1993", 17 *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (1993-1994) pp. 47-85; A.A. Cançado Trindade, "Memória da Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993)", 87/90 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1993-1994) pp. 9-57.
4. La idea de dotar este Pacto, mediante el proyectado Protocolo, de un sistema de peticiones, fundamentábase en la necesidad de buscar la superación de la "disparidad" de procedimientos para "distintas categorías" (dando así expresión concreta a la exigibilidad de todos los derechos humanos); la necesidad de presentar cuestiones más "tangibles" en relación con tales derechos; la necesidad de estimular los Estados a proveer recursos más eficaces para la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales; y la necesidad de dar mayor visibilidad a la reivindicación de tales derechos.
5. CtIADH, caso de los "Niños de la Calle" (Villa-grán Morales y Otros versus Guatemala, Sentencia del 19.11.1999), Voto Concurrente Con-junto de los Jueces A.A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, párrs. 4 y 9.
6. Y cf. también la Sentencia sobre reparaciones del mismo caso, del 26.05.2001.
7. Para el texto mis Votos Concurrentes en estos casos, cf. A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos – Esencia y Trascendencia* (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2006), México, Edit. Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2007, pp. 891-983.
8. Para el texto completo de mi Voto Razonado en el caso de la Comunidad Moiwana versus Suriname, cf. A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos – Esencia y Trascendencia* (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2006), México, Edit. Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2007, pp. 539-567.
9. Para el texto completo de mis supracitados Votos Concurrentes y Razonados, cf. *ibid.*, pp. 876-883 y 321-330, respectivamente.
10. Es significativo que, en su Sentencia en el caso de la Comunidad Moiwana versus Suriname, la CtIADH, con base en la Convención Americana y a la luz del principio *jura novit curia*, dedicó toda una sección de su Sentencia al desplazamiento forzado – una *malaise* de nuestros tiempos – y estableció una violación por el Estado demandado del artículo 22 de la Convención Americana (sobre libertad de movimiento y residencia) en combinación con el deber general del artículo 1(1) de la Convención (párrs. 101-119).
11. Para el texto completo de mi Voto Razonado en el caso de la Comunidad Moiwana versus Suriname (Interpretación of Sentencia, del 08.02.2006), cf. A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos – Esencia y Trascendencia* (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2006), México, Edit. Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2007, pp. 683-693.
12. Párr. 7 n° 5 de mi Voto Concurrente, texto in: A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos – Esencia y Trascendencia* (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2006), México, Edit. Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2007, p. 878.

13. Cf., v.g., Jaime Ruiz de Santiago, *El Problema de las Migraciones Forzosas en Nuestro Tiempo*, Mexico, Instituto Mexicano de Doctrina Social Cristiana, 2003, pp. 27-30.
14. En lo que concierne a los detenidos extranjeros condenados a la muerte, advirtió la Corte que, en caso de imposición y ejecución de la pena de muerte, sin la observancia previa del derecho a la información sobre la asistencia consular, esta inobservancia afecta las garantías del debido proceso legal, y a fortiori viola el propio derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente (en los términos del artículo 4 de la Convención Americana y del artículo 6 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas).
15. Y, en casos de pena de muerte, el propio derecho a la vida.
16. Cf. A.A. Cançado Trindade, "The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion n° 16 (1999) of the Inter-American of Human Rights on International Case-Law and Practice", 4 *Chinese Journal of International Law* (2007) pp. 1-16.