

## LA CLÁUSULA DE NO REGRESIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

PABLO SÁNCHEZ-MOLINA  
(Universidad de Sevilla)

El Derecho Constitucional constituye el terreno sobre el que se construyen las sociedades contemporáneas y, dentro de este, los Derechos Humanos (en adelante, DDHH) conforman una de sus partes más imprescindibles, sin ellos no se podrían alcanzar las condiciones mínimas para que la construcción social sea viable a largo plazo. Como no puede ser de otro modo, el derecho evoluciona conforme lo hace la sociedad aunque, normalmente, con algo de retraso. La evolución del ordenamiento, bien vía interpretativa o de reforma, es, con carácter habitual, positiva debido a que a su través se facilita el acercamiento de una regulación a las circunstancias actuales. Es por ello que en la evolución de los Derechos Humanos entran en juego una gran número de factores que superan el ámbito del derecho. Un buen ejemplo lo constituye la «aculturación»<sup>1</sup>.

En esta evolución la labor de las fuentes del derecho es esencial. Estas constituyen la vía de acceso de las posibles modificaciones en el ámbito de los DDHH a derecho aplicable. Nos encontramos, por lo tanto, ante unas fuentes que han ido incorporando la noción de globalización en el ámbito jurídico, superando el carácter nacional que tradicionalmente había imperado<sup>2</sup>. En la actualidad, el derecho de producción interna interacciona con otra serie de normas, de producción externa, que han revolucionado el mundo del derecho y, por ello, la evolución en el ámbito de los DDHH cuenta con una doble perspectiva: nacional e internacional. Esta doble perspectiva, en ocasiones, produce el mismo efecto al constituirse como dos afluentes que desembocan en el río de los derechos nacionales y, presidida por el diálogo y la recepción mutua, ha llevado a la incorporación en las constituciones nacionales de mecanismos de interpretación y recepción del derecho internacional de los DDHH.

---

<sup>1</sup> Ver GOODMAN, Ryan y JINKS, Derek (2004): “How to influence states: socialization and international human rights law”, Volume 54, Number 3. P. 638 y ss.

<sup>2</sup> Una visión tradicional del derecho internacional puede verse, por ejemplo, en CABALEIRO, Enrique (1962): Los tratados internacionales, la importancia de la nacionalidad de sus destinatarios, Ediciones Rialp, S. A., Madrid. Págs. 105 y ss.

El ámbito de la protección internacional de los DDHH es considerablemente homogéneo. Al analizar los distintos tratados internacionales que recogen los acuerdos mínimos en este ámbito no encontramos grandes diferencias en lo que a derechos reconocidos se refiere. Esta homogeneidad no implica una total identidad, por lo que los diferentes instrumentos están capacitados para otorgar diversos estándares de protección a un determinado derecho. Aun así, los instrumentos internacionales de protección de los DDHH no son la única vía a través de la que se configuran estos derechos esenciales, sino que la protección efectiva derivará, sobre todo, de las regulaciones de los Estados. Los preceptos reconocidos en el derecho internacional y nacional coinciden, normalmente, en su tenor y extensión pero, en ocasiones, las diferencias existen.

Con carácter general, los Convenios de protección de los Derechos Humanos otorgan una protección mínima que todos los Estados parte tienen que alcanzar y pueden superar. En este sentido, el principio de subsidiariedad, del que deriva la condición de los tratados internacionales de protección de los Derechos Humanos como un mínimo común de protección (lo que no obsta para que los Estados otorguen un nivel de protección mayor) constituye uno de los primeros conceptos a tener muy en cuenta y que será desarrollado a la largo del presente trabajo. La razón radica en la diversidad de Estados signatarios y en la necesidad de fijar unas bases comunes a todos ellos. La consideración de los Tratados Internacionales de protección de los DDHH como mínimo común ha llevado a que la mayoría de los sistemas de protección internacional de los DDHH fijen cláusulas para impedir que esta característica suponga una traba en la evolución de estos derechos. En este punto, el principio de no regresión de los Derechos Humanos se nos presenta como esencial en la correcta evolución de estos derechos imprescindibles en cualquier sociedad democrática.

La Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) ha definido «medidas regresivas» como «aquellas disposiciones o políticas cuya aplicación signifique un retroceso en el nivel del goce o ejercicio de un derecho protegido»<sup>3</sup>. En este sentido, alguna doctrina ha conceptualizado la regresividad como un límite a la

---

<sup>3</sup> AG/RES. 2074 (XXXV-O/05). Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el Protocolo de San Salvador. A través de TORRES ZÚÑIGA, Natalia (2015) “Justiciabilidad de las medidas regresivas de los derechos sociales. Algunas reflexiones acerca de su protección en América Latina” en *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, nº 75, pág. 96.

actuación de los poderes públicos y, a su vez, como una garantía de protección de los derechos de los individuos<sup>4</sup>.

Podríamos preguntarnos si para aplicar siempre aquella perspectiva más favorable en pro de los Derechos Humanos es necesaria la existencia de una cláusula a nivel internacional o, por el contrario, es suficiente con limitaciones y garantías en el ámbito estatal o, incluso, podríamos considerar que esta situación deviene en un principio interpretativo de carácter general y cuyo argumento fundamental deriva de un hecho en concreto: la pluralidad de fuentes internas. Para dar respuestas a estas cuestiones es necesario conocer el ámbito de la mayor protección de los DDHH en toda su extensión partiendo de todos los sujetos implicados: los sistemas internacionales de protección de los DDHH y los propios Estados parte de dichos tratados.

Desde un punto de vista internacional y, a primera vista, el motivo de la inclusión de estas cláusulas radicaría en condicionar la aplicabilidad de las normas. Por ello, un tratado que recoja en su texto la cláusula de la mayor protección estará limitando la propia aplicación de su normativa en los supuestos que exista otra norma más protectora<sup>5</sup>. Estas cláusulas, también denominadas «saving clause»<sup>6</sup>, buscan en última instancia que no se vaya en contra de la esencia de la salvaguarda de los Derechos Humanos desde una perspectiva dinámica y evolutiva que iría más allá de la permisividad a la hora de aplicar normas más protectoras. Si a través de estas cláusulas los Estados parte, o incluso otros tribunales internacionales, gozaran de la posibilidad de elegir entre la aplicación de la normativa internacional o la suya propia esta perdería virtualidad y eficacia para una mayor protección. En esta línea, los Estados estarían legitimados tanto para proteger como limitar los DDHH en el caso que vieran oportuno. Es por ello que para conocer la tendencia de esta cláusula no solo basta con analizar el tenor literal de los preceptos que la contienen sino estudiar, en última instancia, su aplicación práctica.

---

<sup>4</sup> TORRES ZÚÑIGA, Natalia (2015): “Justiciabilidad de las medidas regresivas de los derechos sociales. Algunas reflexiones acerca de su protección en América Latina” en Derecho PUCP, N°75. Pág. 98.

<sup>5</sup> Rachovitsa, Adamantia (2016): “Treaty Clauses and Fragmentation of International Law: Applying the More Favourable Protection Clause in Human Rights Treaties” en Human Rights Law Review, 16. Pág. 77.

<sup>6</sup> Sharon Detrick, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child (1999). Martinus Nijhoff Publishers. The Hague, Boston, London. Pág. 712.

Nos encontramos ante una disposición normativa vinculante para los Estados pero sometida a condiciones para su ejercicio dependiendo del tratado internacional ante el que nos encontremos<sup>7</sup>. Una disposición que la doctrina ha denominado: la cláusula de la mayor protección de los Derechos Humanos. Si soy seleccionado, en el desarrollo de mi exposición en la Universidad de Lleida analizaré el origen de la cláusula y su expansión en el derecho internacional de los DDHH, poniendo especial énfasis en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Convención Americana de Derechos Humanos. Las especificidades de preceptos muy similares insertos en sistemas jurídicos diversos será uno de los principales conductores de mi exposición, lo que denominado la teoría de las diferentes personalidades.

---

<sup>7</sup> «First, it must be shown that a more favourable provision under an international treaty is binding on the respondent State». RACHOVITSA, Adamantia (2016). Pág. 99.