

IIDH Serie Estudios de Derechos Humanos Tomo VI

Estudios ásicos de erechos umanos VI

A u t o r e s :

Alirio Abreu Burelli, María Luisa Bartolomei, Antônio A. Cançado Trindade, Luis Cervantes, Guilherme L. da Cunha, Gonzalo Elizondo Breedy, José H. Fischel de Andrade, Emilio García Méndez, Alberto León Gómez Zuluaga, Alonso Gómez-Robledo Verduzco, Felipe González, Robert Kogod Goldman, Abraham Magendzo, María Elena Martínez Salgueiro, Jaime Ordóñez, Ernesto Ottone, Yves Sandoz, Bertha Santoscoy, Joaquín Tacsan Chen, Hernando Valencia Villa.

C o m p i l a d o r e s :

Antônio A. Cançado Trindade, Charles Moyer, Cristina Zeledón

P r e s e n t a c i ó n d e l a S e r i e :

Antônio A. Cançado Trindade

IIDH
Instituto Interamericano
de Derechos Humanos

Ministerio Real de
Relaciones Exteriores
de Noruega

IIDH Serie Estudios Básicos de Derechos Humanos

Tomo VI

IIDH Serie Estudios de Derechos Humanos Tomo VI

Estudios **B**ásicos de **D**erechos **H**umanos VI

A u t o r e s

Alirio Abreu Burelli, María Luisa Bartolomé, Antônio A. Cançado Trindade, Luis Cervantes, Guilherme L. da Cunha, Gonzalo Elizondo Breedy, José H. Fischel de Andrade, Emilio García Méndez, Alberto León Gómez Zuluaga, Alonso Gómez-Robledo Verduzco, Felipe González, Robert Kogod Goldman, Abraham Magendzo, María Elena Martínez Salgueiro, Jaime Ordóñez, Ernesto Ottone, Yves Sandoz, Bertha Santoscoy, Joaquín Tacsan Chen, Hernando Valencia Villa.

C o m p i l a d o r e s

Antônio A. Cançado Trindade, Charles Moyer, Cristina Zeledón

P r e s e n t a c i ó n d e l a S e r i e :

Antônio A. Cançado Trindade

IIDH
Instituto Interamericano
de Derechos Humanos

Ministerio Real de
Relaciones Exteriores
de Noruega

Serie
ESTUDIOS BÁSICOS DE DERECHOS HUMANOS
Tomo VI

Primera Edición, San José, 1996

Las opiniones que se presentan en los artículos son responsabilidad exclusiva de sus autores y no reflejan necesariamente los puntos de vista del IIDH ni las posiciones de las agencias de cooperación de los gobiernos u organizaciones internacionales que patrocinan esta publicación.

© Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996. Todos los derechos reservados.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio existente sin la autorización explícita y escrita del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Este material puede ser citado siempre que se dé el respectivo crédito.

341.481

159e Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Estudios básicos de derechos humanos VI/
Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Compilado por Antônio A. Cançado Trindade, Charles Moyer y Cristina Zeledón — San José, C.R.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996.

640 p.; 8 1/4" x 5 1/4". — (Estudios Básicos de Derechos Humanos, Tomo VI).

ISBN 9977-962- 87-1

1. DERECHOS HUMANOS-PROTECCIÓN 2. DERECHOS HUMANOS - SISTEMA EUROPEO, 3. DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. 4. DERECHO LABORAL. 5. DERECHO CONSTITUCIONAL. 6. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.
I. Picado S., Sonia, comp. II. Trindade Antônio A. Cançado, comp. III. Cuéllar, Roberto, comp. IV. Título. V. Serie.

I Reimpresión Noviembre de 1999

**INSTITUTO INTERAMERICANO
DE DERECHOS HUMANOS**

Apartado Postal 10.081 - 1000
San José, COSTA RICA
Tel.: (506) 234-0401-05 Fax: (506) 234-0955

IMPRESIÓN: MUNDO GRÁFICO S.A.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

Antonio A. Cançado Trindade..... XI

LOS DERECHOS NO SUSCEPTIBLES DE SUSPENSIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Antonio A. Cançado Trindade..... 17

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS A TRAVÉS DEL AMPARO

Alirio Abreu Burelli..... 41

DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN LAS RELACIONES LABORALES -OIT- ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN EN AMÉRICA LATINA

María Elena Martínez Salgueiro.....137

LOS DERECHOS LABORALES: LA LIBERTAD SINDICAL

Alberto León Gómez Zuluaga.....171

EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES

Alonso Gómez-Robledo Verduzco.....235

EL DEBATE ACTUAL SOBRE EL TRABAJO INFANTO-JUVENIL EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE: TENDENCIAS Y PERSPECTIVAS

Emilio García Méndez.....255

LA TAREA DESBORDANTE DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS <i>Guilherme L. da Cunha</i>	275
DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO APLICABLE A LOS DESPLAZADOS INTERNOS <i>Robert Kogod Goldman</i>	285
LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DESPLAZADOS INTERNOS A LA LUZ DEL DERECHO COSMOPOLÍTICO DE KANT <i>Hernando Valencia Villa</i>	303
DERECHO O DEBER DE INJERENCIA, DERECHO DE ASISTENCIA: ¿DE QUÉ HABLAMOS? <i>Yves Sandoz</i>	321
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, GOBERNABILIDAD Y DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA <i>Jaime Ordóñez</i>	341
LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN EL DERECHO COMPARADO. UN ESTUDIO INTRODUCTORIO SOBRE SUS ANTECEDENTES Y SITUACIÓN JURÍDICA ACTUAL <i>Luis Cervantes</i>	355
BALANCE SOBRE LA LABOR DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS, CON ATENCIÓN ESPECIAL AL CASO DE HAÍTÍ <i>Berthia Santoscoy</i>	391

EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y SU EFICACIA: EVALUACIÓN Y PERSPECTIVAS FUTURAS <i>Felipe González</i>	435
EL SISTEMA AFRICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS <i>José H. Fischel de Andrade</i>	447
REFLEXIONES SOBRE LA EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS <i>Gonzalo Elizondo Breedy</i>	493
DILEMAS Y TENSIONES EN TORNO A LA EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS EN DEMOCRACIA <i>Abraham Magendzo</i>	503
DESARROLLO Y CULTURA: UNA VISIÓN CRÍTICA DE LA MODERNIDAD EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE <i>Ernesto Ottone</i>	519
DIVERSIDAD EN LA CONCEPTUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: UNIVERSALISMO Y DIVERSIDAD CULTURAL EN AMÉRICA LATINA <i>María Luisa Bartolomei</i>	541
LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DESDE LA PERSPECTIVA TEÓRICA DEL CONOCIMIENTO NORMATIVO <i>Joaquín Tacsan Chen</i>	587

PRESENTACIÓN DE LA SERIE

Tomo VI

La protección internacional de los derechos humanos viene experimentando una considerable expansión en las últimas décadas. Su dinámica, en constante evolución, requiere un esfuerzo de evaluación permanente de modo que los mecanismos de protección puedan seguir funcionando con eficacia. Dichos mecanismos se han desarrollado como prontas respuestas a las múltiples violaciones de los derechos humanos; de ahí su diversidad en cuanto a las bases y efectos jurídicos, y a los beneficiarios y a los ámbitos de aplicación, con la consecuente complejidad de operación y necesidad de coordinación. Dichos mecanismos tienen, además, que adaptarse a las transformaciones del medio social en el cual funcionan. Se impone, pues, en el examen de la materia, un equilibrio entre la teoría y la práctica, entre la reflexión y la acción.

El presente tomo da seguimiento a una serie de publicaciones que tengo el honor de presentar, inaugurada hace poco más de un año y medio, y que reúne contribuciones de destacados especialistas y conocedores de la teoría y práctica de la protección de derechos humanos. Dichas contribuciones propician una visión de conjunto de aspectos relevantes de la temática de los derechos humanos, con atención especial a nuestro continente, en un lenguaje deliberadamente accesible a un público más amplio que el de los especialistas en la materia.

Este sexto tomo, como los cinco anteriores, se ofrece como una compilación de estudios básicos de derechos humanos de interés para todo público. Este nos parece ser el sentido propio de su contribución. No podemos dejar aquí de registrar nuestro agradecimiento a los autores, por el pronto envío de sus valiosos aportes al Instituto, así como al Sr. Charles Moyer, Jefe de la Unidad Editorial del IIDH, y a la señora Cristina Zeledón, Jefa del Programa de Poblaciones Migrantes del IIDH, por la dedicada asistencia que nos prestaron en la labor de compilación de los textos y confección de este tomo. Sin la colaboración de todos no hubiera sido posible esta publicación en tiempo tan breve.

El presente tomo, cuyo contenido no pretende ser exhaustivo, cubre sin embargo distintos y variados tópicos de la agenda internacional contemporánea de los derechos humanos, en lo que concierne a los aspectos tanto conceptual como operativo. La riqueza de su contenido corresponde al propósito del IIDH de prestar su contribución al cultivo y desarrollo de uno de los grandes temas de la actual agenda internacional de los derechos humanos, el de la protección de los derechos humanos. Su publicación se da en un momento oportuno que sigue a la considerable movilización internacional generada por el actual ciclo de Conferencias Mundiales de Naciones Unidas (Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro, 1992; Derechos Humanos, Viena, 1993; Población y Desarrollo, Cairo, 1994; Desarrollo Social, Copenhagen, 1995; Mujer, Beijing, 1995; y, próximamente, Habitat - II, Estambul, 1996).

Un divisor de aguas en la agenda internacional contemporánea de los derechos humanos reside precisamente en el reconocimiento, por la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Naciones Unidas (Viena, junio de 1993), de la legitimidad de la preocupación de toda la comunidad internacional con la plena vigencia de todos los derechos humanos. Recordamos momentos memorables de aquella Conferencia, en los cuales, al intentarse relacionar las "realidades de nuestro tiempo" con el "espíritu de nuestra época", se concluyó que este último se caracteriza de modo especial por la aspiración común a valores superiores, al incremento de la promoción y protección de los derechos humanos intensificadas en la transición democrática y en la instauración del

Estado de Derecho en tantos países, a la búsqueda de soluciones globales en el tratamiento de temas globales (como, por ejemplo, el de la apremiante necesidad de erradicación de la pobreza extrema al flagelar de modo alarmante segmentos crecientes de la población). El legado de aquel diálogo universal encuéntrase marcado, sobre todo, por la visión integrada de todos los derechos humanos, por la atención especial a los más necesitados de protección (los más carentes y socialmente excluidos), por la dimensión temporal (con medidas de prevención y de seguimiento) de la protección, por lo que podríamos denominar de *omnipresencia* de los derechos humanos. Esta última, a nuestro juicio, se concreta en el reconocimiento de que los derechos humanos se imponen a todos -no sólo a los Estados, sino también a los organismos internacionales, a los grupos privados y a los particulares- en toda parte, a todo momento, acarreando así obligaciones *erga omnes*. Estamos, en última instancia, en medio a un proceso de construcción de una cultura universal de observancia de los derechos humanos, en consonancia con el "espíritu de nuestra época".

En este propósito un rol importante está reservado, en nuestro continente, al sistema interamericano de protección de los derechos humanos. En efecto, el legado de aquella concertación mundial es válido tanto para el sistema universal como para los sistemas regionales, todos esencialmente complementarios y unidos por la identidad última de propósito de protección del ser humano. Las perspectivas de los regímenes regionales de protección de los derechos humanos, como el interamericano, han de ser consideradas necesariamente en el ámbito de la universalidad -en los planos tanto normativo como operacional- de los derechos humanos. Nunca está demás señalar que la universalidad no equivale a la uniformidad; al contrario, es enriquecida por las particularidades regionales. El principal documento emanado de la Conferencia Mundial de 1993 contiene toda una sección dedicada a la educación en derechos humanos (párrafos 78-82 y 33 de la Declaración y Programa de Acción de Viena). Urge a los Estados a que establezcan programas de educación en derechos humanos y enfatiza la importancia de la diseminación de datos pertinentes tanto teóricos como prácticos para la promoción y la observancia de los derechos humanos, en beneficio de todos los individuos sin discriminación.

Desde la adopción de la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, tres otras Conferencias Mundiales de gran transcendencia se realizaron. El Programa de Acción adoptado por la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (Cairo, septiembre de 1994), si por un lado revela la incidencia de particularidades culturales, por otro lado busca un delicado equilibrio entre la atención a los "valores religiosos y éticos y contextos culturales" de los pueblos, y la conformidad con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, además de lograr incorporar expresamente la dimensión de los derechos humanos en el tratamiento de las cuestiones poblacionales y relacionarlos con el desarrollo sustentable (cf. U.N., *Population and Development - Programme of Action Adopted at the International Conference on Population and Development*, Cairo, 05-13.09.1994, N.Y., U.N., 1995, pp. 1-100).

La Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social (Copenhague, marzo de 1995), a su vez, abordó los temas centrales de la erradicación de la pobreza (y la expansión del empleo productivo), así como el fortalecimiento de la integración social (en particular de los grupos más desfavorecidos). Y, más recientemente, la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, septiembre de 1995), produjo una amplia Plataforma de Acción, con miras a la emancipación de la mujer y, en este propósito, objetivando acelerar las estrategias de promoción, protección y fortalecimiento de sus derechos humanos. Tal como lo señala el Secretario General de las Naciones Unidas, la Plataforma de Acción de Beijing busca la eliminación de "todos los aspectos que impiden a las mujeres ejercer un rol activo en todos los dominios de la vida pública y privada", inclusive en la toma de decisiones; y se basa en el principio de la repartición de poderes y responsabilidades entre hombres y mujeres en todas partes, tanto en los locales de trabajo como en los hogares y "en el seno de las comunidades nacional e internacional" (B. Boutros-Ghali, "Introduction", *Les Nations Unies et les droits de l'homme 1945-1995* (Série Livres bleus des Nations Unies, vol. VII), N.Y., U.N., 1995, p. 94).

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos, como entidad internacional autónoma, de naturaleza académica, dedicada

a la enseñanza, investigación y promoción de los derechos humanos, no podría dejar de dar su contribución, que seguramente se consolidará de forma permanente, a la más amplia difusión del pensamiento contemporáneo en materia de derechos humanos. El Instituto así lo hace con base en los pilares de su acción, a saber, los principios de la democracia representativa, del Estado de Derecho, del pluralismo ideológico y del respecto a las libertades fundamentales del ser humano. En esta tarea de difusión, el IIDH, hasta la fecha, a la par de sus libros, de su *Revista* y de sus series especializadas (*Cuadernos de CAPEL*, *Boletín Electoral Latinoamericano*, *Serie Para ONG*, *Éxodos en América Latina*, *Boletín Documental - Refugiados*, *Iudicium et Vita - Jurisprudencia Nacional de América Latina en Derechos Humanos*), ha promovido la publicación, esporádicamente, de algunos de los textos de los estudios presentados en sus Cursos Interdisciplinarios anuales o en sus numerosos Seminarios especializados, sea en forma de antologías o de memorias de algunos de aquellos eventos.

Estimamos que, con la expansión y consolidación de su vasto programa de actividades académicas, el IIDH ha alcanzado un grado de madurez institucional que le permite a partir de ahora promover de forma regular y sistemática la publicación en serie de los principales estudios presentados en el marco de aquellas actividades. En este propósito, pretendemos, con este tomo, dar seguimiento a la nueva serie de publicaciones de estudios de derechos humanos en la forma de *occasional papers*, sin las imposiciones de una rígida periodicidad (de un *Recueil des Cours*, por ejemplo), para rescatar y difundir a un público más amplio las contribuciones académicas del IIDH. Al así proceder, es nuestra intención congregar estudios *básicos*, a ejemplo de los presentados en este tomo, así como estudios *especializados*, más extensos, en derechos humanos.

Pretendemos, con la publicación de los primeros, proporcionar a un público más amplio los nuevos aportes al pensamiento contemporáneo de los derechos humanos recogidos en las actividades del IIDH; y, con la publicación de los segundos, proporcionar a los especialistas en la materia elementos que les ayuden a evaluar constantemente los rumbos de la evolución contemporánea.

nea de la protección internacional de los derechos humanos, con atención especial al continente americano, en el cual actúa el IIDH. Es nuestra esperanza que esta nueva serie fructifique, de modo a contribuir para que se logre mantener un equilibrio entre el pensamiento lúcido y la acción esclarecida en materia de los derechos humanos; o sea, para que el IIDH, en la realización de sus objetivos y a la par de sus múltiples actividades, se convierta simultáneamente en un centro de difusión ordenada de la reflexión en materia de derechos humanos, con especial atención a nuestro continente.

San José de Costa Rica, 6 de mayo de 1996.

Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE
Director Ejecutivo
del Instituto Interamericano de Derechos Humanos

LOS DERECHOS NO SUSCEPTIBLES DE SUSPENSIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE

- I *Introducción: La No-Suspensión y las Normas Perentorias.*
- II *Antecedentes de la Jurisprudencia de la CPJI.*
- III *La Contribución de la Jurisprudencia de la CIJ.*
- IV *Consideraciones Finales.*

I. Introducción: La No-Suspensión y las Normas Perentorias

En el dominio del derecho internacional de los derechos humanos ha habido una evolución notable en el concepto de la no-suspensión de derechos que surge de la búsqueda del mínimo irreducible y universalmente reconocible en la protección de la persona humana. Se trata del núcleo duro común (*common hard core*) de algunos derechos básicos que no pueden ser suspendidos. En primer lugar, este núcleo duro encontró expresión, al nivel normativo, en algunas disposiciones claves de ciertos tratados tanto de derecho humanitario como de derechos humanos¹. Recientemente ha sido fortalecido por la práctica y la jurisprudencia de los órganos de supervisión internacional de derechos humanos, que lo han elaborado y le han dado precisión. Existe actualmente un debate doctrinal fructífero sobre la posible expansión del actual núcleo duro de derechos básicos no susceptibles de suspensión (emanando de un examen comparativo de tratados de derechos humanos)². En vista de la indivisibilidad o interrelación de todos los derechos humanos, tal ampliación, además de ser una meta deseada, es epistemológicamente posible.

Posibles dificultades prácticas han resultado en otro -tal vez más realístico- enfoque, en virtud del cual a los derechos que no pueden ser suspendidos se agregan las garantías judiciales que

1 Por ejemplo, a nivel universal, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, art. 4(2); los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 sobre Derecho Internacional Humanitario, artículo 3 común; y, al nivel regional, la Convención Europea de Derechos Humanos, art. 15 (2); la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 27.

2. Por ejemplo, el derecho a la vida; el derecho de no ser sometido a torturas o a esclavitud; el derecho de no ser culpable en aplicación retroactiva de penas; cf. también el derecho a la integridad física, mental y moral (por ejemplo, de acuerdo a la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes).

son esenciales para su salvaguardia³. Toda esta cuestión no puede ser separada de desarrollos recientes y el debate más amplio sobre el *jus cogens* en materia de los derechos humanos: por ello, hace casi una década, se pensaba que no distaría mucho el día en que ciertos derechos fundamentales llegarían a ser reconocidos como dotados de carácter imperativo y de los cuales no se permitiría ninguna suspensión, independientemente de lo acordado y previsto convencionalmente⁴. Tampoco se puede separar esta cuestión de los esfuerzos de hoy día tendientes a la creación de obligaciones *erga omnes* (sea por un enfoque en principios generales del derecho ampliamente reconocidos⁵, o sea por disposiciones relativas a derechos humanos en las cartas constitutivas de organizaciones internacionales⁶), o de la cuestión del fundamento de normas perentorias en el derecho consuetudinario⁷.

Otro enfoque contemporáneo es el de promover las convergencias -a niveles normativo, hermenéutico y operativo- entre el

3 Por ejemplo, de acuerdo a la octava y novena Opiniones Consultivas (ambas de 1987) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

4 Trindade, A.A. Cançado, "Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)", 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* (1987) págs. 86-87, 79-80, 89-90 y 402; y cf. págs. 75-80 y 86-90 para una discusión de la naturaleza no-derogable e imperativa de los derechos fundamentales.

5 De acuerdo al art. 38 (1) (c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Cf., en general, Blondel, A. "Les principes généraux de droit devant la Cour Permanente de Justice Internationale et la Cour Internationale de Justice", en *Recueil d'études de Droit International en hommage à Paul Guggenheim*, Ginebra, IUHEI, 1968, págs. 201-236; Vallindas, P.G. "General Principles of Law and the Hierarchy of the Sources of International Law", en *Grundprobleme des internationalen Rechts - Festschrift für Jean Spiropoulos*, Bonn, Schimmelbusch & Co., 1957, págs. 425-431.

6 Tales como los arts. 55-56 de la Carta de las Naciones Unidas.

7 Cf. Meron, Th., *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law* Oxford, Clarendon Press, 1989 (reedición 1991), págs. 81-85, 88-89 y 99.

derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los refugiados para fortalecer la protección de la persona humana⁸, en cuanto a lo que se refiere a los derechos que no pueden ser suspendidos. Es muy probable que los órganos internacionales de supervisión de los derechos humanos seguirán en sus esfuerzos por extender la inalienabilidad de derechos que no se encuentran actualmente entre los derechos no susceptibles de suspensión consagrados en los tratados de derechos humanos⁹: después de todo, los derechos no susceptibles de suspensión y las normas perentorias representan un logro definitivo de la civilización, mientras que la enumeración, a su vez, de derechos y normas actualmente reconocidos como tales, no es definitiva, porque está sujeta a una evolución y expansión constantes en vista de que, en el contexto actual, el derecho internacional ha sido empleado para mejorar y fortalecer - nunca para debilitar - el grado de protección de los derechos reconocidos¹⁰.

Aunque la contribución de la práctica o la jurisprudencia de los órganos internacionales de supervisión de derechos humanos es de una importancia fundamental, el desarrollo de esta materia no ha sido, de ninguna manera, limitado a las decisiones y puntos de vista tan sólo de estos órganos. En la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), por su parte, existen elementos

8 Cf. Trindade, A.A. Cançado, "Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario: Aproximaciones y Convergencias", en *Memoria del Coloquio Internacional "Diez Años de la Declaración de Cartagena" - Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas de 1994*. San José, Costa Rica, IIDH/ACNUR, 1995, págs. 79-168.

9 Cf., para la práctica del Comité de Derechos Humanos (del Pacto de Derechos Civiles y Políticos) y la jurisprudencia de la Comisión y Corte Europeas de Derechos Humanos: Comisión de Derechos Humanos de la ONU, *The Administration of Justice and the Human Rights of Detainees: Question of Human Rights and States of Emergency* (Séptimo informe anual revisado presentado por L. Despouy, rapporteur spécial), doc. E/CN. 4/Sub. 2/1994/23, de 03.06.1994, pág. 5.

10 Trindade, A.A. Cançado, *op. cit. supra* n. (4), págs. 401-402.

que tienen una influencia directa sobre el estudio y desarrollo de la materia: es el propósito de este trabajo el concentrarse en estos elementos de la jurisprudencia de la CIJ. Cabe notar de forma preliminar que tal estudio no puede hacer abstracción, como antecedente, de los *obiter dicta* pertinentes de la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI).

II. Antecedentes de la Jurisprudencia de la CPJI

Tal vez el *dictum* más citado y más famoso de la CPJI se encuentra en su opinión consultiva sobre la *Jurisdicción de los Tribunales de Danzig* (1928) al efecto de que los tratados pueden otorgar derechos *directamente* a individuos (exigibles ante los tribunales nacionales). En ese entonces la CPJI desmitificó el punto de vista entonces predominante, según el cual sólo los Estados eran sujetos de derechos a nivel internacional, y la Corte así anunció la emergencia de la persona humana como beneficiaria directa de las normas internacionales de los derechos humanos¹¹. La CPJI también analizó el tema de igualdad en derecho y la prohibición de distintas formas de discriminación (opiniones consultivas sobre *Escuelas de Minorías en Albania*, 1935; *Trato de Nacionales Polacos en el Territorio de Danzig*, 1932; y *Colonos Alemanes en Polonia*, 1923)¹². Su opinión consultiva sobre la *Compatibilidad de Ciertos Decretos Legislativos con la Constitución de la Ciudad Libre de Danzig* (1935) cubre aspectos tales como la prohibición de restricciones a los derechos fundamentales (salvo en virtud de la ley) y el estado de derecho (*rule of law*) constitucional¹³.

Otro aspecto importante elaborado por la CPJI fue desarrolla-

11 CPJI, Opinión Consultiva n.15, Series B, 1928, págs. 17-18.

12 CPJI, Opiniones Consultivas n.64, Series A/B, 1935, págs. 17-19; n. 44, Series A/B, 1932, pág. 28; y n.6, Series B, 1923, págs. 20 y 23-25.

13 CPJI, Opinión Consultiva n.65, Series A/B, 1935, págs. 56-57; la CPJI falló que los decretos legislativos en cuestión eran inconsistentes con las garantías constitucionales de derechos fundamentales de Danzig.

do años después por la CIJ. Se trata de lo que llegó a ser llamado "interés internacional" (*international concern*), en contraposición a los reclamos de "jurisdicción doméstica" o el llamado "dominio reservado" del Estado. En este respecto, en otro *dictum* famoso, en su opinión consultiva sobre *Decretos de Nacionalidad en Tunis y Morocco* (1923), la CPJI advirtió que la cuestión de si un asunto recae o no exclusivamente dentro de la jurisdicción doméstica del Estado "es esencialmente relativa", ya que "depende del desenvolvimiento de las relaciones internacionales"¹⁴. La CPJI así preparó el terreno para el tratamiento futuro de la materia. Sobre la base de este *locus classicus*, la CIJ consideró el tema en 1950 en su opinión consultiva sobre la *Interpretación de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumania* y decidió que la interpretación de un tratado no era una cuestión esencial de la jurisdicción doméstica del Estado, sino más bien un asunto que, por su naturaleza, recae dentro de la competencia de la CIJ¹⁵.

III. La Contribución de la Jurisprudencia de la CIJ

1. Capacidad Internacional Procesal del Individuo

La jurisprudencia de la CIJ dedicó una atención especial durante sus primeros años a esta cuestión, cuando la Corte tuvo dificultades de tratar el problema de las llamadas reservas automáticas a la cláusula facultativa de su Estatuto y de ciertas objeciones preliminares de falta de competencia¹⁶. Es claro que el argumento de la jurisdicción doméstica planteado como reserva automática es destructivo del propósito mismo que se pretende lograr, a sa-

14 CPJI, Opinión Consultiva n.4, Series B. 1923, pág. 24.

15 *ICJ Reports* (1950) págs. 70-71.

16 Para un estudio de la jurisprudencia de la CIJ en esta materia, cf. Trindade, A.A. Cançado, "The Domestic Jurisdiction of States in the Practice of the United Nations and Regional Organisations". 25 *International and Comparative Law Quarterly* (1976) págs. 744-751.

ber, la aceptación de la jurisdicción obligatoria de la CIJ¹⁷. En la práctica, han sido sobre todo dos de los principales órganos políticos de la ONU -la Asamblea General y el Consejo Económico y Social (ECOSOC)- que han contribuido en forma consistente a superar las argumentaciones de la jurisdicción doméstica¹⁸. Pero este desarrollo fue presagiado, como ya se indicó, por la CPJI en su opinión consultiva sobre los *Decretos de Nacionalidad* y luego por la CIJ en la opinión consultiva sobre la *Interpretación de los Tratados de Paz* (*supra*).

La erosión gradual de la jurisdicción interna de los Estados fue acompañada por la afirmación y gradual cristalización de la capacidad procesal del individuo en el derecho internacional. Así, en su opinión consultiva sobre el *Estado Internacional del Africa del Sudoeste* (1950), la CIJ respaldó el derecho de petición internacional de los habitantes de territorios bajo el régimen de administración fiduciaria, en virtud del artículo 80(1) de la Carta de la ONU, por lo cual se protegían "los derechos de cualquier Estado o pueblo en todas las circunstancias y aspectos"¹⁹. Esta opinión consultiva fue seguida por otra, sobre la *Admisibilidad de Audiencias de los Peticionarios por el Comité relativo a Africa del Sudoeste* (1956)²⁰, del mismo tribunal. Y en su fallo en el caso del *Asilo (Colombia/Perú)* (1950), la ICJ ponderó *inter alia* que el asilo protege al individuo en cuestión contra "cualquier medida de naturaleza manifiestamente extra-legal"²¹.

17 Existe por eso una contradicción inherente en estos instrumentos de reserva; *Ibid.*, p. 750.

18 Cf. *Ibid.*, págs. 722-738, 753-758 y 761-763.

19 *ICJ Reports* (1950) pág. 136.

20 Cf. *ICJ Reports* (1956) pág. 27.

21 *ICJ Reports* (1950) pág. 284.

2. Las Normas de los Derechos Humanos en el Derecho Internacional Consuetudinario

La cuestión de si ciertas normas de derechos humanos abarcan el derecho consuetudinario también ha sido estudiada por la CIJ. Los elementos constitutivos del derecho consuetudinario fueron objeto de atención especial en *causes célèbres* como los casos del *Asilo* (1950) y de la *Plataforma Continental del Mar del Norte* (1969)²². En esos últimos, se recuerda que la CIJ aceptó que una norma de origen convencional podría posiblemente pasar al *corpus* del derecho internacional general y llegar a ser aceptada como tal (*opinio juris*), inclusive por los Estados no partes en el tratado pertinente²³. En los casos de la *Plataforma Continental del Mar del Norte*, la CIJ, sin entrar en la cuestión de *jus cogens*, hizo una distinción entre reglas internacionales que pueden, por acuerdo mutuo, ser suspendidas y las disposiciones de "naturaleza fundamentalmente creadora de normas" que forman "la base de una regla general de derecho internacional"²⁴. En efecto, una década antes, se señaló que la CIJ había, en distintas ocasiones, tomado debida cuenta del derecho internacional consuetudinario aún cuando no existía un cierto grado de uniformidad en la práctica internacional²⁵.

22 Para un estudio general, cf. Trindade, A.A. Cançado, "Contemporary International Law-Making: Customary International Law and the Systematization of the Practice of States" en *Sources of International Law (Thesaurus Acroasium)*, vol. XIX, 16th Session, 1988), Thessaloniki, Institute of Public International Law and International Relations, 1992, págs. 51-134.

23 *ICJ Reports* (1969) pág. 41. En su opinión disidente en estos casos, el Juez Tanaka manifestó que el derecho natural pudiera cambiar una ley positiva injusta; *Ibid.*, pág. 193. Después, en el caso del *Golfo de Maine* (1984), la CIJ dijo *inter alia* qué convenciones codificadas deberían ser vistas "tomando en cuenta los antecedentes del derecho internacional consuetudinario e interpretadas a la luz de ese"; *ICJ Reports* (1984) pág. 291.

24 *ICJ Reports* (1969) pág. 42.

25 Lauterpacht, H., *The Development of International Law by the International Court*, London, Stevens, 1958, pág. 369.

26 *ICJ Reports* (1971) págs. 31-32.

La CIJ consideró las normas de derechos humanos en el derecho internacional general y en el contexto de la auto-determinación, en sus opiniones consultivas sobre *Namibia* (1971)²⁶ y *Sahara Occidental* (1975)²⁷. En su célebre opinión consultiva sobre *Namibia*, la CIJ recordó la experiencia histórica de los territorios bajo régimen de administración fiduciaria y los fideicometidos, luego independientes. Manifestó que, por los desarrollos del último medio siglo, "no cabe duda alguna que 'el sagrado deber de civilización' tenía por objetivo último la autodeterminación y la independencia de los pueblos afectados. En este ámbito, como en otros, el *corpus juris gentium* se ha enriquecido considerablemente"²⁸. La CIJ enfatizó la obligación de los Estados previamente responsables, de acuerdo a la Carta de la ONU, "a observar y a respetar, en un territorio con estatuto internacional, los derechos humanos y las libertades fundamentales para todos sin distinción de raza"²⁹.

En la jurisprudencia de la Corte existen elementos que indican que ciertos derechos humanos básicos bien pueden formar parte del derecho internacional general. Así, en otra importante opinión

27 *ICJ Reports* (1975) págs. 12 ss., y cf. pág. 33.

28 *ICJ Reports* (1971) págs. 31-32.

29 *Ibid.*, págs. 56-57. Sobre el derecho de los pueblos, cf. *Ibid.*, págs. 31, 33, 40, 55 y 57; y cf. las opiniones disidentes de los Jueces Tanaka y Jessup, casos *South West Africa*, *ICJ Reports* (1966) págs. 250-324 y 325-442, respectivamente. Sobre la relación del *jus cogens* con la protección de los derechos humanos, cf. la opinión disidente del Juez Tanaka en los mismos casos *South West Africa*, *cit. supra*, págs. 296-298. Para indicaciones de posibles iniciativas por Estados actuando en nombre de pueblos para su protección, cf. las peticiones que iniciaron casos ante la CIJ por Nueva Zelandia (contra Francia) en el caso *Nuclear Tests* (1973-1974), y por Nauru (contra Australia) en el caso *Phosphate Lands* (1989); A.A. Cançado Trindade, "Environment and Development: Formulation and Implementation of the Right to Development as a Human Right", 3 *Asian Yearbook of International Law* (1994) pág. 34. Sobre el caso *Nuclear Tests*, cf. *infra*; y sobre el caso *Phosphate Lands*, cf. *ICJ Reports* (1992) pág. 243 (reclamo del derecho del pueblo de Nauru).

30 *ICJ Reports* (1951) pág. 23.

consultiva sobre *Reservas a la Convención contra el Genocidio* (1951), la CIJ reconoció los principios humanitarios subyacentes a la Convención de 1948 como "obligatorios para los Estados al margen de cualquier vínculo convencional"³⁰. Dos décadas después, en un párrafo famoso de su decisión sobre el caso *Barcelona Traction* (1970), la CIJ se refirió a los derechos de protección que "se han integrado en el derecho internacional general"³¹. No hay imposibilidad lógica ni jurídica alguna en este proceso y su legitimidad tiene hoy en día un reconocimiento judicial.

Más recientemente, en su decisión en el caso de *Nicaragua* (1986), la CIJ, además de sus conclusiones sobre la prevalencia de los principios generales del derecho internacional humanitario (cf. *infra*), también trató la cuestión de la implementación de los derechos humanos. Manifestó al respecto que "en casos en los cuales los derechos humanos son protegidos por convenciones internacionales, esa protección asume la forma de tales arreglos para monitorear o asegurar respeto de los derechos humanos tales como están previstos en las convenciones mismas"³². Aunque la CIJ se dedicaba, como se indicó, a la cuestión de la implementación, tal vez es necesario vincular este *dictum* a sus consideraciones, en otras ocasiones, sobre obligaciones *erga omnes* en materia de los derechos humanos (cf. *infra*). La frase arriba citada ha generado distintos puntos de vista, para no decir controversias³³, inspirados

31 *ICJ Reports* (1970) pág. 32; cf. también los votos separados de los Jueces Gros y Morelli, *Ibid.*, págs. 273-274 y 232, respectivamente.

32 *ICJ Reports* (1986) pág. 134.

33 Cf. los puntos de vista distintos en esa conexión de, e.g. Rodley, N.S., "Human Rights and Humanitarian Intervention: The Case-Law of the World Court", 38 *International and Comparative Law Quarterly* (1989) págs. 327-333; S.M. Schwebel, "Human Rights in the World Court", 24 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (1991) págs. 967-969; Tesón, F.R., "Le Peuple, c'est moi! The World Court and Human Rights", 81 *American Journal of International Law* (1987) págs. 173-176. En todo caso, se puede inferir del fallo en el caso *Nicaragua* que el deber de respetar los derechos humanos

por la preocupación de no disminuir los estándares de protección. No se habrían planteado dudas sobre la compatibilidad de ese *dictum* con otras decisiones de la Corte, con respecto a las obligaciones *erga omnes* en materia de derechos humanos, si la CIJ hubiera hecho referencia expresa al derecho consuetudinario, i.e., la obligación bajo el derecho internacional general de respetar los derechos humanos.

Cabe notar que en el caso de los *Ensayos Nucleares* (Australia y Nueva Zelandia *versus* Francia) uno de los gobiernos demandantes alegó, *inter alia*, que los ensayos nucleares del Gobierno de Francia en la región de Pacífico Sur violaban no solamente el derecho de Nueva Zelandia de que ninguna materia radioactiva penetrara en su territorio, espacio aéreo o aguas territoriales y los de los otros territorios Pacíficos *sino también* "los derechos de todos los miembros de la comunidad internacional, inclusive Nueva Ze-

está fundado en el derecho internacional general, no es del caso invocar la doctrina de la intervención humanitaria. Es interesante comparar la formulación reciente de la tesis del llamado "droit d'ingérence humanitaire" (cf. Bettati, M. "Un droit d'ingérence humanitaire?", en Bettati M. y Kouchner, B., *Le devoir d'ingérence-Peut-on les laisser mourir?*, Paris, Ed. Denoel, 1987, págs. 23-27, y cf. págs. 265-269; y Brauman, *L'action humanitaire* Paris/Evreux, Dominos Flammarion, 1995, págs. 7-122) con las reacciones críticas del Comité Internacional de la Cruz Roja (cf. Yves Sandoz, " 'Droit' or 'Devoir d'ingérence' and the Right to Assistance: The Issues Involved", 288 *International Review of the Red Cross* (1992) págs. 215-227). En la última etapa del trabajo del Comité Preparatorio de la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Ginebra, 4a. sesión, abril-mayo 1993), se puede recordar, el CICR rechazó la propuesta de un llamado "droit d'ingérence" por pertenecer a la esfera político-militar y no a la humanitaria; esa propuesta, agregó el CICR en forma persuasiva, creó la posibilidad del uso de la fuerza, la que es precisamente lo que la acción humanitaria trata de evitar, para así preservar la imparcialidad en la acción sin discriminación en favor de todas las víctimas, y, como corolario, la independencia necesaria *vis-à-vis* los beligerantes. U.N., doc. A/CONF. 157/PC/62/Add.7, de 8 de abril de 1993, págs. 5-6. Se debería, al contrario, avanzar el derecho a la asistencia humanitaria; y, para lograr esa meta, deberían existir los mecanismos internacionales de protección del ser humano.

landia, de que no habrá ensayo nuclear alguno que cause lluvia radioactiva"³⁴. La decisión en este caso, no obstante, deja mucho que desear. A pesar de que la CIJ ordenó medidas provisionales de protección en el caso en junio de 1973 (exigiendo a Francia dejar de realizar los ensayos), luego, en sus fallos de 1974³⁵, en vista del anuncio de Francia de su decisión voluntaria de dar por terminada la realización de ensayos nucleares en la atmósfera, la CIJ decidió que las reclamaciones de Australia y Nueva Zelandia ya "no tenían objeto" y por eso no estaba llamada a fallar³⁶.

Los Jueces disidentes en este caso correctamente señalaron que la disputa legal entre las partes, lejos de haber terminado, todavía persistía, porque lo que Australia y Nueva Zelandia buscaban era una decisión declaratoria, por parte de la CIJ, que dijera que los ensayos nucleares atmosféricos son contrarios al derecho internacional³⁷. La CIJ debería así haber entrado en la cuestión de la existencia de reglas del derecho internacional *consuetudinario* que prohíben a los Estados causar, por ensayos nucleares atmosféricos, el depósito de materia radioactiva en el territorio de otros Estados³⁸. Era la existencia o no de tales reglas consuetudinarias lo que habría de determinarse -una cuestión que en gran parte no

34 ICJ. *Application Instituting Proceedings* (de 09.05.1973), caso *Nuclear Tests* (Nueva Zelandia v. Francia), págs. 8 y 15-16, cf. págs. 4-16.

35 Para un paralelo crítico entre las órdenes de 1973 y los fallos de 1974, cf. Lellouche, P., "The International Court of Justice - The *Nuclear Tests* Cases: Judicial Silence v. Atomic Blasts", en: 16 *Harvard International Law Journal* (1975) págs. 615-627 y 635.

36 *ICJ Reports* (1974) págs. 272 y 478, respectivamente.

37. ICJ, caso *Nuclear Tests*, opinión disidente conjunta de los Jueces Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga y Waldoc, *ICJ Reports* (1974) págs. 319-322, 367-369, 496, 500, 502-504, 514 Y 520-521; Y cf. opinión disidente del Juez de Castro, *Ibid.*, págs. 386-390; y opinión disidente del Juez Barwick, *Ibid.*, págs. 392-394, 404-405, 436-437 y 525-528.

38 ICJ, caso *Nuclear Tests*, opinión separata del Juez Petrán, *ICJ Reports* (1974) págs. 303-306 y 488-489.

fue contestada por la posición reticente de la Corte en este caso. Fue aún más lamentable al recordar que los demandantes, al referirse al "daño psicológico" causado a los habitantes de la región del Pacífico Sur por "su ansiedad en cuanto a los posibles efectos de lluvia radioactiva en el bienestar de ellos mismos y sus descendientes" como resultado de los ensayos nucleares realizados en la atmósfera, irónicamente invocaron la noción de obligaciones *erga omnes* avanzada por la misma CIJ en sus famosos *obiter dicta* en el caso *Barcelona Traction* solamente cuatro años antes³⁹ (*supra*).

3. La Prevalencia de los Principios Generales del Derecho Internacional Humanitario

De todos modos, la CIJ, a pesar de haber perdido esa oportunidad histórica para aclarar el punto fundamental en cuestión, ahora -dos décadas después- tiene una segunda oportunidad de pronunciarse sobre un asunto que tiene una influencia directa sobre el derecho fundamental a la vida, no susceptible de suspensión, y en su dimensión amplia. Recientemente, en mayo de 1993, la Organización Mundial de Salud (OMS), dándose cuenta de que la "prevención primaria de las amenazas a la salud que representan las armas nucleares requiere de una aclaración sobre el estado de su uso en el derecho internacional" y que "por los últimos 48 años los Estados miembros han expresado claras diferencias de opinión sobre la legalidad del uso de armas nucleares", solicitó a la CIJ una opinión consultiva sobre la siguiente pregunta: "¿En vista de los efectos a la salud y al medio ambiente, el uso de armas nucleares por un Estado durante una guerra u otro conflicto armado constituiría una violación de sus obligaciones bajo el derecho internacional, inclusive de la Constitución de la OMS"⁴⁰?

39 Como recordado en la opinión disidente conjunta de los Jueces Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga y Waldock, *ICJ Reports* (1974) págs. 362, 368-369 y 520-521; tal como en la opinión disidente del Juez Barwick, *Ibid.*, págs. 436-437.

40 ICJ, *Request for Advisory Opinion - Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, de 14.05.1993, págs. 4 y 6. Y para las órdenes de la CIJ sobre este asunto, cf. *ICJ Reports* (1993) págs. 467-468; e *ICJ Reports* (1994) págs. 109-110. Hasta el 20.09.1994, escritos sobre el asunto habían sido presentados a la Secretaría de la CIJ por 34 Estados; *Communiqué* n. 94/20 de 23.09.1994, pág. 1.

Luego, la misma Asamblea General de las Naciones Unidas, en diciembre de 1994, consciente de que "la existencia y el desarrollo continuo de armas nucleares presentan riesgos serios a la humanidad" y convencida de que "la eliminación completa de armas nucleares es la única garantía contra la amenaza de una guerra nuclear"; solicitó que la CIJ diera una opinión consultiva sobre la siguiente pregunta (con una ligera diferencia de redacción de la OMS): "¿El derecho internacional permite la amenaza o uso de armas nucleares en cualquier circunstancia?"⁴¹. La Asamblea General se refirió a sus resoluciones previas por las cuales había declarado que el uso de armas nucleares sería una violación de la Carta de la ONU y un crimen contra la humanidad⁴².

Mientras se esperan ansiosamente las opiniones consultivas de la CIJ, hay que recordar que el Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de Derecho Internacional Humanitario de 1949, en su artículo 35 (3), prohíbe "el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural"; y que el artículo 48 del Protocolo I impone el deber a las Partes en conflicto de distinguir entre población civil y combatientes; y el artículo 35(2) del mismo Protocolo prohíbe el empleo de armas y "métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios"⁴³. De ahí se podría por lo menos inferir la ilegalidad de

41 ICJ, *Request for Advisory Opinion - Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, de 15. 12. 1994, págs. 5-7.

42 Es decir, A.G. resoluciones 1653 (XVI) de 24.11.1961; 33/71 B de 14.12.1978; 34/83 G de 11.12.1979; 35/152 D de 12.12.1980; 36/92 I de 09.12.1981; 45/59 B de 04.12.1990; y 46/37 D de 06.12.1991; *cit. in Ibid.*, pág. 4; y cf., para la orden de la CIJ sobre este asunto, *ICJ Reports* (1995) págs. 3-4.

43 Para comentarios sobre estas disposiciones, cf. *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (ed. Y. Sandoz, C. Swinarski and B. Zimmermann), Ginebra, ICRC/Nijhoff, 1987, págs. 389-420 y 597-600.

las armas nucleares⁴⁴. Como hace poco ha manifestado un órgano internacional de supervisión de los derechos humanos, el derecho a la vida es "el derecho supremo del cual no se permite suspensión alguna aún en tiempo de emergencia pública", y la amenaza de armas de destrucción masiva debería ser relacionada a la "obligación suprema de los Estados de prevenir la guerra". Se asoció entonces con la preocupación creciente expresada durante sucesivos períodos de sesiones de la Asamblea General de la ONU, por representantes de todas las regiones geográficas, con lo que representa una de las "amenazas más grandes al derecho a la vida que confronta la humanidad hoy en día", y por eso hizo un llamado a "todos los Estados", en el "interés de la humanidad", a tomar pasos urgentes unilateralmente y por acuerdo, "para eliminar del mundo esa amenaza"⁴⁵.

Existen, en efecto, antecedentes en la jurisprudencia de CIJ que deberían ser mencionados. La preocupación de la CIJ de asegurar la aplicación o cumplimiento de obligaciones de carácter humanitario data desde su fallo en el caso del *Canal de Corfu* (1949). Al enfatizar la obligación internacional de Albania de notificar, en interés de la navegación en general, la existencia de minas en sus aguas territoriales, la CIJ ponderó que tal obligación está fundada en "ciertos principios generales y reconocidos, tales como consideraciones elementales de humanidad, aún más exigentes en tiem-

44 Cf. Pastor Ridruejo, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 5a. ed., Madrid, Tecnos, 1994, págs. 678 y 680-681.

45 ONU, *Report of the Human Rights Committee*, G.A.O.R., 40th session (1985), suppl. n. 40- (A/40/40), pág. 162. Para un estudio general, cf. Gormley, W.P., "The Right to Life and the Rule of Non Derogability: Peremptory Norms of *Jus Cogens*", en *The Right to Life in International Law* (ed. B.G. Ramcharan), Dordrecht, Nijhoff, 1985, págs. 120-159.

pos de paz que de guerra..."⁴⁶. Poco después, en su opinión consultiva sobre *Reservas a la Convención contra el Genocidio* (1951), la CIJ observó que esa Convención había sido adoptada "con un propósito puramente humanitario y civilizador"; su objeto "por un lado es de velar por la existencia misma de ciertos grupos humanos y por otro lado de confirmar y endosar los más elementales principios de la moralidad. En este tipo de Convención los Estados Partes no tienen intereses propios; solo tienen, cada uno, un interés común que es el cumplimiento de estos altos propósitos que son la razón de ser de la Convención. Por ello, en una Convención de esta naturaleza no se puede hablar de ventajas o desventajas individuales de los Estados o del mantenimiento de un balance contractual perfecto entre derechos y deberes. Los altos ideales que inspiraron la Convención dan, en virtud de la voluntad común de las Partes, la base y medida de todas sus cláusulas"⁴⁷. Dos décadas después, en su opinión consultiva sobre *Namibia* (1971), la CIJ, al decidir que África del Sur había violado sus obligaciones internacionales de derechos humanos, manifestó que "disposiciones relacionadas con la protección de la persona humana contenidas en los tratados de carácter humanitario"⁴⁸ eran aplicables al territorio fideicomisado en cuestión.

Más recientemente, en su fallo en el caso de *Nicaragua* (1986), la CIJ decidió que "una violación a los principios del derecho humanitario" (subyacentes a los términos de la Convención n. VIII de 1907)⁴⁹ había sido cometida por los Estados Unidos con respecto al hecho de colocar una red de minas en aguas nicaragüenses. Cabe señalar que la CIJ tomó en cuenta la obligación de "hacer respetar", prevista en el artículo 1 común de los Convenios de Gine-

46 ICJ Reports (1949) pág. 22.

47 ICJ Reports (1951) pág. 23.

48 ICJ Reports (1971) pág. 47.

49 ICJ Reports (1986) pág. 112, y cf. pág. 147.

bra de 1949 sobre Derecho Internacional Humanitario. Dejó por eso claro los principios generales básicos del derecho internacional humanitario contemporáneo, reconociendo su aplicabilidad en toda circunstancia, para asegurar una mejor protección de las víctimas⁵⁰. En las circunstancias del caso, la Corte condenó a los Estados Unidos por violación del derecho internacional, por haber alentado a través de la difusión por la CIA de un manual sobre "Operaciones Psicológicas en Lucha de Guerrilla", la realización por los "contras" y otras personas involucradas en el conflicto en Nicaragua de actos de violación del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949⁵¹.

Aunque Nicaragua se hubiese abstenido de referirse en este caso a los cuatro Convenios de Ginebra, la CIJ determinó que en razón de los principios generales del derecho internacional humanitario los Estados Unidos tenían "la obligación de no alentar a personas o grupos de personas involucrados en el conflicto en Nicaragua a cometer violaciones del artículo 3 común de los cuatro Convenios de Ginebra"⁵². En las palabras de la Corte, "los Estados Unidos tenían la obligación, en los términos del artículo 1 de los cuatro Convenios de Ginebra, de 'respetar' y también 'hacer respetar' esos Convenios 'en toda circunstancia', pues tal obliga-

50 Abi-Saab, Rosemary, "Les 'principes généraux du droit humanitaire selon la Cour Internationale de Justice", 766 *Revue internationale de la Croix-Rouge* (1987) págs. 388-389. Así, al enfocar el contenido del derecho humanitario (en cuanto que sea aplicable a las actividades de los Estados Unidos), la CIJ fue más allá del alegato de la aplicación nicaragüense que inició el proceso, de una violación de parte de los Estados Unidos de las obligaciones de acuerdo al derecho internacional general y consuetudinario; cf. Lang. C., *L'affaire Nicaragua/Etats Unis devant la Cour Internationale de Justice*, Paris, LGDJ, 1990, págs. 254 y 140. Sobre la interacción entre el derecho convencional y el derecho consuetudinario con respecto al derecho humanitario (a la luz del fallo en el caso de *Nicaragua* de 1986 de la CIJ), al efecto de aumentar la protección, cf. Bruderlein, C., "De la coutume en droit international humanitaire", 792 *Revue internationale de la Croix-Rouge* (1991) págs. 612-629.

51 *ICJ Reports* (1993) págs. 129-130

52. *Ibid.*, pág. 114.

ción no deriva solo de los propios Convenios, sino también de los principios generales del derecho humanitario a los cuales los Convenios simplemente dan expresión concreta”⁵³. La obligación de “respetar” y “hacer respetar” finalmente obtuvo reconocimiento judicial por parte de la CIJ, un factor importante hacia una mayor precisión de su contenido y alcance en el futuro próximo.

La CIJ tiene bajo consideración el caso de la *Aplicación de la Convención contra el Genocidio* (Bosnia y Herzegovina v. Yugoslavia -Serbia y Montenegro) en el cual se han invocado los principios básicos del derecho internacional humanitario y las obligaciones del derecho internacional general y consuetudinario. En su orden del 13 de setiembre de 1993, la CIJ advirtió que “ninguna reparación podría borrar los resultados de una conducta que la Corte pueda encontrar contraria al derecho internacional”⁵⁴. Al reafirmar las medidas provisionales de su orden de 8 de abril de 1993, la CIJ enfatizó el deber fundamental de prevenir la comisión de cualesquiera actos de genocidio, así como el deber de castigarlos, conforme la Convención contra el Genocidio⁵⁵.

4. Las Obligaciones *erga omnes* en Materia de los Derechos Humanos

Una de las contribuciones más significativas de la jurisprudencia de la CIJ al desarrollo de la materia en estudio ha sido la noción de obligaciones *erga omnes* relativa a los derechos humanos. Esta corriente doctrinal fue iniciada con la importante opinión consultiva sobre *Reservas a la Convención contra el Genoci-*

53. *Ibid.*, pág. 114. Para un estudio de los aspectos jurisdiccionales del caso, cf. Trindade, A.A. Cançado, “Nicaragua versus Estados Unidos: Os Limites de Jurisdição Obrigatória da Corte Internacional de Justiça e as Perspectivas da Solução Judicial de Controvérsias Internacionais”, 67/68 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1985-1986) págs. 71-96.

54. *ICJ Reports* (1993) pág. 349 y cf. pág. 326.

55. *Ibid.*, págs. 347-350.

dio (1951), en la cual la CIJ manifestó que “los principios que informan el contenido de la Convención [contra el Genocidio] son principios reconocidos (...) como obligatorios a los Estados, al margen de cualquier vínculo convencional (...). Por ello, fue la intención de la Asamblea General [de la ONU] y las Partes Contratantes que la Convención contra el Genocidio sea sin duda universal en su alcance”⁵⁶. Esta manifestación de la CIJ de que el genocidio es una violación del derecho internacional convencional y del derecho consuetudinario preparó el terreno para su construcción jurisprudencial subsiguiente sobre obligaciones *erga omnes* en materia de derechos humanos.

Dos décadas después, en su importante opinión consultiva sobre *Namibia* (1971), la CIJ clarificó que la Carta de la ONU impone a los Estados miembros de las Naciones Unidas obligaciones legales en el campo de los derechos humanos. En las palabras de la Corte, “la terminación del mandato y la declaración de la ilegalidad de la presencia de África del Sur en Namibia son aplicables a todos los Estados en el sentido de prohibir *erga omnes* la legalidad de una situación que existe en violación del derecho internacional”⁵⁷. La CIJ agregó que de acuerdo con la Carta de la ONU, el Estado mandatario “se había comprometido a observar y a respetar, en un territorio con estatuto internacional, los derechos humanos y las libertades fundamentales para todos sin distinción de raza. El hecho de establecer y de imponer, por el contrario, distinciones, exclusiones, restricciones y limitaciones que están únicamente fundadas en la raza, el color, la descendencia o el origen nacional o étnico y que constituyen una denegación de los derechos fundamentales de la persona humana, es una violación flagrante de los fines y principios de la Carta”⁵⁸.

56 *ICJ Reports* (1951) pág. 23.

57 *ICJ Reports* (1971) pág. 56.

58 *Ibid.*, pág. 57.

La CIJ desarrolló su razonamiento en este respecto en su decisión sobre el caso *Barcelona Traction* (1970). En los famosos párrafos 33 y 34 del fallo, la Corte reconoció la existencia de obligaciones *erga omnes*, que "concernen a todos los Estados", es decir, "obligaciones de los Estados respecto a la comunidad internacional en su conjunto"; tales obligaciones, agregó la Corte, "se desprenden, por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo, de la proscripción de los actos de agresión y de genocidio y también de los principios y de las normas relativas a los derechos fundamentales de la persona humana, incluida la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial"⁵⁹. Al recordar su opinión consultiva sobre *Reservas a la Convención contra el Genocidio* (*supra*), la CIJ notó que, mientras algunos de los derechos correspondientes de protección "están otorgados por instrumentos internacionales de naturaleza universal o cuasi-universal", otros "han entrado en el *corpus* del derecho internacional general"⁶⁰.

La CIJ consideró de nuevo este asunto una década después, al considerar la condición de los rehenes en el *cas d'espèce* desde el ángulo de la protección de los derechos humanos fundamentales no susceptibles de suspensión e invocando de modo expreso la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. De hecho, en el caso de los *Rehenes en Tehran* (1980), en otro conocido *dictum*, la CIJ manifestó que "privar a los seres humanos ilegalmente de su libertad y sujetarlos a un constreñimiento físico en condiciones de penuria es en sí mismo manifiestamente incompatible con los principios de la Carta de las Naciones Unidas y con los princi-

59 *ICJ Reports* (1970) pág. 32.

60 *Ibid.*, pág. 32. Tal reconocimiento, de gran significado y actualmente muy citado, no obstante no tiene una evolución paralela en la adjudicación internacional (disposiciones jurisdiccionales pertinentes), así disminuyendo la posibilidad de la protección internacional de los derechos humanos al nivel universal, -como advertido por la CIJ en el párrafo 91 del mismo fallo en el caso *Barcelona Traction*; *ibid.*, pág. 47. El punto no pasó desapercibido en la opinión separada del Juez Petrén en el caso *Nuclear Tests*, Nueva Zelandia v. Francia, *ICJ Reports* (1974) pág. 488, y Australia v. Francia, *ibid.*, pág. 303.

pios básicos enunciados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos”⁶¹.

IV. Consideraciones Finales

En la jurisprudencia de la CIJ -con antecedentes en la de la CPJI- existen elementos que han tenido una influencia directa sobre la cuestión de los derechos humanos que no pueden ser suspendidos. Tales elementos se han centrado en la cristalización de la capacidad jurídica internacional de la persona humana (paralelo a la erosión gradual de la jurisdicción interna de los Estados), en el crecimiento del *corpus juris gentium* y en el reconocimiento de que las normas de los derechos humanos se han infiltrado en el *corpus* del derecho internacional general, la prevalencia de los principios generales del derecho internacional humanitario. Otro elemento de gran importancia en la jurisprudencia de la CIJ ha sido la elaboración de obligaciones *erga omnes* en materia de derechos humanos. La determinación del contenido de tales obligaciones es un proceso en curso hoy en día. No obstante, cabe señalar que estos puntos han sido desarrollados por la CIJ, a pesar de centrarse sobre todo en la solución de disputas entre Estados y de la falta de acceso directo de los individuos al Tribunal.

Este asunto tiene que ser parte de un debate más amplio que ya se está dando sobre los modos de establecer obligaciones *erga omnes*, con base en las normas perentorias en el derecho consuetudinario y del enfoque del *jus cogens* respecto a los derechos humanos. El núcleo duro (*hard core*) de derechos no susceptibles de suspensión puede ampliarse, está abierto a crecimiento o expansión. Su existencia misma -expresada en los tratados humanitarios y de derechos humanos- es un logro definitivo de la civilización. También esta materia está vinculada a la promoción de convergencias

61 ICJ Reports (1980) pág. 42.

entre los derechos humanos, el derecho humanitario y el derecho de refugiados, con el propósito de fortalecer la protección internacional de la persona humana. El concepto de la no-suspensión aparece últimamente como una manifestación de la búsqueda del mínimo irreducible y universalmente reconocible en la protección del ser humano en todas circunstancias.

Como ya se indicó, la jurisprudencia de la CIJ ha contribuido en forma significativa al desarrollo de algunos aspectos en esta materia. En más de una ocasión esa contribución pudiera haber sido más sustancial. De todos modos, la CIJ fue pionera, en una importante opinión consultiva de 1951, cuando fue el primer tribunal internacional en señalar que los tratados de derechos humanos -tomando en cuenta la Convención contra el Genocidio- no pueden ser abordados de acuerdo a las ventajas o desventajas individuales de los Estados Partes. Más bien tienen que ser enfocados, clarificó la Corte, a la luz del interés común y los propósitos superiores que los subyacen⁶². Este punto fue luego considerado y desarrollado por las dos Cortes regionales de Derechos Humanos -la Europea y la Interamericana- que revelan una *jurisprudence constante* convergente, que enfatiza la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos y la especificidad del derecho internacional de los derechos humanos. Se puede esperar que éste y otros puntos desarrollados por la construcción jurisprudencial de la CIJ hasta la fecha sobre esta materia puedan ser y serán desarrollados por las dos Cortes regionales de derechos humanos, básicamente dirigidas a la protección de los derechos de la persona humana más bien que de los derechos de los Estados. Es en este contexto de protección que el estudio y la evolución de la cuestión de los derechos no susceptibles de suspensión pueden ser particularmente enriquecidos y aún más promocionados. Y eso puede contribuir de modo significativo al desarrollo del derecho internacional en el dominio de la protección internacional de la persona humana.

62 Cf. *ICJ Reports* (1951) pág. 23.

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS A TRAVÉS DEL AMPARO

Alirio ABREU BURELLI

- I Antecedentes del amparo constitucional.*
- II Evolución doctrinal.*
- III Ley orgánica de amparo sobre derechos
 y garantías constitucionales.*
- IV Conclusiones.*
- Anexo I: Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano.
 Deberes del hombre en sociedad.
 Constitución Federal para los Estados de Venezuela de 1811.*
- Anexo II: Constitución de la República de Venezuela.*

I. ANTECEDENTES DEL AMPARO CONSTITUCIONAL

1.1. Introducción

Entendemos el amparo constitucional como una expresión de la supremacía del Poder Judicial frente a los otros Poderes del Estado, como guardián de la Constitución y, en general, de los derechos ciudadanos. No constituye, en nuestra legislación, expresión única de esta preeminencia, pues el artículo 215 de la Constitución atribuye a la Corte Suprema de Justicia la facultad de declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los poderes públicos, cuando colidan con la Ley Fundamental -control concentrado de la constitucionalidad- y el artículo 21 del Código de Procedimiento Civil establece que cuando la ley vigente colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces aplicarán ésta con preferencia -control difuso de la constitucionalidad-, en desarrollo del principio general por el cual todo acto del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por la Constitución es nulo, y los funcionarios y empleados públicos que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores manifiestamente contrarias a la Constitución (art. 46).

1.2. Fuentes de la protección constitucional

1.2.1. Los primeros años de nuestra nacionalidad

Encontramos, como antecedente nacional de las disposiciones sobre protección de los derechos fundamentales en Venezuela, la Declaración de los Derechos del Pueblo de 1811 y la subsiguiente Constitución, la primera de nuestra vida republicana¹, documentos de los cuales cabe destacar la siguiente disposición:

La libertad de reclamar cada ciudadano sus derechos ante los depositarios de la autoridad pública, con la moderación y respeto debidos, en ningún caso podrá impedir-

1 Ver transcripción de los "Derechos del Hombre en Sociedad", en ambos instrumentos, en el anexo "A".

se ni limitarse. Todos, por el contrario, deberán hallar un remedio pronto y seguro, con arreglo a las leyes, de las injurias y daños que sufrieren en sus personas, en sus propiedades, en su honor y estimación.²

(Subrayado nuestro)

Se inspiraron los fundadores de la nacionalidad en las ideas de los revolucionarios franceses, plasmadas en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano³, y en los principios de la revolución norteamericana, principalmente expresados, en cuanto a los derechos fundamentales, en las constituciones de los estados federados; sobre las cuales se ha señalado:

... en los Estados Unidos los Derechos del hombre, principalmente, están definidos por las constituciones locales, y son los tribunales de cada estado los encargados de su salvaguardia. La Constitución federal sólo enumera un mínimo de garantías individuales, de orden fundamental, enderezadas contra la actuación de los estados, y hace una declaración general de derechos del hombre que está dirigida en contra del gobierno federal... Hasta el año de 1868, después de la guerra civil, no se agregó a la Constitución la enmienda XIV con la garantía fundamental de que nadie puede ser privado de la vida, la libertad y la propiedad, "sin el debido proceso legal", enderezada contra los estados...⁴

Ya en 1811 expresó nuestro constituyente: "Ninguno podrá ser juzgado ni condenado al sufrimiento de alguna pena en materias criminales sino después que haya sido oído legalmente".

2 Texto en Allan Brewer Carías. *Las Constituciones de Venezuela*. Universidad Católica del Táchira-Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1985. Los Editores actualizaron la ortografía.

3 Aprobada por la Asamblea Nacional Francesa el 26 de Agosto de 1789 y sancionada por el Rey el 5 de octubre. Ver texto en anexo "A".

4 Rabasa, Oscar. *El Derecho Angloamericano*. México. Fondo de Cultura Económica, 1944. Pág. 526.

En cuanto al amparo de la libertad personal *-habeas corpus-*, el Reglamento provisional del Poder Ejecutivo, dictado por el Congreso constituyente de 1830, contiene reglas que desarrollan el principio del amparo a la libertad. Al respecto dice González Guinán⁵ :

En la sesión del día 10 de julio dirigió el Encargado del Ejecutivo un mensaje al Congreso pidiéndole que le demarcase las reglas que debían fijar la extensión de sus facultades; y precisamente en ese día había quedado sancionado el Reglamento provisional del Poder Ejecutivo, el cual se le transmitió para que a él ajustase su conducta, y fue mandado a ejecutar el 12, refrendando el ejecútese el señor Antonio Leocadio Guzmán, que acababa de ser elegido interinamente Secretario del Interior.

No podía el Presidente de la República, según el Reglamento, ejercer por sí ni por delegados el Poder Legislativo ni el Judicial. Tampoco podía privar a ningún individuo de su libertad, ni imponerle pena alguna; y en caso de conspiración contra la tranquilidad interior o seguridad exterior, podría expedir orden de comparecencia o arresto contra el indiciado, interrogarlo o hacerlo interrogar; pero dentro de cuarenta y ocho horas debería poner al arrestado a disposición del Tribunal competente con el sumario que hubiese dado lugar al arresto.

Esto es precisamente el *habeas corpus* de los ingleses, o sea la garantía individual, que es la base sobre que descansan todas las instituciones políticas. El ciudadano o el súbdito, bien sean republicanas o monárquicas las formas de gobierno, debe sentirse completamente amparado por las leyes y no ser jamás víctima del capricho, de la antipatía

5 González Guinán, Francisco. *Historia Contemporánea de Venezuela*, Tomo II. Caracas, Venezuela. Ediciones de la Presidencia de la República. 1954. P. 99-101

o del odio del mandatario. La libertad personal es el primero y más capital de los derechos humanos, y no debe suspenderse sino en virtud de bien fundada causa, y siempre dejando libre el derecho de defensa, que es sagrado. De manera que la disposición del Reglamento estaba en armonía con los fueros personales.

Aun cuando no quedó materialmente establecido el *habeas corpus*, por no haber desarrollado la norma la garantía judicial, se fijó, sin embargo, un principio tutelar de ese derecho.

La Constitución del Estado de Venezuela, promulgada el mismo año de 1830, garantiza la libertad personal y otros derechos inherentes al hombre en sociedad.

En tal sentido es necesario considerar, entre otras, las siguientes normas:

Art. 118. En los casos de conmoción interior a mano armada que amenace la seguridad de la República, o de invasión exterior repentina, el Presidente del Estado ocurrirá al Congreso si está reunido para que le autorice; o en su receso, al consejo de gobierno, para que considerando la exigencia, según el informe del Ejecutivo, le acuerde las facultades siguientes:

3ª. Para que siendo informado de que se trama contra la tranquilidad o seguridad interior o exterior del Estado, pueda expedir órdenes por escrito de comparecencia o arresto contra los indiciados de este crimen, interrogarlos o hacerlos interrogar, debiendo poner a los arrestados, dentro de tres días, a disposición del juez competente, a quien pasará el sumario informativo que dio lugar al arresto, siendo esta última autorización temporal.

Art. 188. La libertad civil, la seguridad individual, la propiedad y la igualdad ante la ley, se garantizan a los venezolanos.

Art. 189. La libertad que tienen los venezolanos de recla-

mar sus derechos ante los depositarios de la autoridad pública con la moderación y respeto debido, en ningún tiempo será impedida ni limitada. Todos por el contrario deberán hallar un remedio pronto y seguro, con arreglo a las leyes de las injurias y daños que sufrieren en sus personas, en sus propiedades, en su honor y estimación⁶.
(Subrayado nuestro)

Los artículos citados pueden considerarse, respectivamente, como antecedentes de nuestro *habeas corpus* y del amparo protector de los otros derechos constitucionales, a pesar de que todavía no se especificaba la vía judicial como el remedio pronto y seguro para reparar el agravio.

La evolución, luego truncada, de la protección de los derechos constitucionales, culmina con las disposiciones sobre amparo, establecidas en el Código Orgánico de Tribunales y Juzgados de 21 de febrero de 1850, en el cual, luego de crear cuatro distritos judiciales en el territorio de la República, en cada uno de los cuales actuaría una corte superior, expresa:

Artículo 4°. Son atribuciones de las Cortes superiores:

9° Conocer de los recursos de fuerza, amparo y protección, contra las providencias u órdenes, escritas o verbales, dadas por las autoridades de los respectivos distritos;...

LEY UNDÉCIMA...

Artículo 10. Cuando cualquier funcionario estuviere formando actuación criminal contra cualquier persona o hubiere dictado decreto de prisión, el interesado y cualquier

6 ACADEMIA DE CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES. Leyes y Decretos de Venezuela 1830-1840. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (Serie República de Venezuela, tomo 1). Caracas, 1982.

ra a su nombre puede recurrir a la Corte Superior respectiva por vía de Amparo y protección, y ésta mandando suspender el procedimiento, pedirá la actuación y en vista, si lo encuentra de justicia podrá levantar la providencia opresiva.

Fuimos luz de libertad en el continente, en el inicio de su vida republicana, pero ya para esa época habían comenzado a descender las sombras; no sólo se perdieron las instituciones que evolucionaban hacia la libertad, sino, incluso, su recuerdo.

Al interrumpirse, por causas políticas y sociales, el desarrollo de la protección constitucional de los derechos humanos, pues no obstante que las sucesivas y numerosas constituciones establecieron invariablemente la vigencia de tales derechos -no así los medios procesales de protección-, las leyes resultaron letra muerta ante la fuerza de las armas, que resonaron durante más de un siglo con fragor intimidante y, a decir de sus defensores, pacificador.

1.2.2. La protección de los derechos constitucionales bajo el estado de derecho

No renace la idea hasta 1947, año en el cual la Asamblea Constituyente, luego de ratificar las normas sustantivas que reconocen y delimitan los derechos individuales, las cuales, insistimos, aparecen en todas las constituciones anteriores, sin que por ello hubieran sido respetadas, establece en su disposición transitoria décima quinta, la competencia y procedimiento para conocer del *habeas corpus*.⁷

Por haberse interrumpido el desarrollo de nuestra protección constitucional, el sistema vigente de amparo no puede considerar-

7 3º. La inmediata libertad del detenido si no estuviere dentro de los casos anteriores, sin perjuicio del procedimiento a que hubiere lugar, si los funcionarios ejecutivos incurrieren en responsabilidad penal por abuso de sus funciones.

se como el continuador de la obra iniciada en nuestro país el siglo pasado; por consiguiente, debemos estudiar la influencia de los otros sistemas de libertades, como fuente inmediata de nuestra legislación actual.

1.2.2.1. Fuentes del renacer constitucional

El derecho constitucional venezolano -a diferencia de nuestro derecho privado, de raíz europea continental- ha recibido, a lo largo de nuestra historia una fuerte influencia norteamericana, en cuanto a la estructura del Estado y a otros aspectos fundamentales, entre los cuales se encuentra la protección de los derechos humanos. Desde el nacimiento de nuestra nacionalidad, a través del ejemplo vivo de la independencia norteamericana, continuadora de un sistema de derechos que nace en la Inglaterra del siglo XIII, recibimos la influencia del sistema anglosajón de derechos.

El principio de control del poder en defensa de los derechos, basado en la supremacía de la ley, en Inglaterra, y del juez, en los Estados Unidos, tiene sus antecedentes, de acuerdo al mexicano Oscar Rabasa⁸, en el Derecho Común -*Common law*-; y en las siguientes actuaciones:

La *Carta Magna*, impuesta por los barones, en 1215, al Rey Juan, define, por primera vez, los derechos del hombre: "Ningún hombre libre será detenido, aprisionado, despojado, puesto fuera de ley, desterrado o de ningún modo destruido; ni tampoco el Rey lo juzgará o lo recluirá en prisión, sino por sentencia de sus pares o la ley de la tierra". Se garantiza a determinada categoría de personas los derechos que esa sociedad consideraba fundamentales, e inherentes a la clase dominante (los nobles, el clero y los llamados hombres libres de Inglaterra), la vida, la libertad y la propiedad.

8 Rabasa, Oscar. *El Derecho Angloamericano*. México, Fondo de Cultura Económica, 1944

La *Petition of Right* o petición de derechos de 1628, impuesta a Carlos I: los hombres libres sólo podrían ser aprisionados o desposeídos por la Ley de la Tierra, o por el debido proceso legal -*law of the land* o *due process of law*- antecedentes de los artículos 60 y 68 de nuestra Constitución.

La ley del *habeas corpus*, pronunciada por el parlamento inglés durante el reinado de Carlos II -1660/85-, el cual ya estaba reconocido por el *common law* como el recurso en virtud del cual los tribunales protegen a los individuos contra la privación ilegítima de la libertad, y conducía a la libertad del individuo o su entrega al tribunal.

La declaración o carta de derechos *bill of rights* impuesta a Guillermo y María, al conferirles el trono -1689-, la cual especifica las garantías concedidas por la Carta Magna, y que prohíbe la suspensión y dispensa de leyes, las multas y cauciones excesivas, el mantenimiento de ejércitos en tiempos de paz y la imposición de tributos sin la autorización del parlamento; además del derecho a portar armas y la libertad de palabra en el parlamento.

Estas cartas de libertad forman parte de la Constitución inglesa, pero no son "la Constitución", pues ésta no es escrita sino consuetudinaria.

El magistrado, Presidente de una de las Cortes inglesas, Edward Coke, sostuvo la supremacía de estos principios constitucionales sobre la voluntad del Rey y las leyes del Parlamento: si los actos del monarca y las disposiciones legales dictadas por los legisladores contrariaban esas leyes consuetudinarias y fundamentales, los tribunales debían anularlos.

Ello no fue admitido, sino que se instauró como principio la sujeción de los actos de las autoridades ejecutivas a las leyes, no estando éstas supeditadas a ninguna norma superior. Los Tribunales ingleses conocen de la legalidad de los actos del ejecutivo, pero no están facultados para examinar la validez de las leyes.

Con la independencia norteamericana, la Constitución de 1787, ratificada por la mayoría de las antiguas colonias en 1789, estableció el régimen federal de gobierno y la división de los poderes: ejecutivo, legislativo y judicial. El examen de la validez constitucional de las leyes se comenzó a aplicar por los jueces estatales y no por la Suprema Corte, y luego por los jueces federales, con fundamento en el artículo VI de esa Constitución: "Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que se hagan de acuerdo con la misma y los tratados hechos o que se hagan con la autoridad de los Estados Unidos, serán la ley suprema del país, y los jueces de cada estado se someterán a ella, a pesar de lo que en contrario haya en las constituciones o leyes de los Estados", con lo cual se estableció una verdadera primacía del poder judicial.

Dejando momentáneamente de lado la facultad de los jueces de declarar la nulidad de las leyes, o en nuestro caso de no aplicar las leyes contrarias a los principios constitucionales, para centrar el examen en la protección de los ciudadanos contra actuaciones contrarias a esos principios, o a los derechos y garantías de los ciudadanos, más emparentados con el sistema de *equity* o juicio de equidad anglosajón, como veremos luego, que con la declaratoria de nulidad de las leyes contrarias a la Constitución, nos encontramos con variados antecedentes en nuestro continente.

Cita Hildegard Rondón de Sansó⁹, como antecedentes del amparo venezolano, las leyes mexicanas sobre la materia; las cuales, de acuerdo con el licenciado Emilio Rabasa, padre del autor ya citado, tienen su origen en la obra del jurista Manuel Crescencio Rejón, quien en su proyecto de Constitución para el estado de Yucatán en 1840¹⁰, formuló un plan de garantías individuales y expresó la idea de que la salvaguarda de estas garantías individuales se encomiende a los tribunales.

9 Rondón de Sansó, Hildegard. *Amparo Constitucional*. Caracas, 1988

10 Promulgada el 16 de mayo de 1841.

Había leído a Tocqueville, dice Rabasa. Alexis de Tocqueville publicó la primera parte de su obra *La Democracia en América*, en 1835. En ella nos habla del inmenso poder político que tienen los jueces norteamericanos. Para él, la causa reside en un solo hecho: "Los americanos han reconocido a los jueces el derecho de basar sus sentencias en la Constitución, más que en las leyes. En otros términos, les han permitido no aplicar las leyes que les parezcan inconstitucionales"; y continúa así: "Cuando se invoca, ante los tribunales de los Estados Unidos, una ley que el juez estima contraria a la constitución, el juez puede negarse a aplicarla. Este poder es el único que es particular del magistrado americano, pero una gran influencia política se desprende de él".¹¹ Esta idea, recogida por nuestra ley, es extraña al Derecho continental europeo, lo cual conduce a que el sistema de aplicación directa de la Constitución, y concretamente el amparo, nos parezca, a veces, contrario a Derecho; pues nuestra formación jurídica tiene fundamentalmente su origen en la tradición europea.

Para la época en que escribió Tocqueville, ya se había desarrollado en los Estados Unidos la corriente del pensamiento jurídico que luego se denominó Doctrina de Marshall. En 1801 el presidente Adams nombró a John Marshall como Magistrado presidente de la Suprema Corte de los Estados Unidos. Bajo su inspiración se desarrolló el sistema de protección constitucional.

Frente a la tesis inspirada en el derecho continental europeo, de que la ley debe suponerse *juris et de jure* constitucional, Marshall declara que la resolución respecto a si una ley del Poder Legislativo está de acuerdo con la Constitución es una cuestión judicial, y fundamenta esa idea, según Rabasa, en el siguiente argumento: "En primer lugar, de los preceptos de la ley misma se infiere que el pueblo, al promulgarla, no quiso otorgar al Poder Legis-

11 Alexis de Tocqueville. "La Democracia en América". *Historia del Pensamiento* Nº 74. Barcelona, España. Editorial Orbis, 1985.

lativo la amplísima facultad de calificar la constitucionalidad de sus propios actos. Segundo, en preceptos expresos de la Constitución aparecen prohibiciones tales como la de que el Congreso Federal no podrá expedir leyes *ex post facto*, ni leyes condenatorias de una persona singularmente;... y esto demuestra que la Constitución es una ley que lo mismo rige para el Poder Legislativo que para el Poder Judicial"; pero el fundamento principal de la teoría de Marshall se encuentra en la disposición según la cual "esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que se hagan de acuerdo con la misma, serán la ley suprema del país", precepto que también contiene nuestra Constitución.

Estos principios inspiraron la Constitución mexicana de 1842, en cuya redacción influyó el jurista Mariano Montero. Allí se establece la fórmula que nos fue transmitida¹² :

Los Tribunales de la Federación ampararán a cualquier habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos que les concede esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los poderes legislativo y ejecutivo, ya de la Federación, ya de los estados, limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o del acto que la motivase.

En esta fórmula observa Rabasa los principios fundamentales que también recoge nuestro sistema: "Hacer de la querrela contra la infracción un juicio especial y no un recurso; dar competencia en el juicio sólo a los tribunales federales; prohibir toda declaración general sobre la ley o acto violatorios".

El amparo mexicano comprende, de acuerdo con Fix Zamudio¹³ , cinco instrumentos diversos: *habeas corpus*, inconstitucional-

12 Cfr. Artículo 49 de la Constitución de la República de Venezuela.

13 Fix Zamudio, Héctor. "El Juicio de Amparo Mexicano". *La Protección Procesal de los Derechos Humanos ante las Jurisdicciones Nacionales*. Universidad Nacional Autónoma de México. Madrid, España, Editorial Civitas S.A, 1982.

lidad de las leyes, casación, contencioso-administrativo, y proceso social agrario; algunos de los cuales no tienen relación directa con la tutela de los derechos humanos, pues bajo ese sistema se controla también la observancia de las normas de rango legal.

Encuentra dicho autor analogías entre el amparo mexicano a la libertad y nuestro *habeas corpus*, pero otras manifestaciones de protección constitucional -si bien contienen aspectos de protección frente a la violación directa del texto constitucional, que se relacionan, a su juicio, con nuestro proceso de nulidad por inconstitucionalidad y con la excepción de inconstitucionalidad- en cuanto reprimen infracciones de ley, guardan analogía con la casación, el contencioso administrativo e, incluso, con el procedimiento administrativo en materia agraria venezolanos¹⁴. El amparo contra normas, contra sentencias y contra actos administrativos, tal como se explicará, ha seguido en nuestra legislación reglamentaria del amparo, luego del estudio de Fix Zamudio, un rumbo diferente a las otras instituciones procesales mencionadas. Ya en sus inicios se observan diferencias de raíz constitucional, pues la regla mexicana se refiere exclusivamente a la protección contra los actos del poder público, en tanto que la venezolana es, por su generalidad, más amplia, permitiendo un desarrollo que incluyó la protección frente a la violación de los derechos constitucionales ocasionada por actos de particulares no investidos del poder público.

1.2.2.2. La Constitución de 1961

Intervinieron en la redacción y adopción de la Constitución de 1961, políticos venezolanos que durante su obligada ausencia del país, durante la dictadura que interrumpió el renacer democrático, residieron en México, Costa Rica, Chile y otros países que disfrutaban de libertad y contaban con un sistema de amparo de los derechos constitucionales, por lo cual no debe sorprender la in-

14 Fix Zamudio, Héctor. *Algunos aspectos comparativos del derecho de amparo en México y Venezuela*. Libro Homenaje a la Memoria de Lorenzo Herrera Mendoza. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, 1970.

negable influencia que la experiencia de esas naciones tuvo en nuestra protección constitucional.

En lo internacional debemos citar la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁵, como una de las fuentes de nuestra definitiva disposición constitucional:

Artículo 8: Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley.

También debió estar en la mente de nuestros congresistas, la disposición protectora de los derechos contenida en la Constitución de Costa Rica, del año 1949:

Artículo 48. Toda persona tiene derecho al recurso de *habeas corpus* cuando se considere ilegítimamente privada de su libertad.

Este recurso es de conocimiento exclusivo de la Corte Suprema de Justicia y queda a su juicio ordenar la comparecencia del ofendido, sin que para impedirlo pueda alegarse obediencia debida u otra excusa.

Para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, a toda persona le asiste, además, el recurso de Amparo, del que conocerán los tribunales que fije la ley.

El derecho constitucional a ser amparado en el efectivo ejercicio de los derechos constitucionales quedó consagrado en el artículo 49 de nuestra Constitución:

15 Adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

Los Tribunales ampararán a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, en conformidad con la Ley.

El procedimiento será breve y sumario, y el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida.

II. EVOLUCION DOCTRINAL

Una vez promulgada nuestra Constitución, que contiene la regla general transcrita y una regulación del amparo a la libertad personal *-habeas corpus-* en su disposición transitoria quinta, se da comienzo a la evolución doctrinaria de la institución, la cual comprende una primera época, signada por dos posiciones contradictorias, pues algunos consideraron como necesaria la promulgación de una ley reglamentaria, para la efectiva vigencia del amparo¹⁶, en tanto que otras opiniones se manifestaron a favor del inmediato ejercicio del amparo constitucional: "El amparo debe concederse por el Juez aún cuando no esté reglamentado por la ley que una disposición constitucional resulte ineficaz, por el hecho de que no haya sido desarrollada por los poderes constituidos. Esto sería condicionar la voluntad del poder constituyente."¹⁷

2.1. El artículo 49 constitucional como norma programática.

La Sala Político Administrativa de nuestra Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 14 de diciembre de 1970 adoptó la siguiente posición, haciendo referencia al único aparte del artículo 49, arriba transcrito:

Basta leer el aparte en consideración para advertir que no es una norma directa e inmediatamente aplicable por los

16 Cf. E. Agudo Freitas, "Algunos casos del Amparo y Hábeas Corpus". *Anuario del Colegio de Abogados del Estado Lara*. Barquisimeto, 1969.

17 Escovar Salom, Ramón. *El amparo en Venezuela*. Caracas, Ediciones del Colegio de Abogados del Distrito Federal, 1971.

jueces, sino un precepto programático, sólo parcialmente reglamentado para la fecha en que la Constitución fue promulgada, y dirigido particularmente al Congreso, que es el órgano a quien compete la reglamentación de las garantías constitucionales, en conformidad con los artículos 136, ordinal 24 y 139 de la Constitución.

Esta decisión negó la posibilidad de interposición del amparo constitucional hasta que se promulgara la ley reglamentaria del amparo; sin embargo, en fecha 17 de abril de 1972, el Juzgado Duodécimo de Primera Instancia en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, aplicando por analogía el procedimiento de *habeas corpus* declaró con lugar un recurso de amparo "interpuesto por los Profesores: (...)" y ordenó "la restitución de todos sus derechos académicos y administrativos hasta tanto se dicte una decisión definitiva en sus casos"; e igualmente dispuso que la Comisión Electoral de la Universidad Central de Venezuela debía reincorporar a los profesores en cuestión al Registro Electoral "con toda la plenitud del goce y ejercicio de ese derecho, de acuerdo a lo tipificado en el artículo 49 Unico Aparte, en concordancia con la Disposición Quinta, Unico Aparte, de la Constitución Nacional".

Ello motivó una solicitud del Fiscal General de la República, a la Corte para que se pronunciase al respecto, la cual, en Sala Político Administrativa, resolvió en los siguientes términos:

Acuerda:

En uso de la facultad que le confiere el artículo 148 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, declara que la competencia de los Tribunales de Primera Instancia y Superiores, en lo Penal, de la República, a que se refiere la Disposición Transitoria Quinta de la Constitución, se limita exclusivamente al conocimiento del recurso de *habeas corpus* previsto en dicha norma; y que en consecuencia, toda decisión que no esté apoyada en la competencia específica de dichos Tribunales o que invada la atribuida por la Constitución y las leyes, a otros ór-

ganos judiciales, constituye una usurpación o extralimitación de atribuciones.¹⁸

2.2. Aplicación directa de la regla constitucional

El criterio que impidió el ejercicio del amparo propiamente dicho, diferente al *habeas corpus*, para reparar la violación de los derechos constitucionales, se mantuvo hasta una sentencia de la misma Sala Político Administrativa, de fecha 20 de octubre de 1983, la cual modificó la posición jurisprudencial:

La norma transcrita ha sido objeto de divergente interpretación tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia nacionales, pues mientras algunos consideran que se trata de una norma simplemente programática cuya aplicación -salvo lo dispuesto en la Disposición Transitoria Quinta- queda diferida hasta que se dicte la ley especial que regule la materia, otros estiman que la ausencia de este instrumento legal no impide el ejercicio del recurso de amparo, y en apoyo de este último criterio se invoca especialmente el aparte del artículo 50 de la propia Constitución, que establece:

La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

Considera la Corte que con esta declaración el constituyente ha reafirmado su voluntad en el sentido de mantener la integridad de los derechos humanos y de ponerlos a cubierto de cualquier intento o acto que pudiese vulnerarlos, ya que, en su concepto, la diferencia que ha pretendido hacerse entre derechos y garantías es inadmisibles, desde el momento que haría de aquéllos meras declaraciones retóricas sin contenido real.

18 *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*. N° 29.788 del 25 de abril de 1972.

En fecha 6 de agosto de 1987, en sentencia de la misma Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, se precisaron las características y límites de la acción de amparo:

1. Que la titularidad de la acción corresponde no sólo a una persona física o natural, sino también a una persona jurídica o moral;
2. Que el acto lesivo puede provenir tanto de una autoridad pública, como de particulares, grupos u organizaciones privadas;
3. Que el acto lesivo puede implicar una acción o una omisión;
4. Que el agravio debe afectar concreta y directamente un precepto constitucional que garantice un derecho inherente a la persona y, por tanto, no puede hacerse valer contra actos ilegales del Poder Público, sino contra aquellos que, en violación de la Carta Fundamental, lesionen al particular en los derechos que ella consagra;
5. Que el agravio debe ser personal y directo;
6. Que el amparo tiene carácter restitutorio y no indemnizatorio;
7. Que el mandamiento de amparo exige que sea manifiesta e incontestable la inconstitucionalidad del acto que se considere lesivo;
8. Que el amparo es un remedio extraordinario, que sólo procede cuando se hayan agotado, no existan o sean inoperantes otras vías procesales que permitan la reparación del daño;
9. Que el proceso de amparo es de orden público, gratuito, igualitario y concentrado;

10. Que el proceso exige la intervención de la parte contraria como garantía del derecho de defensa.
11. Que la lesión debe ser actual o que constituya una amenaza cierta, real y verificable, del derecho tutelado por la Constitución;
12. Que el mandamiento de amparo tiene efectos particulares o concretos, por lo cual no puede afectar a personas que no hayan tomado parte en la controversia; y
13. Que la brevedad y sumariedad del proceso no impide la apelabilidad o revisión del fallo.

Estos principios se elaboraron a través de todo un desarrollo jurisprudencial y sirvieron de norte para la redacción de nuestra Ley de Amparo, por lo cual constituyen un valioso instrumento para su interpretación.

2.3. *El amparo como institución del derecho-equidad*

El amparo se desarrolló como una institución jurisprudencial, hasta la promulgación de la ley de amparo. No podía concebir la mente jurídica continental el libre desarrollo de la institución al margen de las construcciones legislativas.

La tendencia en nuestro medio ha sido la de querer resolver los problemas sociales, políticos o jurídicos a través de una ley ad-hoc. Si bien en el caso la ley recogió en su casi totalidad la construcción de la jurisprudencia, estabilizó los criterios y coartó su libre desarrollo, orientado hacia la creación de un sistema para *dura lex sed lex*. En efecto, el amparo no tan sólo resuelve la problemática de la tutela de los derechos humanos; además, abre un nuevo horizonte jurídico, en el sentido de que, en el porvenir, pudiera surgir una vía paralela, capaz de producir cosa juzgada, basada en la equidad, que no en la aplicación rígida de la ley. En esa nueva vía podría instaurarse el juicio

por jurados¹⁹ como lo pidió el Libertador ante el Congreso de Angostura, y como expresamente fue consagrado en la Constitución de 1811, en los artículos 117 y 161.²⁰

2.3.1. El sistema norteamericano de equidad

Regresando a la fértil fuente del derecho anglosajón, tal como rige actualmente en los Estados Unidos de Norteamérica, cabe recordar que el sistema de equidad surge en Inglaterra, como un cor a la deficiente actuación de los Tribunales que seguían los principios rígidos del *common law*, cuando los tribunales no reconocían la existencia jurídica de los derechos equitativos que el actor reclamaba; o carecían de un medio procesal para impartir a éste su protección; o cuando existiendo este remedio, era ineficaz.

Existen, en aquel sistema, tribunales que aplican uno u otro derecho, en tanto que otros, como los federales, aplican ambos derechos, con el resultado de que la equidad puede ser exclusiva o

19 La idea del juicio por jurados para decidir el amparo constitucional fue expuesta por Moisés Hirsch en ponencia presentada a la Comisión para el Estudio Legislativo de la Ley de Amparo, así: "Vista la naturaleza del juicio de amparo, a la luz de los artículos 49 y 50 de la Constitución resultaría conveniente implementar el juicio por jurados. El carácter empírico del amparo requiere una valoración moral y un sentido común para resolver la situación de emergencia y restablecer la situación jurídica infringida. La intervención de legos, por su distinta procedencia, extracción social y formación cultural en el juicio de amparo constitucional, constituye una espléndida ocasión de educación ciudadana en el significado del acto de justicia, en su ejercicio y aplicación. Actuando como miembro del jurado el ciudadano, al mismo tiempo aprende y enseña el acto de justicia en un plano cognoscitivo y mejora la calidad del sentimiento de justicia en el plano afectivo. El conocimiento y experiencia de la vida por parte del jurado es provechosa para los jueces letrados en la apreciación de los hechos. La penetración en los tribunales de la opinión pública y del espíritu del pueblo atenúa la rigidez del juicio."

20 Plaz Bruzual, René. *Los Derechos Humanos y el Amparo Constitucional*. Caracas, Ediciones de la Contraloría General de la República, 1987.

auxiliar, cuando se emplea esta potestad en auxilio de los tribunales de derecho común.

Emilio Rabasa enumera doce máximas fundamentales en que se basa el Derecho-Equidad.

1.- El *equity* no tolera ningún agravio sin una reparación; pues se creó, precisamente para ofrecer un remedio, para los casos en que era ineficaz el *common law*.

2.- El *equity* obra sobre las personas, no sobre las cosas o materias de la controversia, lo cual constituye una regla de origen histórico, no obstante que en ciertos aspectos las cosas influyen sobre el derecho controvertido, por ejemplo, depurando un título controvertido, pero en su esencia, los procedimientos en equidad, siguen teniendo el carácter de personales, así como la forma de ejecución, el *injunction* o mandamiento activo o negativo -ejecutar determinada actividad o abstenerse de una actividad-, pues se ejecuta haciendo que la persona contra la cual va dirigido lo obedezca, por presión de los medios de apremio: multa y encarcelamiento del reo si no cumple lo ordenado.

3.- El *equity* presume que está consumado aquello que debe realizarse en lo futuro. Por ejemplo, en el caso de la promesa de venta, se considera al comprador, desde el momento del otorgamiento del documento de opción, propietario "equitativo" de la cosa, en tanto que el vendedor es a su vez el dueño "equitativo" del precio. A falta de un convenio que estipule lo contrario, el comprador tiene derecho a reclamar la posesión del bien, en tanto que el vendedor debe percibir los intereses sobre el importe aun no pagado.

4.- El derecho-equidad se fija más en la esencia de las cosas que en la forma. El sistema de *common law* es formalista por excelencia, en tanto que el *equity*, para subsanar las consecuencias perniciosas que desde el punto de vista de la justicia producen los tecnicismos en una variedad de asuntos, penetra en el fondo de los actos jurídicos, atendiendo más a su contenido material que al formal.

5.- El *equity* presume la intención de cumplir con la obligación. No significa que se haga caso omiso a la posibilidad de inten-

ciones torcidas en una persona que de buena o mala fe incumpla la obligación, sino que el derecho-equidad le atribuye una intención lícita a la persona cuyos actos han sido en realidad dolosos, o cuando menos inciertos, haciéndole que honre sus obligaciones legítimas, independientemente del auténtico propósito, o contra los verdaderos designios.

6.- Igualdad es *equity*. En ausencia de relaciones obligacionales, los tribunales de equidad deben distribuir los derechos y obligaciones equitativamente entre las personas que formen parte de una misma clase de acreedores o deudores.

7.- El *equity* ayuda al diligente, no a quien abandona o descuida sus derechos. Esta máxima expresa, en realidad, una especie de prescripción negativa consuetudinaria, sin plazo fijo y nada más por la conducta omisa y negligente del titular.

8.- El que acude a *equity*, debe tener la "conciencia limpia"; quiere decir que el actor que se queja de que el demandado ha obrado contrariamente a los principios "equitativos" en un asunto en el cual él mismo es culpable de actos también violatorios de la equidad, no tiene derecho a obtener una reparación. En tal sentido, el autor que venimos siguiendo, ofrece el ejemplo del propietario de una marca, que demanda al infractor de esa marca, pero no obtiene reparación, porque se demuestra que la marca es un engaño.

9.- El que reclama equidad debe proceder también con equidad. Si el comprador del cual hablamos antes pretende la entrega de la cosa, debe haber pagado el precio o garantizado el pago en los términos del contrato; o si es el vendedor quien pide el pago, debe estar en condiciones de transmitir la propiedad.

10.- Cuando los principios del *equity* favorecen a ambas partes, debe prevalecer la ley o sea el *common law*; pero si los derechos de las partes que se apoyan en la equidad no son de igual calidad, se impone el derecho equitativo de superior calidad.

11.- Cuando los principios del *equity* favorecen a ambas partes, tiene preferencia quien es primero en tiempo. Por supuesto de-

be entenderse este principio en relación al anterior, para determinar si los derechos son de igual rango.

12.- El *equity* sigue a la ley, o sea al *common law*. Una gran parte del derecho-equidad se desarrolla al margen de la ley rígida, pero en general los tribunales de *equity* aplican las reglas de derecho estricto, tanto como sus propias reglas; por ejemplo, cuando tratan sobre obligaciones de origen contractual u obligaciones *ex delicto*, aplican las disposiciones que regulan la materia.

Otro aspecto importante es la función preventiva del *equity*.

El *common law* conduce a la reparación del daño causado por el incumplimiento, en tanto que el *equity* se dirige a tratar de impedir ese daño, obteniendo el cumplimiento de la obligación.

En tal sentido, los Tribunales pueden:

1.- Obligar a las autoridades y a las personas de derecho privado a dar, hacer o no hacer aquello que conforme a la Constitución, ley general y "equidad", deben llevar a cabo o no ejecutar.

2.- Suspender durante el proceso y, definitivamente, con la sentencia ejecutoria, los efectos de un acto iniciado por las autoridades o por los particulares.

3.- Mandar a restituir en especie las cosas o hechos de que se trate, es decir restablecer a las partes en la posición que debieran ocupar si no fuera por el acto u omisión contrarios a derecho o al *equity* que se reclama.

En resumen la función procesal del *equity* es preventiva y res-
titutoria, como nuestro amparo.

2.3.2. Lo que pudo ser y lo que se puede salvar

Insisto en que el desarrollo jurisprudencial del amparo en Venezuela conducía a un sistema paralelo de derecho-equidad, con el propósito de salvar la distancia entre la norma constitucional, como nor-

ma rectora que establece derechos dentro de límites muy generales o los reconoce por su carácter esencial, sin dibujarlos²¹, y los hechos de un caso concreto, para permitir al juez atender las particularidades de la condición humana y social, sin la atadura del derecho estricto.

Sin embargo, si la Ley de Amparo en su función reglamentadora del ejercicio de la garantía constitucional a ser amparado en el goce de los derechos fundamentales de la persona humana, impidiera en el caso concreto la efectiva protección, podría ser desaplicada conforme al artículo 20 del Código de Procedimiento Civil²², con lo cual desaparecerían los rígidos moldes de la regulación legal y podría continuar el libre desarrollo de la institución.

Por otra parte, como veremos luego, la tendencia doctrinal de nuestro amparo apunta hacia la aplicación directa de la norma sustantiva constitucional, sin que sea posible determinar una violación de rango legal, como antecedente lógico de la vulneración, por lo cual la distancia entre el hecho y la norma deberá siempre ser cubierta aplicando los principios equitativos.

III. LEY ORGÁNICA DE AMPARO SOBRE DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES²³

3. 1. Ambito de aplicación del amparo

Las dos primeras disposiciones de la ley, establecen los límites generales de su aplicación:

-
- 21 Artículo 50.- La enunciación de los derechos y garantías contenida en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.
- 22 Cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces aplicarán ésta con preferencia.
- 23 Promulgada el 22 de enero de 1988. Reformada en cuanto a la competencia para conocer de los actos emanados del Consejo Supremo Electoral por Ley del 27 de septiembre de 1988, publicada en *Gaceta Oficial* N° 34.060. Extraordinaria, de esa fecha.

Artículo 1.- Toda persona natural habitante de la República, o persona jurídica domiciliada en ésta, podrá solicitar ante los Tribunales competentes el amparo previsto en el artículo 49 de la Constitución, para el goce y el ejercicio de los Derechos y Garantías Constitucionales, aun de aquellos derechos fundamentales de la persona humana que no figuren expresamente en la Constitución, con el propósito de que se restablezca inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella.

La garantía de la libertad personal que regula el *habeas corpus* constitucional, se regirá por esta Ley.

Artículo 2.- La acción de amparo procede contra cualquier hecho, acto u omisión provenientes de los Organos del Poder Público Nacional, Estatal o Municipal. También procede contra el hecho, acto u omisión originados por ciudadanos, personas jurídicas, grupos u organizaciones privadas, que hayan violado, violen o amenacen violar cualquiera de las garantías o derechos amparados por esta Ley.

Se entenderá como amenaza válida para la procedencia de la acción de amparo aquella que sea inminente.

3.1.1. Límites subjetivos

3.1.1.1. Personas protegidas

En cuanto al ámbito subjetivo de protección, el amparo se extiende a todas las personas naturales "habitantes" del país: cualquier hombre o mujer que en el momento dado se encuentre en territorio de la República, al margen de las razones de su permanencia, o de su ingreso conforme a las leyes, o que de alguna manera necesite de la protección constitucional, aun cuando no se encuentre en nuestro territorio; y a las personas jurídicas domiciliadas en el país, por cuanto en éstas se desarrolla la personalidad humana.

La Sala Político Administrativa de nuestra Corte Suprema, en sentencia de fecha 29-9-93 (Caso Francisco Visconti y otros contra decisión del Ministerio de la Defensa), expresó:

Es así como -estima la Sala- la intención del constituyente y la del legislador, al utilizar el término "habitante de la República" para referirse a las personas que pueden interponer la acción de amparo, fue la de permitir que ésta sea ejercida por cualquier sujeto de derecho -sea cual fuere su condición social, nacionalidad o situación legal- siempre y cuando sus derechos o garantías constitucionales hayan sido directamente lesionados o amenazados de violación, por cualquier acto, hecho u omisión que se "haya realizado, emitido o producido en la República" (vid. decisión de fecha 27-8-93, caso: "Ana Drossos Mangos" contra "Banco Industrial").

Aun cabe pensar en el caso del agravio cometido fuera del territorio venezolano, pero cuyos efectos sólo podrían ser reparados por nuestro sistema constitucional -v. gr. la actuación de un funcionario consular venezolano que niegue el ejercicio de un derecho-, los cuales deben ser incluidos en el sistema omnicompreensivo de protección constitucional.

3.1.1.2. Agravante

Puede tratarse de cualquier órgano del poder público, sin distinguir entre sus ramas ejecutiva, legislativa o judicial, lo cual implica, como se desarrollará luego, la protección contra sentencias, excluida en otros sistemas de amparo.

Asimismo, incluye nuestro sistema de protección el amparo contra violaciones constitucionales causadas por ciudadanos, personas jurídicas, grupos u organizaciones privadas, lo cual establece una vía paralela a la jurisdicción ordinaria, utilizable en aquellos casos en los cuales no sea posible obtener por las vías ordinarias una reparación adecuada, rápida y efectiva del agravio constitucional.

3.1.2. Límites objetivos

3.1.2.1. Carácter del acto lesivo

De acuerdo a las reglas transcritas, procede el amparo contra cualquier hecho, acto u omisión, tanto de los particulares como del Estado, que hayan violado, violen o amenacen violar los derechos protegidos por la Constitución:

...no puede existir ningún acto estatal que no sea susceptible de ser revisado por vía de amparo, entendiendo éste no como una forma de control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos estatales capaz de declarar su nulidad sino -como se ha dicho- un medio de protección de las libertades públicas cuyo objeto es restablecer su goce o disfrute, cuando alguna persona natural o jurídica o grupos u organizaciones privadas, amenacen vulnerarlas o las vulneren efectivamente.

Así entendido el amparo constitucional, la Sala considera, y así lo declara, que cualquier persona natural o jurídica, puede ejercer una acción de esta naturaleza, aun frente a actos excluidos del control jurisdiccional, como los previstos en el artículo 159 de la Constitución en los términos que esa norma preceptúa, invocando la lesión o violación de los derechos o garantías que la Constitución²⁴ establece o de aquellos que, siendo inherentes a la

24 Artículo 159.- Los actos de los cuerpos legislativos en ejercicio de sus atribuciones privativas no estarán sometidos al veto, examen o control de los otros poderes, salvo lo que esta Constitución establece sobre extralimitación de atribuciones. (De acuerdo al artículo 158 de la Constitución, tales atribuciones privativas consisten en la potestad de dictar su reglamento y aplicar las sanciones que en él se establezcan; calificar a sus miembros y conocer sus renunciaciones; organizar su servicio de policía; remover los obstáculos que se opongan al ejercicio de sus funciones; acordar y ejecutar su presupuesto de gastos; ejecutar y mandar a ejecutar las resoluciones concernientes a su funcionamiento y a las funciones privativas acordadas.)

persona humana, no figuren expresamente en ellos.” (Sala Político Administrativa, 13-1-91, caso: Anselmo Natale contra decisión emanada del Presidente de la Cámara de Diputados)

Por lo que se refiere a la amenaza actual de lesión a los derechos constitucionales, la propia ley precisa el concepto como “aquella que sea inminente”; en consecuencia, no puede tratarse de una situación hipotética, que de actualizarse amenazaría con violar el derecho.

Constituye presupuesto de procedencia del amparo, una violación o amenaza de violación directa del texto constitucional, entendida así:

No es procedente el amparo cuando no existe una violación directa e inmediata del texto constitucional, no en el sentido, adversado por un sector de la doctrina, de que la norma no hubiese sido desarrollada por preceptos legales, sino que es necesario que para la resolución acerca de la violación constitucional, no sea necesario determinar, en forma previa, una infracción de rango legal. De aceptarse la tesis contraria, el amparo sustituiría la totalidad del orden procesal, pues siendo la Constitución la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico, cada vez que se infringe la ley, indirectamente se viola la Carta Magna. (Sala de Casación Civil, 8-7-93, Caso: Luis Alberto Añez Guerere)

Se diferencia así nuestro amparo de la citada fuente mexicana, la cual “tutela todo el ordenamiento jurídico...contra cualquier acto ilegal o inconstitucional de cualquier autoridad.”²⁵

3.1.1.2. Derechos protegidos

Quedan bajo la protección del amparo no sólo los derechos constitucionales especialmente reconocidos por nuestro ordena-

25 Fix Zamudio, Héctor. *Op.cit.*

miento²⁶, sino también aquéllos que no estando establecidos expresamente en la Constitución, son inherentes a la persona humana.

Con ello se incluye en el ámbito del amparo, cualquier derecho que se desarrolle por evolución del pensamiento social, como propio de la persona humana y, muy especialmente, los derechos reconocidos por los instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos, de los cuales nuestro país es signatario.

3.2. *Naturaleza de la acción de amparo*

3.2.1. *Acción autónoma de amparo y amparo acumulado*

La Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales al desarrollar el artículo 49 de la Constitución previó varias alternativas, breves y sumarias, dirigidas a restablecer la situación jurídica infringida por el acto u omisión contrario a los derechos y garantías constitucionales.

Observamos dos vertientes de procedimiento: la acción autónoma de amparo, con la variante de inmediato restablecimiento de la situación jurídica infringida y el amparo ejercido conjuntamente con otras acciones, entre las cuales encontramos el amparo acumulado a la acción de inconstitucionalidad, el amparo acumulado al recurso contencioso-administrativo de nulidad y el amparo ejercido en forma conjunta, con otros procedimientos ordinarios o especiales, los cuales serán luego considerados.

3.2.1.1. *Carácter de la acción autónoma de amparo*

Del enunciado constitucional -artículo 49- se aprecia el carácter restablecedor que la Carta Magna atribuye a la acción de amparo.

Explica Hildegard Rondón de Sansó²⁷ que el efecto restablecedor, "de acuerdo con su valor semántico, significa poner una cosa en el estado que poseía con anterioridad, esto es, ponerla en su

26 Ver anexo 2 (art. 50 C.N.)

27 Rondón de Sansó, Hildegard. *Ob.cit.*

estado original...Ahora bien, no siempre el efecto del amparo, por la naturaleza propia de la lesión, puede tener el carácter que se analiza, porque en los casos en los cuales el daño no se ha producido sino que se trata de una simple amenaza de daño, el amparo lo que va a hacer es alejar la posibilidad de que el mismo pueda operar, es decir, a proscribir del ámbito de actuación del accionante los eventuales peligros que pudieran afectarlo”.

Tampoco tendría, obviamente, carácter restablecedor la acción que se intenta ante la omisión de la conducta debida por un funcionario público, pues lo que se pide no consiste en el restablecimiento de una situación preexistente, sino la ejecución de una actividad que tendrá determinadas consecuencias jurídicas. El carácter restablecedor del amparo constitucional, fue reafirmado en la ya citada sentencia de la Sala de Casación Civil, de fecha 7 de agosto de 1990. En esa oportunidad se afirmó que el propósito y objeto de un recurso de amparo no puede ser otro que el restablecimiento de una situación jurídica; el propósito de la acción, y por ende el límite de los poderes del Juez de Amparo, está dado por este carácter defensivo del amparo, de restablecimiento de una situación jurídica vulnerada, o, a lo sumo, de la obtención de una situación semejante.

Añadió la Sala, en la sentencia comentada, dictada al resolver una consulta sobre una decisión de amparo que ordenaba el pago de una suma de dinero, lo siguiente:

El acreedor de una obligación no está en la misma situación, antes de su cumplimiento, que luego de ejecutada la prestación prometida; por tanto, si solicitase el cumplimiento de ésta a través de una acción de amparo, estaría solicitando, no que se le restablezca en una situación jurídica, sino que se le coloque en una nueva situación que él considere más justa. Por ello, una acción de amparo que persiga el cumplimiento de una obligación, deberá ser declarada improcedente.

Este restablecimiento produce efectos jurídicos respecto al derecho o garantía objeto del proceso de amparo, pero no causa

cosa juzgada sobre la cuestión debatida, sino que podrán las partes acudir ante la jurisdicción ordinaria a ejercer las acciones o recursos que legalmente le correspondan²⁸

Establece el artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo la posibilidad de la inmediata restitución de la situación jurídica que se juzga vulnerada:

El Tribunal que conozca de la solicitud de amparo tendrá potestad para restablecer la situación jurídica infringida, prescindiendo de consideraciones de mera forma y sin ningún tipo de averiguación sumaria que la preceda.

En este caso, el mandamiento de amparo deberá ser motivado y estar fundamentado en un medio de prueba que constituya presunción grave de la violación o amenaza de violación.

La doctrina ha insistido en el carácter provisional del amparo dictado siguiendo este procedimiento. Al respecto podemos citar sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de fecha 7 de agosto de 1990, la cual estableció que el Tribunal Superior que conoció en consulta de una decisión de amparo debió:

para garantizar el derecho de defensa, advertir al *a-quo* que la decisión dictada con base en el citado artículo 22 no podía considerarse como la sentencia definitiva de amparo, sino como una decisión provisional que tiende a restablecer inmediatamente la situación jurídica vulnerada, y devolver el expediente a Primera Instancia, para que una vez oída la persona natural o jurídica señalada como causante del agravio, con el otorgamiento

28 Artículo 36 de la Ley Orgánica de Amparo

de las debidas garantías de defensa, fuese dictada la sentencia definitiva.

3.2.1.2. Carácter de la acción acumulada de amparo

La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en decisión de fecha 21 de noviembre de 1990, ante un amparo solicitado conjuntamente con un recurso contencioso-administrativo de nulidad, señaló:

El efecto restablecedor definitivo de la situación jurídica infringida, que es el atributo característico de la acción de amparo cuando se ejerce en forma autónoma, queda modificado, por cuanto lo que se trata de obtener con el amparo ejercido por la presente vía es tan sólo una medida que suspenda los efectos del acto, es decir, que impida su eficacia cualquiera que ella sea, en forma temporal y condicionada a la decisión de la acción principal que pasa a ser el recurso contencioso-administrativo de nulidad.

Este criterio fue reafirmado en sentencia de la Sala Político Administrativa (10-7-91), la cual, luego de enumerar los supuestos en que la acción de amparo puede ser ejercida conjuntamente con otros medios procesales, señaló:

En cualesquiera de estos supuestos de acumulación la acción de amparo reviste una característica o naturaleza totalmente diferente a la anteriormente analizada (autónoma) pues en estos casos no se trata de una acción principal, sino subordinada, accesoria a la acción o el recurso al cual se acumuló y, por ende, su destino es temporal, provisorio, sometido al pronunciamiento jurisdiccional final que se emita en la acción acumulada, que viene a ser la principal. Esta naturaleza y sus consecuencias se desprenden claramente de la formulación legislativa de cada una de las hipótesis señaladas, que únicamente atribuye al mandamiento de amparo que se otorgue, efectos cautelares, suspensivos de la aplicación de la norma o de la ejecución del acto de que se trate 'mientras dure el juicio'.

En efecto, el Artículo 3 de la Ley de Amparo, al reglar el amparo conjunto con la acción popular de inconstitucionalidad, establece que el juez podrá suspender la aplicación de la norma respecto de la situación jurídica concreta que se alega, mientras dure el juicio de nulidad.

Regla de similares características encontramos, en el Artículo 5 de la misma Ley -amparo conjunto con el recurso contencioso-administrativo de anulación o con el de carencia-, al autorizar al Juez a que suspenda los efectos del acto recurrido como garantía de dicho derecho constitucional violado, mientras dure el juicio.

Puede intentarse un amparo dentro del procedimiento ordinario, cuando el agraviado hubiese optado por las vías judiciales ordinarias o hubiese hecho uso de los medios judiciales preexistentes -Artículo 6, numeral 5-. En estos casos podrá el juez ordenar la suspensión provisional de los efectos del acto cuestionado en el proceso o recurso. Se trata del amparo incidental el cual denomina Hildegard Rondón de Sansó amparo sobrevenido²⁹.

En todos estos casos tiene el amparo un carácter cautelar, pues presenta las notas de provisoriedad, judicialidad y variabilidad que caracterizan a las medidas cautelares.

3.3. *Amparo contra normas*

Establece el artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo:

Artículo 3.- También es procedente la acción de amparo cuando la violación o amenaza de violación deriven de una norma que colida con la Constitución. En este caso, la providencia judicial que resuelva la acción interpuesta deberá apreciar la inaplicación de la norma impugnada y el Juez informará a la Corte Suprema de Justicia acerca de la respectiva decisión.

29 Rondón de Sansó, Hildegard. *La Acción de Amparo contra los Poderes Públicos*. Caracas, Editorial Arte. 1994.

La acción de amparo también podrá ejercerse conjuntamente con la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes y demás actos estatales normativos, en cuyo caso, la Corte Suprema de Justicia, si lo estima procedente para la protección constitucional, podrá suspender la aplicación de la norma respecto de la situación jurídica concreta cuya violación se alega, mientras dure el juicio de nulidad.

Coexiste la protección contra la lesión ocasionada por la aplicación de una norma inconstitucional con el control difuso de la constitucionalidad por el juez del caso concreto. En efecto, de acuerdo al artículo 20 de nuestro Código de Procedimiento Civil, cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces aplicarán ésta con preferencia.

No existe para nuestros jueces el dilema a que hace referencia Fix Zamudio, de que no obstante la función correctora, integradora y creativa de la interpretación de las leyes, "si no pueden ser desaplicadas o anuladas por el juzgador, porque carece de facultades para ello, tendrá que obedecerlas, produciéndose así una de las grandes tragedias de la función judicial...la lucha entre la lealtad a la ley y los imperativos de la conciencia"³⁰.

En nuestro sistema constitucional, puede el Presidente de la República objetar la ley aprobada por las Cámaras, por razones de inconstitucionalidad, y dentro del plazo para promulgarla podrá ocurrir ante la Corte Suprema de Justicia, solicitando su decisión acerca de la inconstitucionalidad alegada³¹.

Asimismo, existe en nuestra legislación la acción popular de inconstitucionalidad, ejercida ante la Corte Suprema de Justicia, la

30 Fix Zamudio, Héctor. "El Juez ante la norma constitucional". *Revista de la Facultad de Derecho de México*, XV, 57. México, 1965.

31 Artículo 173 de la Constitución

cual conocerá en Corte Plena si se trata de actos generales, pudiendo ser interpuesta la demanda por cualquier ciudadano, sin necesidad de alegar una lesión a sus intereses, y conduce, de ser declarada con lugar, a la nulidad del acto, con efectos *erga omnes*.

Por el contrario, el amparo contra normas requiere una especial legitimación, consecuencia del agravio que la norma inconstitucional ocasiona al solicitante de la protección, y no conduce a la nulidad de la regla normativa sino a su desaplicación en una determinada relación o situación jurídica.

Respecto al carácter concreto, de protección individual, del amparo contra normas, explica Hildegard Rondón de Sansó³² que éste "no puede ejercerse contra la norma en abstracto, sino en relación con un caso concreto en que se le aplique o se tema su aplicación."

Como ya se estableció, puede ejercerse el amparo conjuntamente con la acción de nulidad por inconstitucionalidad, para obtener la inmediata suspensión de los efectos de la norma, en el caso concreto, supuesto en el cual tiene un efecto de cautela provisional.

3.4. *Amparo contra decisiones judiciales*

De acuerdo al artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales:

Igualmente procede la acción de amparo cuando un Tribunal de la República, actuando fuera de su competencia, dicte una resolución o sentencia u ordene un acto que lesione un derecho constitucional.

No se trata del amparo-casación mexicano, sino de un medio autónomo de protección de la constitucionalidad, diferente a

32 Rondón de Sansó, Hildegard. *La Acción de Amparo...*

nuestro recurso de casación, y a los otros medios ordinarios o extraordinarios de control y revisión de la actividad judicial. Por ello, desde un comienzo ha puesto énfasis la doctrina en delimitar claramente su ámbito de aplicación, de manera que no sustituya tales remedios por un procedimiento expedito, que si bien pone inmediato cese a la violación, dejando sin efecto el fallo inconstitucional, podría por su misma brevedad limitar las posibilidades de defensa de los intereses contrapuestos.

De existir una vía alterna de protección que, proporcionando un amparo efectivo e inmediato del derecho o garantía constitucional, garantice mejor al presunto agravante las reales oportunidades de defensa, debe preferirse ésta; pues,

en materia de derechos constitucionales y, por ende, de su amparo, es necesario armonizar los derechos de quien solicita el amparo con los derechos del señalado como agravante o, en el caso del amparo contra decisiones judiciales, con los derechos de la contraparte en el procedimiento en el cual se pronunció la decisión recurrida, para determinar su rango frente al derecho del otro, o frente a los derechos e intereses del resto de la comunidad de justiciables. Al respecto basta recordar el expresivo ejemplo que nos ofrece el filósofo contemporáneo Karl Popper, del juez prudente, quien ante el alegato del matón que protestaba porque, siendo un ciudadano libre podía mover su puño en la dirección que se le antojase, contestó: la libertad de movimiento de tus puños está limitada por la posición de la nariz de tu vecino. (Sala de Casación Civil. Sent. 5-12-90)

En relación con el alcance del concepto del Tribunal "actuando fuera de su competencia" que restringe el ámbito del amparo contra decisiones judiciales, la Sala de Casación Civil, en sentencia de fecha 25 de enero de 1989, estableció lo siguiente:

No puede ser, pues, un problema de competencia en su sentido procesal estricto, ya que éste surge por la circunstancia de existir varios órganos jurisdiccionales y de división del trabajo por razón del valor y del territorio.

Por eso, la competencia a que se refiere el artículo 4 es algo más trascendente y de fondo: dice relación con las atribuciones judiciales y con la usurpación de funciones.

En consecuencia, el requisito que exige el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo no es de la mera incompetencia (por la materia, valor o territorio), pues éste es asunto que, en la mayoría de los casos, es de hecho y tiene el Código su mecanismo para hacerlo valer, por lo que obviamente, el que no lo hizo, no puede usar la "incompetencia" para apoyar una acción de Amparo Constitucional, ya que sería tanto como derogar reglas expresas precisas del procedimiento.

De ahí que esta "incompetencia" se acerque más bien al aspecto constitucional de la función pública, definida en los artículos 117, 118 y 119 de la Constitución: las atribuciones del Poder Público se hallan establecidas en la propia Constitución y en las leyes; cada rama del Poder Público tiene sus funciones propias; y toda autoridad usurpada es nula.

La limitación en cuestión ha sido analizada por la Sala de Casación Penal de nuestra Corte Suprema de Justicia, con las siguientes conclusiones:

Doctrinariamente se ha aseverado, que la expresión "fuera de su competencia" empleada por el legislador en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, debe interpretarse como "el abuso de poder" o "extralimitación de atribuciones" que se produce cuando el Juez con su decisión viola un derecho constitucional. Esta Corte Suprema, en Sala Político-Administrativa, en sentencia de 5 de junio de 1986, admitió que el recurso de amparo puede intentarse contra decisiones judiciales, pero que sólo procedería en casos extremos, como por ejemplo: cuando un Tribunal incurriere en usurpación de autoridad dictando algún acto de naturaleza administrativa o legislativa en perjuicio de

los derechos y garantías constitucionales de una persona. Al respecto, esta Sala de Casación Penal ha dicho que éste es un caso extremo en razón de que la usurpación de funciones, consiste en la realización de funciones por un órgano de una rama del Poder Público que le corresponde ejercerla a otro órgano de otra rama de ese Poder. La sentencia aludida, afirma también como caso extremo, cuando un Tribunal, aun actuando fuera de la esfera de su competencia -administrar justicia-, dictare alguna decisión que en forma manifiesta viole alguno de estos mismos derechos o garantías, por ejemplo: condenando a un reo a la pena de muerte. En este caso se estaría en presencia de un "abuso de poder por incompetencia", porque se trata de un órgano del Poder Judicial que se extralimita en el ejercicio de sus atribuciones o realiza actuaciones para las cuales no está autorizado por la Ley que le define su competencia.

Asimismo, esta Sala ha establecido en anteriores decisiones que, las expresiones "abuso de poder" y "extralimitación de atribuciones o funciones", tiene jurídicamente un mismo significado: violación de la Ley. (Sentencia 10-3-95)

En cuanto a la restricción en sí, la Sala de Casación Civil, en sentencia de fecha 5 de diciembre de 1990, señaló:

En cuanto al marco de referencia de la disposición, debemos considerar que su justificación reside en la defensa del principio de la cosa juzgada, en particular, y de la seguridad jurídica, en general, el cual, como lo hace ver el recurrente, tiene rango constitucional, pues el ordinal 8º del artículo 60 establece que nadie podrá ser sometido a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgado anteriormente.

La necesidad de salvaguardar un principio de superior rango, que constituye presupuesto necesario del Estado de Derecho, condujo al legislador a establecer la exigencia del juez actuando fuera de sus funciones, para la pro-

cedencia del amparo contra decisiones judiciales, como excepción a la inmutabilidad de las decisiones judiciales que hubiesen alcanzado firmeza...

Esta consideración condujo a establecer que de denunciarse violaciones flagrantes a los derechos individuales que no pueden ser renunciados por el afectado, la entidad de los derechos infringidos privaría sobre la necesidad de preservar, en el caso concreto, la inmutabilidad de la cosa juzgada, y en estos casos deberá admitirse el recurso de amparo.

Asimismo, en la sentencia arriba citada, se expresó lo siguiente:

Como ya se señaló, la seguridad jurídica -principio que subyace en la disposición del artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales- constituye fundamento mismo del estado de Derecho; empero, sería contrario al propósito del legislador de salvaguardar dicha seguridad, al establecer la limitación en comento, considerar que ella constituye un obstáculo para la admisión de un amparo contra una decisión que, si bien ha sido pronunciada por un juez que actúa dentro de sus funciones judiciales, vulnera la cosa juzgada que emana de una sentencia anterior, o de cualquier modo obra contra lo decidido en ella; o ha sido tomada luego de un procedimiento en el cual la parte que luego solicita el amparo, no contó con las debidas oportunidades para ejercer la defensa de sus derechos, o de alguna otra manera se vulneró la garantía del debido proceso.

Recapitulando, y sin pretender la Sala establecer una enumeración casuística, que constituya una especie de 'doctrina inmutable' acerca de cuál derecho debe prevalecer, pues en cada caso concreto deberá decidirse al respecto, de acuerdo a sus características propias y al entorno social en el momento dado, considera que puede intentarse y ser admitido el recurso autónomo de amparo contra decisiones judiciales cuando:

1.- El Juez actuando fuera de su competencia, entendida ésta en el sentido de la jurisprudencia transcrita, vulnera una garantía o derecho de rango constitucional;

2.- La decisión constituya un acto lesivo a la conciencia jurídica, al infringir de forma flagrante, por ejemplo, los derechos individuales que no pueden ser renunciados por el afectado; o bien cuando:

3.- El fallo vulnera el principio de seguridad jurídica, proveyendo contra la cosa juzgada, o fuese proferido en un proceso donde evidentemente no se hubiese garantizado al solicitante del amparo las debidas oportunidades de defensa, o se hubiese irrespetado de alguna otra manera la garantía del debido proceso.

Esta interpretación, que amplía la posibilidad de interposición del amparo contra decisiones judiciales, se fundamenta en la preeminencia de la protección constitucional sobre la necesidad de preservar, en un caso concreto, la inmutabilidad de la cosa juzgada.

3.5. Amparo contra actuaciones u omisiones de la Administración

El amparo contra actuaciones u omisiones de la Administración Pública es, tal vez, el ámbito en el cual se ha desarrollado con mayor amplitud la doctrina sobre el amparo constitucional.

Establece la norma legal rectora:

Artículo 5.- La acción de amparo procede contra todo acto administrativo: actuaciones materiales, vías de hecho, abstenciones u omisiones que violen o amenacen violar un derecho o una garantía constitucionales, cuando no exista un medio procesal breve, sumario y eficaz acorde con la protección constitucional.

Cuando la acción de amparo se ejerza contra actos administrativos de efectos particulares o contra abstenciones o negativas de la Administración, podrá formularse ante el

Juez Contencioso-Administrativo competente, si lo hubiere en la localidad, conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de anulación de actos administrativos o contra las conductas omisivas, respectivamente, que se ejerzan. En estos casos, el Juez, en forma breve, sumaria, efectiva y conforme a lo establecido en el artículo 22, si lo considera procedente para la protección constitucional, suspenderá los efectos del acto recurrido como garantía de dicho derecho constitucional violado, mientras dure el juicio.

PARÁGRAFO UNICO: Cuando se ejerza la acción de amparo contra actos administrativos conjuntamente con el recurso contencioso-administrativo que se fundamente en la violación de un derecho constitucional, el ejercicio del recurso procederá en cualquier tiempo, aún después de transcurridos los lapsos de caducidad previstos en la Ley y no será necesario el agotamiento previo de la vía administrativa.

En un comienzo, la doctrina del contencioso-administrativo atribuyó a la acción de amparo un carácter residual o subsidiario, pues existiendo el recurso contencioso administrativo de nulidad³³, con la posibilidad, en nuestra legislación, de suspensión provisional de los efectos del acto mientras dure el juicio de nulidad, la limitación de inexistencia de un medio procesal breve, sumario y eficaz acorde con la protección constitucional, parecía desvirtuar la posibilidad de una acción autónoma de amparo.

Sin embargo, se constató "que la suspensión de efectos como medida cautelar tiene un ámbito limitado, por cuanto sólo se apli-

33 Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, artículo 136: "A instancia de parte, la Corte podrá suspender los efectos de un acto administrativo de efectos particulares, cuya nulidad haya sido solicitada, cuando así lo permita la ley o la suspensión sea indispensable para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la definitiva..."

ca a los actos formales, entre los cuales son muchas las categorías que resultan excluidas de tal aplicación por no ser susceptibles de suspensión”³⁴ ; por tanto, si bien tiene carácter extraordinario, el amparo autónomo contra actuaciones u omisiones de la Administración Pública es una noción viva, de amplia aplicación práctica, pues a través de su ejercicio puede obtenerse una inmediata reparación en todos aquellos casos en los cuales el extenso y costoso procedimiento contencioso administrativo no resulte el adecuado para restablecer el orden constitucional vulnerado.

Se añade, pues, a la protección del sistema contencioso administrativo, sin sustituirlo, la posibilidad de una vía expedita de restablecimiento de la situación jurídica infringida, o amenazada de violación.

Resulta de especial importancia, en el amparo contra acciones u omisiones de la Administración, la dilucidación de la cuestión de competencia, puesto que en principio le es adjudicada a los Tribunales de Primera Instancia que lo sean en la materia afín con la naturaleza del derecho o de la garantía constitucionales violados o amenazados de violación, en la jurisdicción correspondiente al lugar donde ocurriere el hecho, acto u omisión que motivaren la solicitud de amparo, conociendo la Corte Suprema de Justicia en única instancia, en la Sala de competencia afín con el derecho o garantía constitucionales violados o amenazados de violación, de la acción de amparo contra el hecho, acto u omisión emanados del Presidente de la República, de los Ministros, del Consejo Supremo Electoral y demás organismos electorales del país, del Fiscal General de la República, del Procurador General de la República o del Contralor General de la República.

En una primera etapa, ello condujo a que en casi todos los supuestos diferentes al *habeas corpus*, del cual conocen exclusivamen-

34 Rondón de Sansó, Hildegard. *La Acción de Amparo...*

te los jueces penales, se adjudicara la competencia a los jueces civiles y, en su caso, a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, con lo cual, bajo el argumento de que se denunciaba la violación del derecho al trabajo, por ejemplo, conoció un juez del trabajo de un amparo contra una decisión administrativa municipal que negaba una patente de Industria y Comercio.

La pauta en tal sentido quedó plasmada en una decisión de la Sala Político Administrativa de fecha 28 de julio de 1988, que reafirmó la competencia de los Juzgados de primera instancia que lo sean en materia afín, estableciendo que "los Tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa no pueden conocer de amparos sino en los casos excepcionales del artículo 5° de la Ley Orgánica de Amparo, esto es, cuando se ejerza conjuntamente con el recurso de anulación".

La Sala de Casación Civil sostuvo en decisión de 10 de agosto de 1989 el criterio contrario, que luego imperó en nuestra jurisprudencia, en los siguientes términos:

La posición adoptada por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativa, basada en decisión de la Sala Político-Administrativa de esta Corte, referida a su incompetencia para conocer, por vía general, de la materia de amparo, se basa en una interpretación puramente literal del artículo 7° de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, el cual establece:

Son competentes para conocer de la acción de amparo, los Tribunales de Primera Instancia que lo sean en la materia afín con la naturaleza del derecho o de la garantía constitucionales violados o amenazados de violación, en la jurisdicción correspondiente al lugar donde ocurrieren el hecho, acto u omisión que motivaren la solicitud de amparo. En caso de duda, se observarán, en lo pertinente, las normas sobre competencia en razón de la materia. Si un Juez se considerare incompetente, remitirá las actuaciones inmediatamente al que tenga competencia. Del amparo de la libertad y seguridad personales conocerán

los Tribunales de Primera Instancia en lo Penal, conforme al procedimiento establecido en esta Ley.

La disposición transcrita admite dos interpretaciones. Una, apegada a la letra de la Ley, lleva a afirmar que, en el caso, el Tribunal competente resulta ser el correspondiente Tribunal del Trabajo, puesto que el derecho violado, relativo al principio de "a igual trabajo, igual salario", resulta afín a la materia laboral. Por el contrario, una interpretación que tome en cuenta la intención del legislador nos conduce en diferente sentido.

La razón del establecimiento de jurisdicciones especiales es la cada vez mayor complejidad de la ciencia jurídica, que hace imposible que una persona tenga conocimientos profundos sobre la totalidad del derecho. En este sentido, la intención del legislador no pudo ser otra que otorgar la competencia al Juez que poseyese mayor comprensión sobre la materia a que se refiera el amparo solicitado, a los fines de asegurar la mejor decisión posible, y en beneficio de la celeridad que requiere el amparo. Un Juez poco habituado al manejo de la materia a que se refiera el amparo, tendría, necesariamente, que dedicar un tiempo mayor a estudiar la decisión. En el caso concreto, el Juez que domina la materia es aquel que habitualmente conoce de los conflictos que se suscitan entre los empleados públicos al servicio de la Gobernación del Distrito Federal y el ente empleador.

En la actualidad, la jurisprudencia de la jurisdicción contencioso administrativa adjudica la competencia para conocer del amparo, de acuerdo con la competencia genérica asignada para conocer del recurso contencioso administrativo de anulación. Así lo expresó la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo:

La competencia de un tribunal contencioso administrativo en particular no puede determinarse en función de la que corresponde a un recurso cuyo objeto es similar (re-

paración del gravamen que produce la abstención), sino en general, a la competencia que corresponde a ese órgano jurisdiccional contencioso administrativo. Por ello, la Sala Político Administrativa ha recurrido a la competencia genérica asignada en base al recurso contencioso administrativo de anulación y concretamente, por lo que respecta a esta Corte, a la competencia residual prevista en el artículo 185 numeral 3° de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Coinciden en definitiva los criterios, pues si se atribuye la competencia en base a la asignada para conocer del recurso contencioso administrativo, decidirá el amparo el Juez que posea una mejor comprensión sobre la materia a que se refiera el amparo solicitado, con el beneficio de una mayor celeridad y certeza en el fallo.

3.6. Procedimiento

Recibida la solicitud de amparo, la cual puede incluso interponerse verbalmente, en cuyo caso será recogida en acta, o por vía telegráfica, supuesto en el cual deberá ser ratificada personalmente o por apoderado en los tres días siguientes, el juez la admitirá si no está incurso en alguna de las causas de inadmisibilidad.

Si la solicitud fuere oscura o no llenare los requisitos exigidos por la ley³⁵, se notificará al solicitante del amparo para que corri-

35 Artículo 18.- En la solicitud de amparo se deberá expresar:

- 1) Los datos concernientes a la identificación de la persona agraviada y de la persona que actúe en su nombre, y en este caso con la suficiente identificación del poder conferido;
 - 2) Residencia, lugar y domicilio, tanto del agraviado como del agraviante;
 - 3) Suficiente señalamiento e identificación del agraviante, si fuere posible, e indicación de la circunstancia de localización;
 - 4) Señalamiento del derecho o garantía constitucionales violados o amenazados de violación;
 - 5) Descripción narrativa del hecho, acto u omisión y demás circunstancias que motiven la solicitud de amparo;
 - 6) Y cualquiera explicación complementaria relacionada con la situación jurídica infringida, a fin de ilustrar el criterio jurisdiccional.
- En caso de instancia verbal se exigirán, en lo posible los mismos requisitos.

ja el defecto u omisión dentro del lapso de cuarenta y ocho horas siguientes a la correspondiente notificación. Si no lo hiciere, la acción de amparo será declarada inadmisibile.

El Juez que conozca de la acción de amparo podrá ordenar, siempre que no signifique perjuicio irreparable para el actor, la evacuación de las pruebas que juzgue necesarias para el esclarecimiento de los hechos que aparezcan dudosos u oscuros. Se entenderá que hay perjuicio irreparable cuando exista otro medio de comprobación más acorde con la brevedad del procedimiento o cuando la prueba sea de difícil o improbable evacuación.

Ya adelantamos la posibilidad de que se dicte un mandamiento de amparo sin que medie procedimiento de substanciación, decisión cautelar que deberá ser luego objeto de revisión por el mismo Juez, previa audiencia del señalado como agravante.

Si el juez no optase por restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida, o una vez restablecida ésta, ordenará a la autoridad, entidad, organización social o a los particulares imputados de violar o amenazar el derecho o garantía constitucionales, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la respectiva notificación, informe sobre la pretendida violación o amenaza que hubiere motivado la solicitud de amparo. La falta de informe correspondiente se entenderá como aceptación de los hechos incriminados. Dicho informe deberá contener una relación sucinta de las pruebas en las cuales el presunto agravante pretenda fundamentar su defensa.

Presentado el informe, o concluido el término para ello, se fijará la oportunidad, dentro de las noventa y seis horas siguientes, para que se lleve a cabo la audiencia constitucional, ocasión en la cual las partes o sus representantes podrán expresar en forma oral y pública sus argumentos respectivos. Efectuado dicho acto el Juez dispondrá de un término de veinticuatro horas para decidir la solicitud de amparo constitucional.

La decisión de amparo es de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades de la República y obliga especialmente al

agraviante. Quien incumpliere el mandamiento de amparo constitucional será castigado con prisión de seis a quince meses. Contra la decisión de primera instancia se oirá apelación en el solo efecto devolutivo y, de no ser apelado, será consultado el fallo con el Tribunal superior respectivo.

El amparo de la libertad personal *habeas corpus*, cuenta con un procedimiento especial: la solicitud podrá ser hecha por el agraviado o por cualquier persona que gestione en favor de aquél, por escrito, verbalmente o por vía telegráfica, sin necesidad de asistencia de abogado y el Juez, al recibirla, abrirá una averiguación sumaria, ordenando inmediatamente al funcionario bajo cuya custodia se encuentre la persona agraviada que informe dentro del plazo de veinticuatro (24) horas, sobre los motivos de la privación o restricción de la libertad.

El Juez decidirá en un término no mayor de noventa y seis (96) horas después de recibida la solicitud, la inmediata libertad del agraviado o el cese de las restricciones que se le hubiesen impuesto, si encontrare que para la privación o restricción de la libertad no se hubieren cumplido las formalidades legales.

IV CONCLUSIONES

Sin lugar a duda, la acción de amparo consagrada en la ley constituye el medio breve, sumario y eficaz de protección de los derechos inherentes a todas las personas y ciudadanos, consagrados o no en la Ley fundamental.

Contempla un amplio campo de protección, en virtud de que puede ser intentada contra la Administración, bien sea contra los actos formales por ésta producidos, o contra los hechos, omisiones, carencias o negativas; procede igualmente contra normas, decisiones jurisdiccionales o contra los particulares, en un extenso ámbito de protección que es la característica esencial de nuestro sistema de amparo.

Es, por tanto, un instrumento que garantiza cabalmente la protección de los derechos y garantías inherentes a la persona humana.

En la formación de la normativa de amparo, fue en extremo importante la contribución de los Tribunales, mediante una jurisprudencia verdaderamente creadora de derecho, dirigida hacia un propósito definido: la defensa de los derechos humanos.

A partir del texto breve del artículo 49 de la Constitución, nuestros Jueces elaboraron reglas precisas que fueron recogidas por el Legislador; y luego de promulgada la Ley de Amparo, la jurisprudencia ha realizado una labor interpretativa con la cual se ha aclarado y depurado la normativa, de tal manera que muchas de las imprecisiones e incongruencias que la doctrina observó han sido corregidas.

Esa labor de interpretación de la ley con vista al efectivo cumplimiento del mandato constitucional se mantiene, para así perfeccionarla, adaptándola a la fluida realidad social.

ANEXO I

DECLARACION DE DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO

(Aprobada por la Asamblea Nacional Francesa el 26 de agosto de 1789 y sancionada por el Rey el 5 de octubre)

Los representantes del pueblo francés, constituido en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre, son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, a fin de que esta declaración, estando constantemente presente en todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; a fin de que los actos del poder legislativo y los del poder ejecutivo, pudiendo ser comparados en cada instante con el fin de toda institución política, sean mas respetados; a fin de que las reclamaciones

de los ciudadanos, fundadas desde ahora sobre principios simples e indudables, se dirijan siempre al mandamiento de la Constitución y al bienestar de todos.

En consecuencia, la Asamblea Nacional reconoce y declara, en presencia de todos y bajo los auspicios del Ser Supremo, los derechos siguientes del hombre y del ciudadano:

Artículo 1. Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común.

Artículo 2. La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

Artículo 3. El principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación. Ninguna corporación ni individuo pueden ejercer autoridad que no emane de ella expresamente.

Artículo 4. La libertad consiste en poder hacer todo lo que no dañe a otro; así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tienen otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites no pueden ser determinados más que por la ley.

Artículo 5. La ley no tiene el derecho de prohibir más que las acciones perjudiciales a la sociedad. Todo lo que no esté prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordene.

Artículo 6. La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de participar personalmente, o por sus representantes, en su formación. Debe ser la misma para todos, sea que premie, sea que castigue. Siendo todos los ciudadanos iguales a sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad, y sin otra distinción que la de sus virtudes y la de sus talentos.

Artículo 7. Ningún hombre puede ser acusado, arrestado ni detenido más que en los casos determinados por la ley, y según las formas prescritas por ella. Los que soliciten, expidan, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deberán ser castigados; pero todo ciudadano llamado o requerido en virtud de una ley debe obedecer al instante: de no hacerlo así se hace culpable de resistencia.

Artículo 8. La ley no debe establecer otras penas que las estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado más que en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada.

Artículo 9. Se presume que todo hombre es inocente hasta que haya sido declarado culpable; si se juzga que es indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley.

Artículo 10. Nadie debe ser inquietado por sus opiniones, incluso religiosas, siempre que su manifestación no perturbe el orden público establecido por la ley.

Artículo 11. La libre comunicación de pensamientos y de opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; todo ciudadano puede hablar, escribir, imprimir libremente, con la salvedad de responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley.

Artículo 12. La garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita una fuerza pública; esta fuerza es instituida para el beneficio de todos y no para la utilidad particular de aquellos a quienes está confiada.

Artículo 13. Para el mantenimiento de la fuerza pública y para los gastos de la administración es indispensable una contribución común, que debe ser igualmente repartida entre todos los ciudadanos en razón de sus posibilidades.

Artículo 14. Todos los ciudadanos tienen el derecho de comprobar, por sí mismos o por sus representantes, la necesidad de la contribución pública, de consentirla libremente, de vigilar su em-

pleo y de determinar la cuota, la base, la recaudación y la duración.

Artículo 15. La sociedad tiene el derecho de pedir cuentas de su administración a todo agente público.

Artículo 16. Toda sociedad en la cual la garantía de estos derechos no está asegurada y la separación de poderes determinada no tiene constitución.

Artículo 17. Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella a no ser cuando la necesidad pública, legalmente constatada, lo exija evidentemente, y bajo la condición de una indemnización justa y previa.

Declaración de los Derechos del Pueblo de 1811

El Supremo Congreso de Venezuela en su sesión legislativa, establecida para la provincia de Caracas, ha creído que el olvido y desprecio de los Derechos del Pueblo, ha sido hasta ahora la causa de los males que ha sufrido por tres siglos: y queriendo empezar a precaverlos radicalmente, ha resuelto, conformándose con la voluntad general, declarar, como declara solemnemente ante el universo, todos estos mismos Derechos inenajenables, a fin de que todos los ciudadanos puedan comparar continuamente los actos del Gobierno con los fines de la institución social: que el magistrado no pierda jamás de vista la norma de su conducta y el legislador no confunda, en ningún caso, el objeto de su misión.

DERECHOS DEL HOMBRE EN SOCIEDAD

Art. 1. El fin de la sociedad es la felicidad común, y el Gobierno se instituye al asegurarla.

Art. 2. Consiste esta felicidad en el goce de la libertad, de la seguridad, de la propiedad y de la igualdad de derechos ante la ley.

Art. 3. La ley se forma por la expresión libre y solemne de la voluntad general, y ésta se expresa por los apoderados que el pue-

blo elige para que representen sus derechos.

Art. 4. El derecho de manifestar sus pensamientos y opiniones por voz de la imprenta debe ser libre, haciéndose responsable a la ley si en ellos se trata de perturbar la tranquilidad pública o el dogma, la propiedad y honor del ciudadano.

Art. 5. El objeto de la ley es arreglar el modo con que los ciudadanos deben obrar en las ocasiones en que la razón exige que ellos se conduzcan no por su opinión o su voluntad, sino por una regla común.

Art. 6. Cuando un ciudadano somete sus acciones a una ley, que no aprueba, no compromete su razón; pero la obedece porque su razón particular no puede guiarle, sino la razón común, a quien debe someterse, y así la ley no exige un sacrificio de la razón y de la libertad de los que no la aprueban, porque ella nunca atenta contra la libertad, sino cuando se aparta de la naturaleza y de los objetos, que deben estar sujetos a una regla común.

Art. 7. Todos los ciudadanos no pueden tener igual parte en la formación de la ley; porque todos no contribuyen igualmente a la conservación del Estado, seguridad y tranquilidad de la sociedad.

Art. 8. Los ciudadanos se dividirán en dos clases: unos con derecho a sufragio, otros sin él.

Art. 9. Los sufragantes son los que están establecidos en Venezuela, sean de la nación que fueren: éstos solos forman el soberano.

Art. 10. Los que no tienen derecho a sufragio son los transeúntes, los que no tengan la propiedad que establece la Constitución; y éstos gozarán de los beneficios de la ley, sin tomar parte en su institución.

Art. 11. Ninguno debe ser acusado, preso, ni detenido, sino en los casos determinados por la ley.

Art. 12. Todo acto ejercido contra un ciudadano sin las formalidades de la ley, es arbitrario y tiránico.

Art. 13. El magistrado que decrete y haga ejecutar actos arbitrarios será castigado con la severidad de la ley.

Art. 14. Esta debe proteger la libertad pública e individual contra la opresión y tiranía.

Art. 15. Todo ciudadano deberá ser tenido por inocente mientras no se le declare culpable. Si se cree indispensable asegurar su persona, todo rigor que no sea necesario para ello debe ser reprimido por la ley.

Art. 16. Ninguno debe ser juzgado ni castigado, sino después de haber sido oído legalmente, y en virtud de una ley promulgada anterior al delito. La ley que castigue delitos cometidos antes que ella exista será tiránica. El efecto retroactivo dado a la ley es un crimen.

Art. 17. La ley no debe decretar sino penas muy necesarias, y éstas deben ser proporcionadas al delito y útiles a la sociedad.

Art. 18. La seguridad consiste en la protección que da la sociedad a cada uno de sus miembros para la conservación de su persona, de sus derechos y de sus propiedades.

Art. 19. Todo ciudadano tiene derecho a adquirir propiedades y a disponer de ellas a su arbitrio, si no contraría el pacto o la ley.

Art. 20. Ningún género de trabajo, de cultura, ni industria o comercio puede ser prohibido a los ciudadanos, excepto aquellos que forman o pueden servir a la subsistencia del Estado.

Art. 21. Ninguno puede ser privado de la menor porción de su propiedad sin su consentimiento, sino cuando la necesidad pública lo exige y bajo una justa compensación. Ninguna contribu-

ción puede ser establecida sino para la utilidad general. Todos los ciudadanos sufragantes tienen derecho de concurrir, por medio de sus representantes al establecimiento de las contribuciones, de vigilar sobre su inversión y de hacerse dar cuenta.

Art. 22. La libertad de reclamar sus derechos ante los depositarios de la pública autoridad, en ningún caso puede ser impedida ni limitada a ningún ciudadano.

Art. 23. Hay opresión individual cuando un solo miembro de la sociedad está oprimido y hay opresión contra cada miembro cuando el Cuerpo social está oprimido. En estos casos las leyes son vulneradas y los ciudadanos tienen derecho a pedir su observancia.

Art. 24. La casa de todo ciudadano es un asilo inviolable. Ninguno tiene derecho de entrar en ella, sino en los casos de incendio, inundación o reclamación, que provenga de la misma casa o para los objetos de procedimiento criminal en los casos, y con los requisitos determinados por la ley, y bajo la responsabilidad de las autoridades constituidas que hubieren expedido el decreto. Las visitas domiciliarias, exenciones civiles, sólo podrán hacerse durante el día, en virtud de la ley y con respecto a la persona y objeto expresamente indicados en el acta que ordena la visita y ejecución.

Art. 25. Todos los extranjeros de cualquiera nación serán recibidos en la provincia de Caracas.

Art. 26. Las personas y las propiedades de los extranjeros gozarán de la misma seguridad que las de los demás ciudadanos, con tal que reconozcan la soberanía e independencia y respeten la Religión Católica, única en el País.

Art. 27. Los extranjeros que residan en la provincia de Caracas, habiéndose naturalizado y siendo propietarios, gozarán de todos los derechos de ciudadanos.

DEBERES DEL HOMBRE EN SOCIEDAD

Artículo 1. Los derechos de los otros son el límite moral y el principio de los derechos, cuyo cumplimiento resultará del respeto debido a estos mismos derechos. Ellos reposan sobre esta máxima: haz siempre a los otros el bien que querrías recibir de ellos, no hagas a otro lo que no quieras que te hagan a ti.

Art. 2. Los deberes de cada ciudadano para con la sociedad son: vivir con absoluta sumisión a las leyes; obedecer y respetar a las autoridades constituidas; mantener la libertad y la igualdad; contribuir a los gastos públicos; servir a la Patria cuando ella lo exige y hacerle, si es necesario, el sacrificio de los bienes y de la vida; y en el ejercicio de estas virtudes consiste el verdadero patriotismo.

Art. 3. El que viola abiertamente las leyes, el que procura eludir las, se declara enemigo de la sociedad.

Art. 4. Ninguno será buen ciudadano si no es buen padre, buen hijo, buen hermano, buen amigo y buen esposo.

Art. 5. Ninguno es hombre de bien si no es franco fiel y religioso observador de las leyes. La práctica de las virtudes privadas y domésticas es la base de las virtudes públicas.

CONSTITUCION FEDERAL PARA LOS ESTADOS DE VENEZUELA DE 1811

hecha por los representantes de Margarita, de Mérida, de Cumaná, de Barinas, de Barcelona, de Trujillo y de Caracas, reunidos en Congreso General.

CAPITULO VIII

DERECHOS DEL HOMBRE QUE SE RECONOCERAN Y RES- PETARAN EN TODA LA EXTENSION DEL ESTADO

Sección Segunda

Derechos del hombre en sociedad

El objeto de la sociedad es la felicidad común, y los Gobiernos han sido instituidos para asegurar al hombre en ella, protegiendo la mejora y perfección de sus facultades físicas y morales, aumentando la esfera de sus goces y procurándole el más justo y honesto ejercicio de sus derechos.

Estos derechos son la libertad, la igualdad, la propiedad y la seguridad.

La libertad es la facultad de hacer todo lo que no daña a los derechos de otros individuos, ni al cuerpo de la sociedad, cuyos límites sólo pueden determinarse por la ley, porque de otra suerte serían arbitrarios y ruinosos a la misma libertad.

La igualdad consiste en que la ley sea una misma para todos los ciudadanos, sea que castigue o que proteja. Ella no reconoce distinción de nacimiento ni herencia de poderes.

La propiedad es el derecho que cada uno tiene de gozar y disponer de los bienes que haya adquirido con su trabajo e industria.

La seguridad existe en la garantía y protección que da la sociedad a cada uno de sus miembros sobre la conservación de su persona, de sus derechos y de sus propiedades.

No se puede impedir lo que no está prohibido por la ley y ninguno podrá ser obligado a hacer lo que ella no prescribe.

Tampoco podrán los ciudadanos ser reconvenidos en juicio, acusados, presos ni detenidos sino en los casos y en las formas determinadas por la ley, y el que provocare, solicitare, expidiere, suscribiere, ejecutare o hiciere ejecutar órdenes y actos arbitrarios deberá ser castigado, pero todo ciudadano que fuese llamado o aprehendido en virtud de la ley debe obedecer al instante, pues se hace culpable por la resistencia.

Todo hombre debe presumirse inocente hasta que no haya sido declarado culpable con arreglo a las leyes, y si entre tanto se juzga indispensable asegurar su persona, cualquier rigor que no sea para esto sumamente necesario debe ser reprimido.

Ninguno podrá ser juzgado ni condenado al sufrimiento de alguna pena en materias criminales sino después que haya sido oído legalmente. Toda persona en semejantes casos tendrá derecho para pedir el motivo de la acusación intentada contra ella y conocer de su naturaleza para ser confrontada con sus acusadores y testigos contrarios para producir otros en su favor y cuantas pruebas puedan serle favorables dentro de términos regulares por sí, por su poder o por defensor de su elección, y ninguna será compelida, ni forzada en ninguna causa a dar testimonio contra sí misma, como tampoco los ascendientes y descendientes, ni los colaterales, hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

El Congreso con la brevedad posible, establecerá por una ley detalladamente el juicio por jurados para los casos criminales y civiles a que comúnmente se aplica en otras naciones con todas las formas propias de este procedimiento, y hará entonces las declaraciones que aquí correspondan en favor de la libertad y seguridad personal para que sean parte de ésta y se observen en todo el Estado.

Toda persona tiene derecho a estar segura de que no sufrirá pesquisa alguna, registro, averiguación, capturas o embargos irregulares e indebidos de su persona, su casa y sus bienes, y cualquier orden de los Magistrados para registrar lugares sospechosos sin probabilidad de algún hecho grave que lo exija, ni expresa designación de los referidos lugares, o para apoderarse de alguna o algunas personas y de sus propiedades, sin nombrarlas ni indicar los motivos del procedimiento, ni que haya precedido testimonio o deposición jurada de personas creíbles, será contraria a aquel derecho, peligrosa a la libertad y no deberá expedirse.

La casa de todo ciudadano es un asilo inviolable. Ninguno tiene derecho a entrar en ella sino en los casos de incendio, inundación o reclamación que provenga del interior de la misma casa,

o cuando lo exija algún Procedimiento criminal conforme a las leyes bajo la responsabilidad de las autoridades constituidas que expidieron los decretos; las visitas domiciliarias y ejecuciones civiles sólo podrán hacerse de día, en virtud de la ley, y con respecto a la persona y objetos expresamente indicados en el acta que ordenare la visita o ejecución.

Cuando se acordaren por la pública autoridad semejantes actos, se limitarán éstos a la persona y objetos expresamente indicados en el decreto en que se ordena la visita y ejecución, el cual no podrá extenderse al registro y examen de los papeles particulares, pues éstos deben mirarse como inviolables; igualmente que las correspondencias epistolares de todos los ciudadanos que no podrán ser interceptadas por ninguna autoridad ni tales documentos probarán nada en juicio, sino es que se exhiban por la persona a quien se hubiesen dirigido por su autor y nunca por otra tercera, ni por el reprobado medio de la interceptación. Se exceptúan los delitos de alta traición contra el Estado, el de falsedad y demás que se cometen y ejecutan precisamente por la escritura, en cuyos casos se procederá al registro examen y aprehensión de tales documentos con arreglo a lo dispuesto por las leyes.

Todo individuo de la sociedad, teniendo derecho a ser protegido por ella en el goce de su vida, de su libertad y de sus propiedades con arreglo a las leyes está obligado, por consiguiente, a contribuir por su parte para las expensas de esta protección y a prestar sus servicios personales o un equivalente de ellos cuando sea necesario, pero ninguno podrá ser privado de la menor porción de su propiedad ni ésta podrá aplicarse a usos públicos sin su propio consentimiento o el de los Cuerpos Legislativos representantes del pueblo, y cuando alguna pública necesidad legalmente comprobada exigiere que la propiedad de algún ciudadano se aplique a usos semejantes, deberá recibir por ella una justa indemnización.

Ningún subsidio, carga, impuesto, tasa o contribución podrá establecerse ni cobrarse, bajo cualquier pretexto que sea, sin el consentimiento del pueblo, expresado por el órgano de sus representantes. Todas las contribuciones tienen por objeto la utilidad

general y los ciudadanos el derecho de vigilar sobre su inversión y de hacerse dar cuenta de ellas por el referido conducto.

Ningún género de trabajo, de cultura, de industria o de comercio serán prohibidos a los ciudadanos, excepto aquellos que ahora forman la subsistencia del Estado, que después oportunamente se liberrarán cuando el Congreso lo juzgue útil y conveniente la causa pública.

La libertad de reclamar cada ciudadano sus derechos ante los depositarios de la autoridad pública, con la moderación y respeto debido, en ningún caso podrá impedirse ni limitarse. Todos, por el contrario, deberán hallar un remedio pronto y seguro, con arreglo a las leyes, de las injurias y daños que sufrieren en sus personas, en sus propiedades, en su honor y estimación.

Todos los extranjeros, de cualquier nación que sean, se recibirán en el Estado. Sus personas y propiedades gozarán de la misma seguridad que la de los demás ciudadanos, siempre que respeten la Religión Católica, única en el país, y que reconozcan la independencia de estos pueblos, su soberanía y las autoridades constituidas por la voluntad general de sus habitantes.

Ninguna ley criminal ni civil podrá tener efectos retroactivos, y cualquiera que se haga para juzgar o castigar acciones cometidas antes que ella exista será tenida por injusta, opresiva e inconforme con los principios fundamentales de un Gobierno libre.

Nunca se exigirán cauciones excesivas, ni se impondrán penas pecuniarias desproporcionadas con los delitos, ni se condenarán a los hombres a castigos crueles, ridículos y desusados. Las leyes sanguinarias deben disminuirse, como que su frecuente aplicación es inconducente a la salud de Estado y no menos injusta que impolítica, siendo el verdadero designio de los castigos corregir y no exterminar el género humano.

Todo tratamiento que agrave la pena determinada por la ley es un delito.

El uso de la tortura queda abolido perpetuamente.

Toda persona que fuere legalmente detenida o presa deberá ponerse en libertad luego que dé caución o fianza suficiente, excepto en los casos en que haya pruebas evidentes o grande presunción de delitos capitales. Si la prisión proviene de deudas y no hubiere evidencia o vehemente presunción de fraude, tampoco deberá permanecer en ella, luego que sus bienes se hayan puesto a la disposición de sus respectivos acreedores conforme a las leyes.

Ninguna sentencia pronunciada por traición contra el Estado o cualquier otro delito arrastrará infamia a los hijos y descendientes del reo.

Ningún ciudadano de las provincias del Estado, excepto los que tuvieren empleados en el Ejército, en la Marina o en las Milicias que se hallaren en actual servicio deberá sujetarse a las leyes militares ni sufrir castigos provenientes de ellas.

Los militares en tiempo de paz no podrán acuartelarse ni tomar alojamiento en las casas de los demás ciudadanos particulares sin el consentimiento de sus dueños, ni en tiempo de guerra, sino por orden de los magistrados civiles conforme a las leyes.

Una milicia bien reglada e instruida, compuesta de los ciudadanos, es la defensa natural más conveniente y más segura a un Estado libre. No deberá haber, por tanto, tropas veteranas en tiempo de paz, sino las rigurosamente precisas para la seguridad del país, con el consentimiento del Congreso.

Tampoco se impedirá a los ciudadanos el derecho de tener y llevar armas lícitas y permitidas para su defensa, y el poder militar, en todos los casos, se conservará en una exacta subordinación a la autoridad civil y será dirigido por ella.

Será libre el derecho de manifestar los pensamientos por medio de la imprenta; pero cualquiera que lo ejerza se hará responsable a las leyes si ataca o perturba con sus opiniones la tranquilidad pública, el dogma, la moral cristiana, la propiedad, honor y estimación de algún ciudadano.

Las legislaturas provinciales tendrán el derecho de petición al Congreso y no se impedirá a los habitantes el de reunirse ordenada y pacíficamente en sus respectivas parroquias para consultarse y tratar sobre sus intereses, dar instrucciones al uno o al otro Cuerpo legislativo sobre reparación de agravios o males que sufran en sus propios negocios.

Para todos estos casos deberá preceder necesariamente solicitud expresa por escrito de los padres de familia y hombres buenos de la parroquia, cuando menos en número de seis, pidiendo la reunión a la respectiva Municipalidad, y ésta determinará el día y comisionará a algún magistrado o persona respetable del partido para que presida la Junta y, después de concluida y extendida el acta, la remita a la Municipalidad, que le dará la dirección conveniente.

A estas Juntas sólo podrán concurrir los ciudadanos sufragantes o lectores, y las legislaturas no están absolutamente obligadas a conceder las peticiones, sino a tomarlas en consideración para proceder en sus funciones del modo que pareciere más conforme al bien general.

El poder de suspender las leyes o detener su ejecución nunca deberá ejercitarse sino por las legislaturas respectivas o por autoridad dimanada de ellas para sólo aquellos casos particulares que hubieren expresamente provisto fuera de lo que expresa la Constitución y toda suspensión o detención que se haga en virtud de cualquier autoridad sin el consentimiento de los representantes del pueblo se rechazará como un atentado a sus derechos.

El Poder Legislativo suplirá provisionalmente a todos los casos en que la Constitución respectiva tuviere muda y proveerá con oportunidad arreglándose a la misma Constitución la adición o reforma que pareciere necesario hacer a ella.

El derecho del pueblo para participar en la legislatura es la mejor seguridad y el más firme fundamento de un gobierno libre; por tanto, es preciso que las elecciones sean libres y frecuentes y que los ciudadanos en quienes concurren las calificaciones de mo-

deradas propiedades y demás que procuran un mayor interés a las comunidades tengan derecho para sufragar y elegir los miembros de la legislatura en épocas señaladas y poco distantes, como previene la Constitución.

Una dilatada continuación en los principales funcionarios del Poder Ejecutivo es peligrosa a la libertad, y esta circunstancia reclama poderosamente una rotación periódica entre los miembros del referido Departamento para asegurarla.

Los tres Departamentos esenciales del Gobierno, a saber: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, es preciso que se conserven tan separados e independientes el uno del otro cuando lo exija la naturaleza de un Gobierno libre o cuando es conveniente con la cadena de conexión que liga toda la fábrica de la Constitución en un modo indisoluble de amistad y unión.

La emigración de unas provincias a otras será enteramente libre.

Los Gobiernos se han constituido para la felicidad común, para la protección y seguridad de los pueblos que los componen, y no para beneficio honor o privado interés de algún hombre, de alguna familia o de alguna clase de hombre en particular que sólo son una parte de la comunidad. El mejor de todos los Gobiernos será el que fuere más propio para producir la mayor suma de bien y de felicidad y estuviere más a cubierto del peligro de una mala administración, y cuantas veces se reconociere que un Gobierno es incapaz de llenar estos objetos o que fuere contrario a ellos, la mayoría de la nación tiene indubitavelmente el derecho inajenable e imprescriptible de abolirlo, cambiarlo o reformarlo del modo que juzgue más propio para procurar el bien público. Para obtener esta indispensable mayoría, sin daño de la justicia ni de la libertad general, la Constitución presenta y ordena los medios más razonables, justos y regulares en el capítulo de la revisión, y las provincias adoptarán otros semejantes o equivalentes en sus respectivas Constituciones.

SECCIÓN TERCERA

Deberes del hombre en la sociedad

La declaración de los derechos contiene las obligaciones de los legisladores, pero la conservación de la sociedad pide que los que la componen conozcan y llenen igualmente las suyas.

Los derechos de los otros son el límite moral de los nuestros y el principio de nuestros deberes relativamente a los demás individuos del Cuerpo Social. Ellos reposan sobre dos principios que la naturaleza a grabado en todos los corazones, a saber: "Haz siempre a los otros todo el bien que quieras recibir de ellos." "No hagas a otro lo que no quieres que se te hiciese."

Son deberes de cada individuo para con la sociedad vivir sometido a las leyes, obedecer y respetar a los Magistrados y Autoridades constituidas, que son sus órganos, mantener la libertad y la igualdad de derechos; contribuir en los gastos públicos y servir a la Patria cuando ella lo exija, haciéndole el sacrificio de sus bienes y de su vida, si es necesario.

Ninguno es hombre de bien ni buen ciudadano si no observa las leyes fiel y religiosamente, si no es buen hijo, buen hermano, buen amigo, buen esposo, y buen padre de familia.

Cualquiera que traspasa las leyes abiertamente o que, sin violarlas a las claras, las elude con astucia, o con rodeos artificiosos y culpables, es enemigo de la sociedad, ofende los intereses de todos y se hace indigno de la benevolencia y estimación públicas.

ANEXO II

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA

(Gaceta Oficial N° 662 -Extraordinario, de 23 de enero de 1961)

TÍTULO III

DE LOS DEBERES, DERECHOS Y GARANTIAS

CAPITULO I

Disposiciones Generales

Artículo 43.- Todos tienen derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y del orden público y social.

Artículo 44.- Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena. Las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia, aun en los procesos que se hallaren en curso; pero en los procesos penales las pruebas ya evacuadas se estimarán, en cuanto beneficien al reo, conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron.

Artículo 45.- Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos que los venezolanos, con las limitaciones o excepciones establecidas por esta Constitución y las leyes.

Los derechos políticos son privativos de los venezolanos, salvo lo que dispone el artículo 111.

Gozarán de los mismos derechos que los venezolanos por nacimiento, los venezolanos por naturalización que hubieren ingresado al país antes de cumplir los siete años de edad y residido en él permanentemente hasta alcanzar la mayoría.

Artículo 46.- Todo acto del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución es nulo, y los funcionarios y empleados públicos que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores manifiestamente contrarias a la Constitución y a las leyes.

Artículo 47.- En ningún caso podrán pretender los venezolanos ni los extranjeros que la República, los Estados o los Municipios

prios les indemnizen por daños, perjuicios o expropiaciones que no hayan sido causados por autoridades legítimas en el ejercicio de su función pública.

Artículo 48.- Todo agente de autoridad que ejecute medidas restrictivas de la libertad deberá identificarse como tal cuando así lo exijan las personas afectadas.

Artículo 49.- Los Tribunales ampararán a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, en conformidad con la ley.

El procedimiento será breve y sumario, y el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida.

Artículo 50.- La enunciación de los derechos y garantías contenida en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella.

La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

CAPITULO II

Deberes

Artículo 51.- Los venezolanos tienen el deber de honrar y defender la patria, y de resguardar y proteger los intereses de la Nación.

Artículo 52.- Tanto los venezolanos como los extranjeros deben cumplir y obedecer la Constitución y las leyes y los decretos, resoluciones y órdenes que en ejercicio de sus atribuciones dicten los órganos legítimos del Poder Público.

Artículo 53.- El servicio militar es obligatorio y se prestará sin distinción de clase o condición social, en los términos y oportunidades que fije la ley.

Artículo 54.- El trabajo es un deber de toda persona apta para prestarlo.

Artículo 55.- La educación es obligatoria en el grado y condiciones que fije la ley. Los padres y representantes son responsables del cumplimiento de este deber, y el Estado proveerá los medios para que todos puedan cumplirlo.

Artículo 56.- Todos están obligados a contribuir a los gastos públicos.

Artículo 57.- Las obligaciones que corresponden al Estado en cuanto a la asistencia, educación y bienestar del pueblo no excluyen las que, en virtud de la solidaridad social, incumben a los particulares según su capacidad. La ley podrá imponer el cumplimiento de estas obligaciones en los casos en que fuere necesario. También podrá imponer, a quienes aspiren a ejercer determinadas profesiones, el deber de prestar servicio durante cierto tiempo en los lugares y condiciones que se señalen.

CAPITULO III

Derechos Individuales

Artículo 58.- El derecho a la vida es inviolable. Ninguna ley podrá establecer la pena de muerte ni autoridad alguna aplicarla.

Artículo 59.- Toda persona tiene derecho a ser protegida contra los perjuicios a su honor, reputación o vida privada.

Artículo 60.- La libertad y seguridad personales son inviolables, y en consecuencia:

1°- Nadie podrá ser preso o detenido, a menos que sea sorprendido in fraganti, sino en virtud de orden escrita del funcionario autorizado para decretar la detención, en los casos y con las formalidades previstos por la ley. El sumario no podrá prolongarse más allá del límite máximo legalmente fijado.

El indiciado tendrá acceso a los recaudos sumariales y a todos los medios de defensa que provea la ley tan pronto como se ejecute el correspondiente auto de detención.

En caso de haberse cometido un hecho punible, las autoridades de policía podrán adoptar las medidas provisionales, de necesidad o urgencia, indispensables para asegurar la investigación del hecho y el enjuiciamiento de los culpables. La ley fijará el término breve y perentorio en que tales medidas deberán ser comunicadas a la autoridad judicial, y establecerá además el plazo para que ésta provea, entendiéndose que han sido revocadas y privadas de todo efecto, si ella no las confirma en el referido plazo;

2°- Nadie podrá ser privado de su libertad por obligaciones cuyo incumplimiento no haya sido definido por la ley como delito o falta;

3°- Nadie podrá ser incomunicado ni sometido a tortura o a otros procedimientos que causen sufrimiento físico o moral. Es punible todo atropello físico o moral inferido a persona sometida a restricciones de su libertad;

4°- Nadie podrá ser obligado a prestar juramento ni constreñido a rendir declaración o a reconocer culpabilidad en causa penal contra sí mismo, ni contra su cónyuge o la persona con quien haga vida marital, ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad;

5°- Nadie podrá ser condenado en causa penal sin antes haber sido notificado personalmente de los cargos y oído en la forma que indique la ley.

Los reos de delito contra la cosa pública, podrán ser juzgados en ausencia, con las garantías y en la forma que determine la ley;

6º- Nadie continuará en detención después de dictada orden de excarcelación por la autoridad competente o una vez cumplida la pena impuesta. La constitución de fianza exigida por la ley para conceder la libertad provisional del detenido no causará impuesto alguno;

7º- Nadie podrá ser condenado a penas perpetuas o infamantes. Las penas restrictivas de la libertad no podrán exceder de treinta años;

8º- Nadie podrá ser sometido a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiere sido juzgado anteriormente;

9º- Nadie podrá ser objeto de reclutamiento forzoso ni sometido al servicio militar sino en los términos pautados por la ley.

10º- Las medidas de interés social sobre sujetos en estado de peligrosidad sólo podrán ser tomadas mediante el cumplimiento de las condiciones y formalidades que establezca la ley. Dichas medidas se orientarán en todo caso a la readaptación del sujeto para los fines de la convivencia social.

Artículo 61.- No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo o la condición social.

Los documentos de identificación para los actos de la vida civil no contendrán mención alguna que califique la filiación.

No se dará otro tratamiento oficial sino el de ciudadano y usted, salvo las fórmulas diplomáticas.

No se reconocerán títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias.

Artículo 62.- El hogar doméstico es inviolable. No podrá ser allanado sino para impedir la perpetración de un delito o para cumplir, de acuerdo con la ley, las decisiones que dicten los Tribunales.

Las visitas sanitarias que hayan de practicarse de conformidad con la ley sólo podrán hacerse previo aviso de los funcionarios que las ordenen o hayan de practicarlas.

Artículo 63.- La correspondencia en todas sus formas es inviolable. Las cartas, telegramas, papeles privados y cualquier otro medio de correspondencia no podrá ser ocupado sino por la autoridad judicial, con el cumplimiento de las formalidades legales y guardándose siempre el secreto respecto de lo doméstico y privado que no tenga relación con el correspondiente proceso. Los libros, comprobantes y documentos de contabilidad sólo estarán sujetos a la inspección o fiscalización de las autoridades competentes, de conformidad con la ley.

Artículo 64.- Todos pueden transitar libremente por el territorio nacional, cambiar el domicilio o residencia, ausentarse de la República y volver a ella, traer sus bienes al país o sacarlo de él, sin más limitaciones que las establecidas por la ley. Los venezolanos podrán ingresar al país sin necesidad de autorización alguna. Ningún acto del Poder Público podrá establecer la pena de extrañamiento del territorio nacional contra venezolanos, salvo como conmutación de otra pena y a solicitud del mismo reo.

Artículo 65.- Todos tienen el derecho de profesar su fe religiosa y de ejercitar su culto, privada o públicamente, siempre que no sea contrario al orden público o a las buenas costumbres.

El culto estará sometido a la suprema inspección del Ejecutivo Nacional, de conformidad con la ley.

Nadie podrá invocar creencias o disciplinas religiosas para eludir el cumplimiento de las leyes ni para impedir a otros el ejercicio de sus derechos.

Artículo 66.- Todos tienen el derecho de expresar su pensamiento de viva voz o por escrito y de hacer uso para ello de cualquier medio de difusión, sin que pueda establecerse censura previa; pero quedan sujetas a pena, de conformidad con la ley, las expresiones que constituyan delito.

No se permiten el anonimato. Tampoco se permitirá la propaganda de guerra, la que ofenda la moral pública, ni la que tenga por objeto provocar la desobediencia de las leyes, sin que por ello deba coartarse el análisis o la crítica de los preceptos legales.

Artículo 67.- Todos tienen el derecho de presentar o dirigir peticiones ante cualquier entidad o funcionario público, sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos y a obtener oportuna respuesta.

Artículo 68.- Todos pueden utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses, en los términos y condiciones establecidas por la ley, la cual fijará normas que aseguren el ejercicio de este derecho a quienes no dispongan de medios suficientes.

La defensa es derecho inviolable en todo grado y estado del proceso.

Artículo 69.- Nadie podrá ser juzgado sino por sus jueces naturales, ni condenado a sufrir pena que no esté establecida por ley preexistente.

Artículo 70.- Todos tienen el derecho de asociarse con fines lícitos, en conformidad con la ley.

Artículo 71.- Todos tienen el derecho de reunirse, pública o privadamente, sin permiso previo, con fines lícitos y sin armas. Las reuniones en lugares públicos se regirán por la ley.

CAPITULO IV

Derechos Sociales

Artículo 72.- El Estado protegerá las asociaciones, corporaciones, sociedades y comunidades que tengan por objeto el mejor cumplimiento de los fines de la persona humana y de la conviven-

cia social, y fomentará la organización de cooperativas y demás instituciones destinadas a mejorar la economía popular.

Artículo 73.- El Estado protegerá a la familia como célula fundamental de la sociedad y velará por el mejoramiento de su situación moral y económica.

La ley protegerá el matrimonio, favorecerá la organización del patrimonio familiar inembargable y proveerá lo conducente a facilitar a cada familia la adquisición de vivienda cómoda e higiénica.

Artículo 74.- La maternidad será protegida, sea cual fuere el estado civil de la madre. Se dictarán las medidas necesarias para asegurar a todo niño, sin discriminación alguna, protección integral, desde su concepción hasta su completo desarrollo, para que éste se realice en condiciones materiales y morales favorables.

Artículo 75.- La ley proveerá lo conducente para que todo niño, sea cual fuere su filiación, pueda conocer a sus padres, para que éstos cumplan el deber de asistir, alimentar y educar a sus hijos y para que la infancia y la juventud estén protegidas contra el abandono, la explotación o el abuso.

La filiación adoptiva será amparada por la ley. El Estado compartirá con los padres, de modo subsidiario y atendiendo a las posibilidades de aquéllos, la responsabilidad que les incumbe en la formación de los hijos.

El amparo y la protección de los menores serán objeto de legislación especial y de organismos y tribunales especiales.

Artículo 76.- Todos tienen derecho a la protección de la salud. Las autoridades velarán por el mantenimiento de la salud pública y proveerán los medios de prevención y asistencia a quienes carezcan de ellos.

Todos están obligados a someterse a las medidas sanitarias que establezca la ley, dentro de los límites impuestos por el respeto a la persona humana.

Artículo 77.- El Estado propenderá a mejorar las condiciones de vida de la población campesina.

La ley establecerá el régimen de excepción que requiera la protección de las comunidades de indígenas y su incorporación progresiva a la vida de la Nación.

Artículo 78.- Todos tienen derecho a la educación. El estado creará y sostendrá escuelas, instituciones y servicios suficientemente dotados para asegurar el acceso a la educación y a la cultura, sin más limitaciones que las derivadas de la vocación y de las aptitudes.

La educación impartida por los institutos oficiales será gratuita en todos sus ciclos. Sin embargo, la ley podrá establecer excepciones respecto de la enseñanza superior y especial, cuando se trate de personas provistas de medios de fortuna.

Artículo 79.- Toda persona natural o jurídica podrá dedicarse libremente a las ciencias o a las artes, y, previa demostración de su capacidad, fundar cátedras y establecimientos educativos bajo la suprema inspección y vigilancia del Estado.

El Estado estimulará y protegerá la educación privada que se imparta de acuerdo con los principios contenidos en esta Constitución y en las leyes.

Artículo 80.- La educación tendrá como finalidad el pleno desarrollo de la personalidad, la formación de ciudadanos aptos para la vida y para el ejercicio de la democracia, el fomento de la cultura y el desarrollo del espíritu de solidaridad humana.

El Estado orientará y organizará el sistema educativo para lograr el cumplimiento de los fines aquí señalados.

Artículo 81.- La educación estará a cargo de personas de reconocida moralidad y de idoneidad docente comprobada, de acuerdo con la ley.

La ley garantizará a los profesionales de la enseñanza su estabilidad profesional y un régimen de trabajo y un nivel de vida acordes con su elevada misión.

Artículo 82.- La ley determinará las profesiones que requieren título y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas.

Es obligatoria la colegiación para el ejercicio de aquellas profesiones universitarias que señale la ley.

Artículo 83.- El Estado fomentará la cultura en sus diversas manifestaciones y velará por la protección y conservación de las obras, objetos y monumentos de valor histórico o artístico que se encuentren en el país y procurará que ellos sirvan al fomento de la educación.

Artículo 84.- Todos tienen derecho al trabajo. El Estado procurará que toda persona apta pueda obtener colocación que le proporcione una subsistencia digna y decorosa.

La libertad de trabajo no estará sujeta a otras restricciones que las que establezca la ley.

Artículo 85.- El trabajo será objeto de protección especial. La ley dispondrá lo necesario para mejorar las condiciones materiales, morales e intelectuales de los trabajadores. Son irrenunciables por el trabajador las disposiciones que la ley establezca para favorecerlo o protegerlo.

Artículo 86.- La ley limitará la duración máxima de la jornada de trabajo. Salvo las excepciones que se prevean, la duración normal del trabajo no excederá de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho semanales, y la del trabajo nocturno, en los casos en que se permita, no excederá de siete horas diarias ni de cuarenta y dos semanales. Todos los trabajadores disfrutarán de descanso semanal remunerado y de vacaciones pagadas en conformidad con la ley.

Se propenderá a la progresiva disminución de la jornada, dentro del interés social y en el ámbito que se determine, y se dispondrá lo conveniente para la mejor utilización del tiempo libre.

Artículo 87.- La ley proveerá los medios conducentes a la obtención de un salario justo; establecerá normas para asegurar a todo trabajador por lo menos un salario mínimo; garantizará igual salario para igual trabajo, sin discriminación alguna; fijará la participación que debe corresponder a los trabajadores en los beneficios de las empresas; y protegerá el salario y las prestaciones sociales con la inembargabilidad en la proporción y casos que se fijen y con los demás privilegios y garantías que ella misma establezca.

Artículo 88.- La ley adoptará medidas tendientes a garantizar la estabilidad en el trabajo y establecerá las prestaciones que recompensen la antigüedad del trabajador en el servicio y lo amparen en caso de cesantía.

Artículo 89.- La ley determinará la responsabilidad que incumba a la persona natural o jurídica en cuyo provecho se preste el servicio mediante intermediario o contratista, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de éstos.

Artículo 90.- La ley favorecerá el desarrollo de las relaciones colectivas de trabajo y establecerá el ordenamiento adecuado para las negociaciones colectivas y para la solución pacífica de los conflictos. La convención colectiva será amparada, y en ella se podrá establecer la cláusula sindical, dentro de las condiciones que legalmente se pauten.

Artículo 91.- Los sindicatos de trabajadores y los de patronos no estarán sometidos a otros requisitos, para su existencia y funcionamiento, que los que establezca la ley con el objeto de asegurar la mejor realización de sus funciones propias y garantizar los derechos de sus miembros. La ley protegerá en su empleo de manera específica, a los promotores y miembros directivos de sindicatos de trabajadores durante el tiempo y en las condiciones que se requieran para asegurar la libertad sindical.

Artículo 92.- Los trabajadores tienen el derecho de huelga, dentro de las condiciones que fije la ley. En los servicios públicos este derecho se ejercerá en los casos que aquélla determine.

Artículo 93.- La mujer y el menor trabajador serán objeto de protección especial.

Artículo 94.- En forma progresiva se desarrollará un sistema de seguridad social tendiente a proteger a todos los habitantes de la República contra infortunios del trabajo, enfermedad, invalidez, vejez, muerte, desempleo y cualesquiera otros riesgos que puedan ser objeto de previsión social, así como contra las cargas derivadas de la vida familiar.

Quienes carezcan de medios económicos y no estén en condiciones de procurárselos tendrán derecho a la asistencia social mientras sean incorporados al sistema de seguridad social.

CAPITULO V

Derechos Económicos

Artículo 95.- El régimen económico de la República se fundamentará en principios de justicia social que aseguren a todos una existencia digna y provechosa para la colectividad.

El Estado promoverá el desarrollo económico y la diversificación de la producción, con el fin de crear nuevas fuentes de riqueza, aumentar el nivel de ingresos de la población y fortalecer la soberanía económica del país.

Artículo 96.- Todos pueden dedicarse libremente a la actividad lucrativa de su preferencia sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes por razones de seguridad, de sanidad u otras de interés social.

La ley dictará normas para impedir la usura, la indebida elevación de los precios y, en general las maniobras abusivas encaminadas a obstruir o restringir la libertad económica.

Artículo 97.- No se permitirán monopolios. Sólo podrán otorgarse en conformidad con la ley, concesiones con carácter de ex-

clusividad, y por tiempo limitado, para el establecimiento y la explotación de obras y servicios de interés público.

El Estado podrá reservarse determinadas industrias, explotaciones o servicios de interés público por razones de conveniencia nacional, y propenderá a la creación y desarrollo de una industria básica pesada bajo su control.

La ley determinará lo concerniente a las industrias promovidas y dirigidas por el Estado.

Artículo 98.- El Estado protegerá la iniciativa privada, sin perjuicio de la facultad de dictar medidas para planificar, racionalizar y fomentar la producción, y regular la circulación, distribución y consumo de las riquezas, a fin de impulsar el desarrollo económico del país.

Artículo 99.- Se garantiza el derecho de propiedad. En virtud de su función social la propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general.

Artículo 100.- Los derechos sobre obras científicas, literarias y artísticas, invenciones, denominaciones, marcas y lemas gozarán de protección por el tiempo y en las condiciones que la ley señale.

Artículo 101.- Sólo por causa de utilidad pública o de interés social, mediante sentencia firme y pago de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes. En la expropiación de inmuebles, con fines de reforma agraria o de ensanche y mejoramiento de poblaciones, y en los casos que por graves razones de interés nacional determine la ley, podrá establecerse el diferimiento del pago por tiempo determinado o su cancelación parcial mediante la emisión de bonos de aceptación obligatoria con garantía suficiente.

Artículo 102.- No se decretarán ni ejecutarán confiscaciones sino en los casos permitidos por el artículo 250. Quedan a salvo, respecto de extranjeros, las medidas aceptadas por el derecho internacional.

Artículo 103.- Las tierras adquiridas con destino a la exploración o la explotación de concesiones mineras comprendidas las de hidrocarburos y demás minerales combustibles, pasarán en plena propiedad a la Nación, sin indemnización alguna, al extinguirse por cualquier causa la concesión respectiva.

Artículo 104.- Los ferrocarriles, carreteras, oleoductos y otras vías de comunicaciones o de transporte constituidos por empresas explotadoras de recursos naturales estarán al servicio del público, en las condiciones y con las limitaciones que establezca la ley.

Artículo 105.- El régimen latifundista es contrario al interés social. La ley dispondrá lo conducente a su eliminación, y establecerá normas encaminadas a dotar de tierras a los campesinos y trabajadores rurales que carezcan de ella, así como a proveerlos de los medios necesarios para hacerla producir.

Artículo 106.- El Estado atenderá a la defensa y conservación de los recursos naturales de su territorio, y la explotación de los mismos estará dirigida primordialmente al beneficio colectivo de los venezolanos.

Artículo 107.- La ley establecerá normas relativas a la participación de los capitales extranjeros en el desarrollo económico nacional.

Artículo 108.- La República favorecerá la integración económica latinoamericana. A este fin se procurará coordinar recursos y esfuerzos para fomentar el desarrollo económico y aumentar el bienestar y seguridad comunes.

Artículo 109.- La ley regulará la integración, organización y atribuciones de los cuerpos consultivos que se juzguen necesarios para oír la opinión de los sectores económicos privados, la población consumidora, las organizaciones sindicales de trabajadores, los colegios de profesionales y las universidades, en los asuntos que interesan a la vida económica.

CAPÍTULO VI

Derechos Políticos

Artículo 110.- El voto es un derecho y una función pública. Su ejercicio será obligatorio, dentro de los límites y condiciones que establezca la ley.

Artículo 111.- Son electores todos los venezolanos que hayan cumplido dieciocho años de edad y no estén sujetos a interdicción civil ni a inhabilitación política.

El voto para elecciones municipales podrá hacerse extensivo a los extranjeros, en las condiciones de residencia y otras que la ley establezca.

Artículo 112.- Son elegibles y aptos para el desempeño de funciones públicas los electores que sepan leer y escribir, mayores de veintiún años sin más restricciones que las establecidas en la Constitución y las derivadas de las condiciones de aptitud que para el ejercicio de determinados cargos exijan las leyes.

Artículo 113.- La legislación electoral asegura la libertad y el secreto del voto y consagrará el derecho de representación proporcional de las minorías.

Los organismos electorales estarán integrados de manera que no predomine en ellos ningún partido o agrupación política, y sus componentes gozarán de los privilegios que la ley establezca para asegurar su independencia en el ejercicio de sus funciones.

Los partidos políticos concurrentes tendrán derecho de vigilancia sobre el proceso electoral.

Artículo 114.- Todos los venezolanos aptos para el voto tienen el derecho de asociarse en partidos políticos para participar por métodos democráticos en la orientación política nacional.

El legislador reglamentará la constitución y actividad de los partidos políticos con el fin de asegurar su carácter democrático y garantizar su igualdad ante la ley.

Artículo 115.- Los ciudadanos tienen derecho de manifestar pacíficamente y sin armas, sin otro requisito que los que establezca la ley.

Artículo 116.- La República reconoce el asilo a favor de cualquier persona que sea objeto de persecución o se halle en peligro por motivos políticos, en las condiciones y con los requisitos establecidos por las leyes y las normas de derecho internacional.

LEY ORGÁNICA DE AMPARO SOBRE DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

TÍTULO I

Disposiciones Fundamentales

Artículo 1.- Toda persona natural habitante de la República, o persona jurídica domiciliada en ésta, podrá solicitar ante los Tribunales competentes el amparo previsto en el artículo 49 de la Constitución, para el goce y el ejercicio de los Derechos y Garantías Constitucionales, aun de aquellos derechos fundamentales de la persona humana que no figuren expresamente en la Constitución, con el propósito de que se restablezca inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella.

La garantía de la libertad personal que regula el *habeas corpus* constitucional, se regirá por esta Ley.

Artículo 2.- La acción de amparo procede contra cualquier hecho, acto u omisión provenientes de los órganos del Poder Público Nacional, Estatal o Municipal. También procede contra el hecho, acto u omisión originados por ciudadanos, personas jurídicas, grupos u organizaciones privadas, que hayan violado, violen o amenacen violar cualquiera de las garantías o derechos amparados por esta Ley.

Se entenderá como amenaza válida para la procedencia de la acción de amparo aquella que sea inminente.

Artículo 3.- También es procedente la acción de amparo cuando la violación o amenaza de violación deriven de una norma que colida con la Constitución. En este caso, la providencia judicial que resuelva la acción interpuesta deberá apreciar la inaplicación de la norma impugnada y el Juez informará a la Corte Suprema de Justicia acerca de la respectiva decisión.

La acción de amparo también podrá ejercerse conjuntamente con la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes y demás actos estatales normativos, en cuyo caso, la Corte Suprema de Justicia, si lo estima procedente para la protección constitucional, podrá suspender la aplicación de la norma respecto de la situación jurídica concreta cuya violación se alega, mientras dure el juicio de nulidad.

Artículo 4.- Igualmente procede la acción de amparo cuando un Tribunal de la República, actuando fuera de su competencia, dicte una resolución o sentencia u ordene un acto que lesione un derecho constitucional.

En estos casos, la acción de amparo debe interponerse por ante un Tribunal Superior al que emitió el pronunciamiento, quien decidirá en forma breve, sumaria y efectiva.

Artículo 5.- La acción de amparo procede contra todo acto administrativo: actuaciones materiales, vías de hecho, abstenciones u omisiones que violen o amenacen violar un derecho o una garantía constitucionales, cuando no exista un medio procesal breve, sumario y eficaz acorde con la protección constitucional.

Cuando la acción de amparo se ejerza contra actos administrativos de efectos particulares o contra abstenciones o negativas de la Administración, podrá formularse ante el Juez Contencioso-Administrativo competente, si lo hubiere en la localidad conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de anulación de actos administrativos o contra las conductas omisivas, respectiva-

mente, que se ejerza. En estos casos, el Juez, en forma breve, sumaria, efectiva y conforme a lo establecido en el artículo 22, si lo considera procedente para la protección constitucional, suspenderá los efectos del acto recurrido como garantía de dicho derecho constitucional violado, mientras dure el juicio.

PARAGRAFO UNICO: Cuando se ejerza la acción de amparo contra actos administrativos conjuntamente con el recurso contencioso-administrativo que se fundamente en la violación de un derecho constitucional, el ejercicio del recurso procederá en cualquier tiempo, aún después de transcurridos los lapsos de caducidad previstos en la Ley y no será necesario el agotamiento previo de la vía administrativa.

TITULO II

De la Admisibilidad

Artículo 6.- No se admitirá la acción de amparo:

- 1) Cuando hayan cesado la violación o amenaza de algún derecho o garantía constitucionales, que hubiesen podido causarla;
- 2) Cuando la amenaza contra el derecho o la garantía constitucionales, no sea inmediata, posible y realizable por el imputado;
- 3) Cuando la violación del derecho o la garantía constitucionales, constituya una evidente situación irreparable, no siendo posible el restablecimiento de la situación jurídica infringida.

Se entenderá que son irreparables los actos que, mediante el amparo, no puedan volver las cosas al estado que tenían antes de la violación;

- 4) Cuando la acción u omisión, el acto o la resolución que violen el derecho o la garantía constitucionales hayan sido consentidos expresa o tácitamente, por el agraviado, a menos que se trate de violaciones que infrinjan el orden público o las buenas costumbres.

Se entenderá que hay consentimiento expreso, cuando hubieren transcurrido los lapsos de prescripción establecidos en leyes especiales o en su defecto seis (6) meses después de la violación o la amenaza al derecho protegido.

El consentimiento tácito es aquel que entraña signos inequívocos de aceptación.

5) Cuando el agraviado haya optado por recurrir a las vías judiciales ordinarias o hecho uso de los medios judiciales preexistentes. En tal caso, al alegarse la violación o amenaza de violación de un derecho o garantía constitucionales, el Juez deberá acogerse al procedimiento y a los lapsos establecidos en los artículos 23, 24 y 26 de la presente Ley, a fin de ordenar la suspensión provisional de los efectos del acto cuestionado;

6) Cuando se trate de decisiones emanadas de la Corte Suprema de Justicia;

7) En caso de suspensión de derechos y garantías constitucionales conforme al artículo 241 de la Constitución, salvo que el acto que se impugne no tenga relación con la especificación del decreto de suspensión de los mismos.

8) Cuando esté pendiente de decisión una acción de amparo ejercida ante un Tribunal en relación con los mismos hechos en que se hubiese fundamentado la acción propuesta.

TITULO III

De la Competencia

Artículo 7.- Son competentes para conocer de la acción de amparo, los Tribunales de Primera Instancia que lo sean en la materia afín con la naturaleza del derecho o de la garantía constitucionales violados o amenazados de violación, en la jurisdicción correspondiente al lugar donde ocurrieren el hecho, acto u omisión que motivaren la solicitud de amparo.

En caso de duda, se observarán, en lo pertinente, las normas sobre competencia en razón de la materia.

Si un Juez se considerare incompetente, remitirá las actuaciones inmediatamente al que tenga competencia.

Del amparo de la libertad y seguridad personales conocerán los Tribunales de Primera Instancia en lo Penal, conforme al procedimiento establecido en esta Ley.

Artículo 8.- La Corte Suprema de Justicia conocerá en única instancia, en la sala de competencia afín con el derecho o garantía constitucionales violados o amenazados de violación, de la acción de amparo contra el hecho, acto u omisión emanados del Presidente de la República, de los Ministros, del Consejo Supremo Electoral y demás organismos electorales del país, del Fiscal General de la República, del Procurador General de la República o del Contralor General de la República.

Artículo 9.- Cuando los hechos, actos u omisiones constitutivos de la violación o amenaza de violación del derecho o de la garantía constitucionales se produzcan en lugar donde no funcionen Tribunales de Primera Instancia, se interpondrá la acción de amparo ante cualquier Juez de la localidad quien decidirá conforme a lo establecido en esta Ley. Dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la adopción de la decisión, el Juez la enviará en consulta al Tribunal de Primera Instancia competente.

Artículo 10.- Cuando un mismo acto, hecho u omisión en perjuicio de algún derecho o garantía constitucionales afectare el interés de varias personas, conocerá de todas estas acciones el Juez que hubiese prevenido, ordenándose, sin dilación procesal alguna y sin incidencias, la acumulación de autos.

Artículo 11.- Cuando un Juez que conozca de la acción de amparo, advirtiere una causal de inhibición prevista en la Ley, se abstendrá de conocer e inmediatamente levantará un acta y remitirá las actuaciones, en el estado en que se encuentren, al Tribunal competente.

Si se tratare de un Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, el Presidente de la Sala convocará de inmediato al Suplente respectivo, para integrar el Tribunal de Amparo.

En ningún caso será admisible la recusación.

Artículo 12.- Los conflictos sobre competencia que se susciten en materia de amparo entre Tribunales de Primera Instancia serán decididos por el Superior respectivo. Los trámites serán breves y sin incidencias procesales.

TITULO IV

Del Procedimiento

Artículo 13.- La acción de amparo constitucional puede ser interpuesta ante el Juez competente por cualquier persona natural o jurídica, por representación o directamente, quedando a salvo las atribuciones del Ministerio Público, y de los Procuradores de Menores, Agrarios y del Trabajo, si fuere el caso.

Todo el tiempo será hábil y el Tribunal dará preferencia al trámite de amparo sobre cualquier otro asunto.

Artículo 14.- La acción de amparo, tanto en lo principal como en lo incidental y en todo lo que de ella derive, hasta la ejecución de la providencia respectiva, es de eminente orden público.

Las atribuciones inherentes al Ministerio Público no menoscaban los derechos y acciones de los particulares. La no intervención del Ministerio Público en la acción de amparo no es causal de reposición ni de acción de nulidad.

Artículo 15.- Los Jueces que conozcan de la acción de amparo no podrán demorar el trámite o diferirlo so pretexto de consultas al Ministerio Público. Se entenderá a derecho en el proceso de amparo el representante del Ministerio Público a quien el Juez competente le hubiere participado, por oficio o por telegrama, la apertura del procedimiento.

Artículo 16.- La acción de amparo es gratuita por excelencia. Para su tramitación no se empleará papel sellado ni estampillas y en caso de urgencia podrá interponerse por vía telegráfica. de ser así deberá ser ratificada personalmente o mediante apoderado dentro de los tres (3) días siguientes. También procede su ejercicio en forma verbal y, en tal caso, el Juez deberá recogerla en un acta.

Artículo 17.- El Juez que conozca de la acción de amparo podrá ordenar, siempre que no signifique perjuicio irreparable para el actor, la evacuación de las pruebas que juzgue necesarias para el esclarecimiento de los hechos que aparezcan dudosos u oscuros.

Se entenderá que hay perjuicio irreparable cuando exista otro medio de comprobación más acorde con la brevedad del procedimiento o cuando la prueba sea de difícil o improbable evacuación.

Artículo 18.- En la solicitud de amparo se deberá expresar:

- 1) Los datos concernientes a la identificación de la persona agraviada y de la persona que actúe en su nombre, y en este caso con la suficiente identificación del poder conferido;
- 2) Residencia, lugar y domicilio, tanto del agraviado como del agravante;
- 3) Suficiente señalamiento e identificación del agravante, si fuere posible, e indicación de la circunstancia de localización;
- 4) Señalamiento del derecho o garantía constitucionales violados o amenazados de violación;
- 5) Descripción narrativa del hecho, acto, omisión y demás circunstancias que motiven la solicitud de amparo;
- 6) Y cualquiera explicación complementaria relacionada con la situación jurídica infringida, a fin de ilustrar el criterio jurisdiccional.

En caso de instancia verbal, se exigirán, en lo posible, los mismos requisitos.

Artículo 19.- Si la solicitud fuere oscura o no llenare los requisitos exigidos anteriormente especificados, se notificará al solicitante del amparo para que corrija el defecto u omisión dentro del lapso de cuarenta y ocho horas siguientes a la correspondiente notificación. Si no lo hiciere, la acción de amparo será declarada inadmisibile.

Artículo 20.- El Juez que haya suscitado una cuestión de competencia manifiestamente infundada será sancionado por el Superior con multa no menor de cinco mil bolívares (Bs. 5.000,00) ni mayor de diez mil bolívares (Bs. 10.000,00).

Artículo 21. En la acción de amparo los Jueces deberán mantener la absoluta igualdad entre las partes y cuando el agravante sea una autoridad pública quedarán excluidos del procedimiento los privilegios procesales.

Artículo 22.- El Tribunal que conozca de la solicitud de amparo tendrá potestad para restablecer la situación jurídica infringida, prescindiendo de consideraciones de mera forma y sin ningún tipo de averiguación sumaria que la preceda.

En este caso, el mandamiento de amparo deberá ser motivado y estar fundamentado en un medio de prueba que constituya presunción grave de la violación o de la amenaza de violación.

Artículo 23.- Si el Juez no optare por restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida, conforme al artículo anterior, ordenará a la autoridad, entidad, organización social o a los particulares imputados de violar o amenazar el derecho o garantía constitucionales, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la respectiva notificación, informe sobre la pretendida violación o amenaza que hubiere motivado la solicitud de amparo.

La Falta de informe correspondiente se entenderá como aceptación de los hechos incriminados.

Artículo 24.- El informe a que se refiere el artículo anterior contendrá una relación sucinta y breve de las pruebas en las cuales el presunto agravante pretenda fundamentar su defensa, sin perjuicio de la potestad evaluativa que el artículo 17 de la presente ley confiere al Juez competente.

Artículo 25.- Quedan excluidas del procedimiento constitucional del amparo todas las formas de arreglo entre las partes, sin perjuicio de que el agraviado pueda, en cualquier estado y grado de la causa, desistir de la acción interpuesta, salvo que se trate de un derecho de eminente orden público o que pueda afectar las buenas costumbres.

El desistimiento malicioso o el abandono del trámite por el agraviado será sancionado por el Juez de la causa o por el Superior, según el caso, con multa de Dos Mil Bolívars (Bs. 2.000,00) a Cinco Mil Bolívars (Bs. 5.000,00).

Artículo 26.- El Juez que conozca del amparo, fijará dentro de las noventa y seis (96) horas siguientes, a la presentación del Informe por el presunto agravante o de la extinción del término correspondiente, la oportunidad para que las partes o sus representantes legales expresen en forma oral y pública, los argumentos respectivos.

Efectuado dicho acto, el Juez dispondrá de un término improrrogable de veinticuatro (24) horas para decidir la solicitud de amparo constitucional.

Artículo 27.- El Tribunal que conozca de la solicitud de amparo remitirá copia certificada de su decisión a la autoridad competente, a fin de que resuelva sobre la procedencia o no de la medida disciplinaria contra el funcionario público culpable de la violación o de la amenaza contra el derecho o la garantía constitucionales sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que le resulten atribuibles.

A tal efecto, el Tribunal remitirá también los recaudos pertinentes al Ministerio Público.

Artículo 28.- Cuando fuese negado el amparo, el Tribunal se pronunciará sobre la temeridad de la acción interpuesta y podrá imponer sanción hasta de diez (10) días de arresto al quejoso cuando aquella fuese manifiesta.

Artículo 29.- El Juez que acuerde el restablecimiento de la situación jurídica infringida ordenará, en el dispositivo de la sentencia, que el mandamiento sea acatado por todas las autoridades de la República, so pena de incurrir en desobediencia a la autoridad.

Artículo 30.- Cuando la acción de amparo se ejerciere con fundamento en violación de un derecho constitucional, por acto o conducta omisiva, o por falta de cumplimiento de la autoridad respectiva, la sentencia ordenará la ejecución inmediata e incondicional del acto incumplido.

Artículo 31.- Quien incumpliere el mandamiento de amparo constitucional dictado por el Juez, será castigado con prisión de seis (6) a quince (15) meses.

Artículo 32.- La sentencia que acuerde el amparo constitucional deberá cumplir las siguientes exigencias formales:

- A) Mención concreta de la autoridad, del ente privado o de la persona contra cuya resolución o acto u omisión se conceda el amparo;
- B) Determinación precisa de la orden a cumplirse, con las especificaciones necesarias para su ejecución;
- C) Plazo para cumplir lo resuelto.

Artículo 33.- Cuando se trate de quejas contra particulares, se impondrán las costas al vencido quedando a salvo las acciones a que pudiere haber lugar.

No habrá imposición de costas cuando los efectos del acto u omisión hubiesen cesado antes de abrirse la averiguación. El Juez podrá exonerar de costas a quien intentare el amparo constitucio-

nal por fundado temor de violación o de amenaza, o cuando la solicitud no haya sido temeraria.

Artículo 34.- El Consejo de la Judicatura registrará como falta grave al cumplimiento de sus obligaciones la inobservancia, por parte de los jueces, de los lapsos establecidos en esta Ley para conocer y decidir sobre las solicitudes de amparo.

Artículo 35.- Contra la decisión dictada en primera instancia sobre la solicitud de amparo se oírá apelación en un solo efecto. Si transcurridos tres (3) días de dictado el fallo, las partes, el Ministerio Público o los Procuradores no interpusieren apelación, el fallo será consultado con el Tribunal Superior respectivo, al cual se le remitirá inmediatamente copia certificada de lo conducente. Este Tribunal decidirá dentro de un lapso no mayor de treinta (30) días.

Artículo 36.- La sentencia firme de amparo producirá efectos jurídicos respecto al derecho o garantía objetos del proceso, sin perjuicio de las acciones o recursos que legalmente correspondan a las partes.

Artículo 37.- La desestimación del amparo no afecta la responsabilidad civil o penal en que hubiese podido incurrir el autor del agravio, ni prejuzga sobre ninguna otra materia.

TITULO V

Del amparo de la Libertad y Seguridad Personales

Artículo 38.- Procede la acción de amparo para proteger la libertad y seguridad personales de acuerdo con las disposiciones del presente título.

A esta acción le serán aplicables las disposiciones de esta Ley pertinentes al amparo en general.

Artículo 39.- Toda persona que fuere objeto de privación o restricción de su libertad, o se viere amenazada en su seguridad perso-

nal, con violación de las garantías constitucionales, tiene derecho a que un Juez competente con jurisdicción en el lugar donde se hubiese ejecutado el acto causante de la solicitud o donde se encontrare la persona agraviada, expida un mandamiento de *habeas corpus*.

Artículo 40.- Los Juzgados de Primera Instancia en lo Penal son competentes para conocer y decidir sobre el amparo de la libertad y seguridad personales. Los respectivos Tribunales Superiores conocerán en consulta de las sentencias dictadas por aquellos.

Artículo 41.- La solicitud podrá ser hecha por el agraviado o por cualquier persona que gestione en favor de aquel, por escrito, verbalmente o por vía telegráfica, sin necesidad de asistencia de abogado, y el Juez, al recibirla, abrirá una averiguación sumaria, ordenando inmediatamente al funcionario bajo cuya custodia se encuentre la persona agraviada que informe dentro del plazo de veinticuatro (24) horas, sobre los motivos de la privación o restricción de la libertad.

Las solicitudes referidas a la seguridad personal se tramitarán, en cuanto les resulten aplicables, conforme a las previsiones de este artículo.

Artículo 42.- El Juez decidirá en un término no mayor de noventa y seis (96) horas después de recibida la solicitud, la inmediata libertad del agraviado o el cese de las restricciones que se le hubiesen impuesto, si encontrare que para la privación o restricción de la libertad no se hubieren cumplido las formalidades legales.

El Juez, caso de considerarlo necesario, sujetará esta decisión a caución personal o a prohibición de salida del país de la persona agraviada, por un término no mayor de treinta (30) días.

Artículo 43.- El mandamiento de *habeas corpus* o, en su defecto, la decisión que lo niegue, se consultará con el Superior, al que deberán enviarse los recaudos en el mismo día o en el siguiente.

La consulta no impedirá la ejecución inmediata de la decisión y el Tribunal Superior decidirá dentro de las setenta y dos (72) horas después de haber recibido los autos.

Artículo 44.- Las detenciones que conforme a la Ley, ordenen y practiquen las autoridades policiales u otras autoridades administrativas, no excederán de ocho (8) días. Las que pasen de cuarenta y ocho (48) horas deberán imponerse mediante resolución motivada. Quedan a salvo las disposiciones legales aplicables al proceso penal.

Artículo 45.- Cuando se hubiere cometido un hecho punible, las autoridades de policía que, de acuerdo con la Ley, sean auxiliares de la administración de justicia, podrán adoptar, como medidas provisionales de necesidad y de urgencia, la detención del presunto culpable o su presentación periódica, durante la averiguación sumaria, a la autoridad respectiva. En cualquiera de los dos supuestos anteriores, la orden deberá ser motivada y constar por escrito.

Artículo 46.- En el caso del artículo anterior, el detenido deberá ser puesto a la orden del Juez competente, dentro del término de ocho (8) días.

Artículo 47.- La autoridad que tuviere bajo su guarda o custodia a cualquier persona detenida, estará en el deber de permitirle, conforme a las normas reglamentarias correspondientes, comunicación con su abogado y con sus parientes más cercanos.

Artículo 48.- Serán supletorias de las disposiciones anteriores las normas procesales en vigor.

Artículo 49.- Quedan derogadas las disposiciones legales vigentes que colidan con la presente Ley.

Instituto de Estudios Políticos. Constituciones Europeas. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho. Madrid, 1960.

Textos Oficiales de la Primera República de Venezuela, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1982, tomo II, pp. 91 a 102.

La Constitución fue sancionada por el Congreso, en Caracas, el 21 de diciembre de 1811 según nota que aparece en la Gaceta de Caracas, núm. 384, viernes 27 de diciembre de 1811, pág. 4. El texto ha sido tomado del libro La Constitución Federal de Venezuela de 1811 y Documentos Afines, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, Caracas 1959, págs. 149 a 213.

BIBLIOGRAFIA

Academia de Ciencias Políticas y Sociales. *Leyes y Decretos de Venezuela 1830-1840*. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (Serie República de Venezuela, tomo 1). Caracas, 1982.

Abreu Burelli, Alirio. "Amparo y los Derechos Humanos". En: *Amparo Constitucional en Venezuela*. Barquisimeto, 1995.

Agudo Freitas, Esteban. "Algunos casos del Amparo y *habeas corpus*". En: *Anuario del Colegio de Abogados del Estado Lara*. Barquisimeto, 1969.

Agudo Freitas, Esteban. "Estado Actual de la Acción de Amparo en Venezuela". En: *Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje a Rafael Caldera*. Tomo II. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 1979.

Ayala Corao, Carlos M. "La Acción de Amparo Constitucional en Venezuela". En: *Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, Estudio Preliminar*. Colección Textos Legislativos N° 5. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1991.

Benítez, Cristóbal. *Las Ideas Constitucionales del Libertador*. Tipografía Americana. Caracas, 1933.

Brewer-Carías, Allan R. *Las Constituciones de Venezuela*. Universidad Católica del Táchira -Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1985.

Brewer-Carías, Allan R. "Introducción General al Régimen del Derecho de Amparo a los Derechos y Garantías Constitucionales". En: *Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, Estudio Preliminar*. Colección Textos Legislativos N° 5. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1991.

Brewer-Carías, Allan R. "Algunos Aspectos del Proceso Contencioso-Administrativo". *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*. Colección Textos Legislativos N° 8. 2ª Edición actualizada. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1991.

Brewer-Carías, Allan R. "Nuevas Tendencias en el Contencioso-Administrativo en Venezuela". En: *Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo*. Universidad Católica Andrés Bello. N° 4. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1993.

Brewer-Carías, Allan R. "El amparo a los derechos y garantías constitucionales" (una aproximación comparativa). *Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Público*. Universidad Católica del Táchira. N° 1. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1993.

Briceño, Gustavo V. *Comentarios a la Ley de Amparo*. Editorial Kinesis. 1991.

Calcaño de Temeltas, Josefina. "Aspectos Generales del Régimen Legal de la Corte Suprema de Justicia". En: *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*. Colección Textos Legislativos N° 8. 2ª Edición actualizada. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1991.

Código de Procedimiento Civil y Legislación Complementaria. Editorial Futuro. Santo Domingo. R.D. 1983.

Constitución Política de la República de Costa Rica. Edición Oficial. San José, Costa Rica. 1949.

Escovar Salom, Ramón. *El amparo en Venezuela*. Ediciones del Colegio de Abogados del Distrito Federal. Caracas, 1971.

Fix Zamudio, Héctor. "El Juez ante la norma constitucional". *Revista de la Facultad de Derecho de México*. XV, 57. México, 1965.

Fix Zamudio, Héctor. *Algunos aspectos comparativos del derecho de amparo en México y Venezuela*. Libro-Homenaje a la Memoria de Lorenzo Herrera Mendoza. Tomo II. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Derecho. Caracas, 1970.

Fix Zamudio, Héctor. "El Juicio de Amparo Mexicano". En: *La Protección Procesal de los Derechos Humanos ante las Jurisdicciones Nacionales*. Universidad Nacional Autónoma de México- Editorial Civitas S.A.. Madrid, 1982.

Gaceta Oficial de la República de Venezuela. N° 29.788 del 25 de abril de 1972.

González Guinán, Francisco. *Historia Contemporánea de Venezuela*, Tomo II. Ediciones de la Presidencia de la República. Caracas, 1954.

Instituto de Estudios Políticos. *Constituciones Europeas*. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Derecho.

Linares Benzo, Gustavo. *El Proceso de Amparo en Venezuela*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1993.

Linares Benzo, Gustavo. "Nuevas Tendencias del Amparo Constitucional en Venezuela". En: *Amparo Constitucional en Venezuela*. Barquisimeto, 1995.

Mejía Arnal, Luis Aquiles. "Amparo Constitucional y Cosa Juzgada". En: *Revista de Derecho Público* N° 49. Editorial Jurídica, 1992.

Oropeza, Ambrosio. *La Nueva Constitución Venezolana*. 1961. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios N° 24. Caracas, 1986.

Plaz Bruzual, René. *Los Derechos Humanos y el Amparo Constitucional*. Ediciones de la Contraloría General de la República. Caracas, 1987.

Plaz Bruzual, René. *Reflexiones sobre el Amparo Constitucional y los Derechos Constitucionales. El Recurso de Amparo en la Legislación Venezolana*. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Foros N° 2. Caracas, 1989

Rabasa, Oscar. *El Derecho Angloamericano*. Fondo de Cultura Económica. México, 1944.

Rondón de Sansó, Hildegard. *Amparo Constitucional*. Caracas, 1988

Rondón de Sansó, Hildegard. *La Acción de Amparo contra los Poderes Públicos*. Editorial Arte. Caracas, 1994.

Tovar Tamayo, Orlando. *La Jurisdicción Constitucional*. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios. N° 10. Caracas, 1983.

Fundación Estudios de Derecho Administrativo. *15 Años de Jurisprudencia. Jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*. Años 1977-1992. Amparo Constitucional. Ediciones Funeda. 1994

DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN LAS RELACIONES LABORALES

OIT. Análisis de la situación en América Latina

María Elena MARTÍNEZ SALGUEIRO

- I *Introducción.*
- II *El papel de la OIT en la defensa de los derechos
económicos, sociales y culturales.*
- III *Relaciones laborales.*
- IV *Derechos laborales y derechos humanos. Sus alcances.*
- V *Conclusiones.*

I. Introducción

Al definir su campo temático, el informe del Seminario sobre "Propuestas de Transformación Productiva con Equidad y Derechos Económicos, Sociales y Culturales", expresa: "...se ha avanzado en la identificación de un núcleo irreductible de DESC que incluirían el derecho a la alimentación, la salud, la vivienda y la educación (a los cuales se ha sugerido agregar el derecho al trabajo por ser la fuente general de provisión de bienes y servicios para acceder a los cuatro derechos referidos)".

Esta conclusión representa un avance importante en la elaboración conceptual en esta materia.

La identificación del derecho al trabajo como integrante del núcleo fundamental de los derechos humanos económicos, sociales y culturales, determina que no puede plantearse un proceso de transformación productiva con equidad que no respete estos derechos.

Esta afirmación es primordial en el momento actual, en el que la situación económica mundial (globalización y competencia crecientes), las crisis financieras, el aumento del desempleo (aún en los países desarrollados), etc., tienden a provocar en muchos casos que la preocupación por el crecimiento económico ponga en segundo plano la promoción de la libertad y dignidad del ser humano como objetivo social básico.

En el Cap. I de la Declaración de Filadelfia se expresa que el trabajo no es una mercancía y, como lo recuerda Pla Rodríguez¹, esto significa que las leyes de mercado no pueden ser de aplicación estricta en relación al trabajo humano.

El director general de la OIT, Françoise Blanchard, en su memoria de 1988, expresa: "Cuando los tiempos son difíciles hay que

1 Pla Rodríguez, Américo. "Los DD HH y la OIT", *RDL*. N° 173, Montevideo, 1994, pág. 8

tener presente más presente todavía la justicia social y el respeto de las aspiraciones y necesidades humanas al tomar las decisiones y determinar el orden de prioridad"².

En 1991, Michel Hansene, refiriéndose al trabajo informal, señala: "Figuran en primer lugar las normas relativas a derechos humanos tan fundamentales como la libertad sindical, la protección contra el trabajo forzoso y la protección contra la discriminación. Estos derechos no representan ningún lujo privado a un sector de la sociedad, sino que son esenciales para la dignidad humana y, desde luego, para el éxito de los esfuerzos encaminados a integrar el sector no estructurado en el resto de la sociedad"³.

La importancia y vinculación de los derechos humanos y los derechos laborales se constata en la preocupación por incluir normas de protección de los DESC en las experiencias de integración regional de nuestro continente.

Así, por ejemplo, en el "Acuerdo de Cooperación Laboral" que acompaña al T.L.C. de América del Norte, se establece expresamente que la competencia debe hacerse en base a estrategias de innovación y de alta productividad y calidad, pero no en función de bajas condiciones de trabajo, proponiéndose el mejoramiento de éstas promoviendo los principios laborales y la observancia y aplicación efectiva de la legislación en la materia.

En el caso del MERCOSUR se discute la adopción de una "Carta Social", inspirados en la experiencia europea, ya que se considera que la Carta Social Europea de 1961 y la Carta Comunitaria de 1989 fueron instrumentos fundamentales para la creación del "espacio social europeo".

2 Blanchard, Françoise. "Los derechos humanos, responsabilidad de todos". En: *Memoria del Director General*, OIT. Ginebra, 1988, pág. 13.

3 Hansene, Michel. "El dilema del sector no estructurado". En: *Memorias a la 78ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo*. Ginebra, 1991, pág. 45.

Esta preocupación tiene, según Oscar Ermida Uriarte⁴, fundamentos filosófico-políticos, pragmático-económicos y jurídico-laborales:

* Filosófico-políticos: se vinculan con la idea de justicia social.

* Pragmático-económicos: residen en el esfuerzo por impedir el "dumping social". También en la convicción de la imposibilidad, a largo plazo, del crecimiento económico puro, carente de un adecuado correlato humano y social.

* Jurídico-laborales: Un primer argumento surge de la convicción de que debe existir un mínimo nivel de protección del trabajador acorde con el Estado actual de la conciencia jurídica universal.

Un segundo fundamento surgiría de la aceptación, hoy unánime, de que todos o algunos de los derechos laborales son derechos fundamentales, que por ello no admiten cercenamiento, mercediendo, por lo tanto, un reconocimiento internacional o mínimamente equiparado, en los diversos países.

En tercer lugar, si bien algunos de estos derechos ya han sido establecidos por pactos y declaraciones que determinan un "piso mínimo", como tales instrumentos no han sido ratificados por todos los países, ese "piso mínimo" no es común.

En cuarto lugar, el propio ordenamiento jurídico del MERCOSUR proporciona fundamentos jurídicos para el establecimiento de una Carta Social: el tratado de Asunción, a pesar de su prescindencia de lo social, se refiere expresamente al objetivo del "desarrollo con justicia social".

4 Ermida Uriarte, Oscar. "Una carta social del Mercosur". En: *Relasur-OIT*. Montevideo, 1944, pág. 14.

II. El papel de la OIT en la defensa de los derechos económicos, sociales y culturales

El término **"derechos humanos"** no está recogido literalmente en la Constitución de la OIT. Sin embargo, la preocupación por los mismos es evidente desde el nacimiento de la organización.

Esta vinculación se hizo explícita en la **"Declaración de Filadelfia"**, la cual, en su capítulo II, afirma: **"Todos los seres humanos sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades"**.

En general, la doctrina laboral latinoamericana ha señalado la cercanía, la afinidad, entre los derechos humanos y los derechos laborales. Se ha sostenido que el Derecho al trabajo y a la seguridad social tiene como objetivo la protección del ser humano que trabaja, que no es otra cosa que la protección de los derechos fundamentales del hombre en el desarrollo de la actividad productiva.⁵

Desde el punto de vista cronológico, la internacionalización de los derechos laborales ha precedido a la Declaración Universal en casi treinta años -por la constitución de la OIT- y en cinco años -por la Declaración de Filadelfia-. Según Pla Rodríguez, si los derechos económicos y sociales han sido inequívocamente reconocidos en la Declaración Universal como corolario de las libertades civiles, ello se debe a que han sido reconocidos por los documentos constitutivos de la OIT.⁶

5 Carrillo Calle, Martín. "Los derechos laborales fundamentales: normas mínimas internacionales". En: ADEC-ATC, Lima, Perú, 1993, pág. 4.

6 Pla Rodríguez, Américo. "Los derechos humanos y el derecho al trabajo". *Debate Laboral* Nº 6, San José, Costa Rica, 1990, pág. 17.

Otros de los aspectos que vinculan a los derechos humanos con los derechos laborales es el que refiere a la formalización de sus normas. En efecto, ambas categorías de derechos han tendido a la constitucionalización e internacionalización.

En el primer caso, porque se las quiere poner a salvo de cualquier limitación o desconocimiento, aun de los propios parlamentos nacionales, jerarquizando la importancia de la materia.

En el segundo, como forma de extender su ámbito, gracias a los instrumentos internacionales en que se contienen, de modo que al procederse a nuevas ratificaciones, se amplía el ámbito de su aplicación.

En relación con el tema planteado, afirma Gros Espiell: "Todo el sistema constitucional de la OIT reposa en la idea del necesario respeto y garantía de la libertad humana, de que la libertad sindical es un aspecto particular, especialmente señalado. Sin el respeto a esa libertad y, concretamente, sin la existencia de una real libertad sindical, no es posible concebir la consagración de los derechos económicos y sociales establecidos para obtener la justicia en materia social y laboral".⁷

La OIT cuenta con diversos tipos de instrumentos, a través de los cuales proporciona la regulación internacional del trabajo: los Convenios y las recomendaciones.

Los Convenios, que deberán ser ratificados por los estados miembros, generan obligaciones jurídicas internacionales relativas a su aplicación y cumplimiento.

Las recomendaciones sólo son pautas de orientación a los países para su actuación en esa materia; no crean obligaciones de cumplimiento forzoso.

7 Gros Espiell, Héctor. *La Oit y los derechos humanos en América Latina*. Buenos Aires, Argentina. EUDEBA, 1986, pág. 29.

Si bien los Convenios sólo serán obligatorios para los países en virtud de su ratificación, un Estado miembro no está eximido del respeto de los principios que lo inspiran, por cuanto son los que están contenidos y expresados en la Constitución de la OIT.

Los Convenios internacionales de trabajo tienen las características de **universalidad** y de **ultra actividad**.

La **universalidad** se refiere al objetivo buscado de que un Convenio pueda ser aceptado por todos los estados miembros como "norma mínima". Constituyen un piso sobre el cual irá creciendo el reconocimiento de los derechos laborales en los distintos países.

La **ultra actividad** implica que, aún cuando un Estado se retire de la OIT, no puede dejar de lado o menoscabar las obligaciones que emergen de un Convenio que ya había ratificado.

También son importantes, para la efectividad y la eficacia de la acción de la OIT, los mecanismos de contralor internacional de los compromisos contraídos por los estados miembros, que es lo mismo que decir de los derechos humanos consagrados en ellos.

Estos mecanismos los podemos clasificar en **regulares** y **específicos**:

"**Mecanismos regulares**" son aquellos que están dirigidos a promover y verificar la aplicación de los Convenios adoptados, esto es la obligación de cada Estado miembro de enviar informaciones periódicas que son examinadas por una "Comisión de expertos" y luego por la "Comisión de Aplicación de Normas", de carácter tripartito.

Según Ermida Uriarte y Villavicencio⁸ *"para quienes venían proponiendo la consagración y el desarrollo de la libertad sindical, resul-*

8 Ermida Uriarte, Oscar y Villavicencio Ríos, Alfredo. "El Comité de libertad sindical". RDL N° 169. Montevideo, 1993, pág. 79

ta muy clara la necesidad de complementar esos mecanismos de control regular, con otros específicos, dadas fundamentalmente: a) la importancia del tema para la OIT, ya referida anteriormente; b) la insuficiencia de la protección de los mecanismos regulares, que están dirigidos al control sólo de los Convenios previamente ratificados por los estados, conjugada con el requerimiento de materializar, en el ámbito de la libertad sindical un mecanismo dirigido a aquellos que no cumplieran con la obligación de respetar ciertas normas fundamentales, previstas de manera general por la Constitución de la OIT, y ello aunque hubiesen ratificado los Convenios respectivos (se buscaba ampliar su radio de acción tratando de que funcionara al margen de la ratificación); c) la necesidad de crear un mecanismo de control que actuará como órgano conjunto de la OIT y la ONU, por la interdependencia entre la libertad sindical y los demás derechos y libertades tradicionales".

Y es así que en 1950 se creó un primer órgano, la "Comisión de Investigación y Conciliación en Materia de Libertad Sindical", compuesta por especialistas nombrados por el Consejo de Administración.

Este mecanismo se vio perfeccionado cuando se creó en 1951 el "Comité de Libertad Sindical", de integración tripartita, con funciones cuasi judiciales, un procedimiento que sigue las normas básicas en materia contenciosa y que funciona en Ginebra, simultáneamente con las reuniones del Consejo de Administración.

La libertad sindical, tal como la entiende el Comité, no incluye sólo lo estrictamente sindical sino también lo referente a negociación colectiva y derecho de huelga.

Tiene competencia en las quejas que presentan organizaciones nacionales de trabajadores y empleadores directamente interesadas, las organizaciones internacionales con estatuto consultivo ante la OIT y otras organizaciones internacionales.

Las resoluciones del Comité, en el caso de ser atendida la queja, le serán comunicadas al gobierno interesado, llamándole la atención e invitándolo a tomar medidas adecuadas para remediarla. Estas resoluciones se discuten en el Consejo de Administración y se publican en el Boletín de la OIT.

Si bien no estamos refiriendo medidas coercitivas, la difusión de la resolución tiene normalmente un aspecto persuasivo y disuasivo de la conducta que motivó la queja.

III. Relaciones laborales

No se entrará en una discusión teórica sobre el concepto de relaciones laborales sino que se partirá de una definición lo más descriptiva posible para luego hacer referencia a los sistemas de relaciones laborales existentes en América Latina.⁹

Por "relaciones laborales" o "relaciones de trabajo" se designan las relaciones que sostienen tanto los empleadores y los trabajadores como sus organizaciones respectivas que también reciben la denominación de "copartícipes sociales" o "interlocutores sociales" y, asimismo, las relaciones entre esos interlocutores y las autoridades públicas.

Todo sistema de relaciones laborales supone la existencia de poderes públicos e interlocutores sociales. Su función es doble. Por una parte, reglamentar el trabajo, es decir, fijar las condiciones de trabajo de los asalariados mediante mecanismos tales como la legislación, la negociación colectiva y los procedimientos de arbitraje y de fijación de salarios mínimos. Por la otra, procura regular o administrar el conflicto, manifiesto o latente, que nace con motivo de la prestación de trabajo subordinado o por cuenta ajena, en el marco de una relación de trabajo asalariado.

Cada sistema de relaciones laborales se asienta en un conjunto de circunstancias históricas, políticas, económicas, sociales y culturales, y desarrollan sus propias reglas de funcionamiento a la

9 Ver en este tema "Diálogo social y relaciones laborales". *Revista Laboral Chilena*, Nº 5/92, Santiago de Chile, 1992, pág 71.

luz de cada uno de sus parámetros. Estas circunstancias pueden corresponder a todo un país o, en ocasiones, a ciertas regiones en especial (por ejemplo el Estado de São Paulo, en Brasil) o a ciertos sectores de la economía (por ejemplo, las plantaciones en América Central, la minería en Bolivia o Perú, el petróleo en Venezuela o los puertos y la pesca en todas partes) que proporcionan un entorno económico y social propicio al desarrollo de un sistema de relaciones de trabajo distinto al del resto del país.

Al analizar los sistemas de relaciones de trabajo existentes en el mundo de hoy, encontramos dosis variables de conflicto y consenso, de centralización y descentralización. La manera en que el Estado y los interlocutores sociales se distribuyen las funciones constituye también uno de los elementos decisivos de esos sistemas. El Estado desempeña un papel preponderante en algunos sistemas de relaciones laborales. Se dice entonces que son "sistemas heterónomos" cuyas reglas de funcionamiento se imponen de "arriba a abajo" por la legislación. En otros sistemas, los propios interlocutores sociales crean y aplican las reglas de "abajo a arriba". En ellos, el Estado sólo desempeña un papel de árbitro y, a veces, inclusive, un papel de menos relieve; en esos casos se habla de "sistemas autónomos". La mayoría de los sistemas de relaciones laborales combinan dosis variables de heteronomía y autonomía.

En América Latina, excepción hecha del Uruguay, la tradición de heteronomía es muy fuerte y está muy arraigada. Sin embargo, muchos países admiten hoy una vertiente de autonomía relativamente grande, en general en proceso de crecimiento. A raíz del restablecimiento de la democracia en la Argentina, Brasil, Chile y Uruguay, los sistemas de relaciones de trabajo (fundamentalmente "heterónomos" durante los anteriores regímenes militares) se orientan hoy hacia una mayor autonomía. Con las reformas que se están efectuando en la Argentina se procura penetrar más por esta vía. Al parecer, las relaciones de trabajo están orientadas en casi todos los países de América Latina hacia la concesión de un margen de maniobra más amplio a los interlocutores sociales.

Ahora bien, conviene recordar que la cultura política es, en América Latina, muy legalista, es decir, que acepta generalmente

que el Estado desempeñe un papel mayor en todos los dominios de la vida económica y social y no sólo en el de las relaciones de trabajo. Desde esta base cultural, aun cuando el Estado manifestara su voluntad de abandonar la conducción de las relaciones laborales, sería muy improbable que pudiera desprenderse por completo de esa tarea. Por otra parte, ese apartamiento total no sería siquiera deseable, pues perjudicaría a quienes se hayan excluidos del sistema de relaciones laborales, que son -precisamente- los sectores sociales más carenciados. En realidad, aunque los interlocutores sociales desearan resolver sus asuntos entre ellos, sin intervención estatal alguna, el desarrollo probable es que en semejante eventualidad se sentirían pronto "huérfanos" del Estado y reclamarían que volviera a cumplir la tarea antedicha.

Lo cierto es que no hay en el mundo dos sistemas de relaciones de trabajo idénticos, aun cuando muchos de ellos puedan presentar grandes afinidades. Sin embargo, cualquiera sea la índole de relaciones laborales, es claro que debe cumplir los objetivos que la sociedad le ha fijado. Su éxito se mide por la manera en que responde a las expectativas de los interlocutores sociales y, sobre todo, por su capacidad para administrar el conflicto. De ahí se desprende que si un sistema de relaciones de trabajo ha quedado superado por la realidad y ha dejado de ser capaz de administrar satisfactoriamente el conflicto, lo más conveniente es reorganizarlo.

En el campo de las relaciones laborales, tal como se han definido en este capítulo, es donde se expresa claramente la importancia de examinar los derechos de los interlocutores sociales como derechos no ya de seres individuales sino de los colectivos que integran. Ello permitirá determinar cuáles de entre los derechos laborales se consideran derechos fundamentales y analizar la vertiente individual o colectiva de cada uno de ellos.

IV. Derechos laborales y derechos humanos. Sus alcances

Corresponde establecer si todas las instituciones del Derecho Laboral, reconocidas por instrumentos internacionales, alcanzan por esa sola circunstancia la categoría de derechos fundamentales o si tan sólo algunos de ellos deben ser incluidos en esta categoría.

La OIT, tradicionalmente, sólo ha considerado Derechos Humanos a aquellos consagrados en sus Convenios referidos a la libertad sindical, igualdad y no discriminación y prohibición del trabajo forzoso.

Esta posición restrictiva ha sido modificada en la 75ª Conferencia Internacional del Trabajo, realizada en 1988, en la que se acordó definir "el campo de actuación de la OIT en función de los derechos enunciados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de los Pactos Internacionales de los Derechos Humanos que se refieran a:

1. Libertad sindical.
2. Libertad de trabajo.
3. Eliminación de la discriminación y promoción de la igualdad de oportunidades.
4. Derecho al trabajo.
5. Derecho a un ingreso mínimo.
6. Derecho a la seguridad social.
7. Derecho a condiciones de trabajo y de vida satisfactorias.
8. Participación de los individuos en las medidas para fomentar y salvaguardar los Derechos Humanos¹⁰

En teoría, sobre el tema se consideran tres posiciones:

a) **restrictiva**, que entiende que sólo algunos de los derechos contemplados por los instrumentos de la OIT pueden considerarse Derechos Humanos;

b) **amplia**, que postula que todos los Convenios de la OIT son instrumentos internacionales de Derechos Humanos;

c) **una tercera posición**, que parte de reconocer que los derechos laborales son objeto de dos tipos de normas internacionales:

10 Carrillo Calle, Martín. *Ibid* pág. 42

los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos y los Convenios internacionales del trabajo de la OIT. De esta doble regulación se desprende la existencia de dos áreas: un "área mínima", configurada por los derechos laborales directamente reconocidos como Derechos Humanos por los tratados internacionales en la materia y los Convenios de la OIT que desarrollan normativamente tales instituciones. Fuera de tal "área mínima" existiría un "área máxima", que estaría conformada por el conjunto de los demás Convenios internacionales de trabajo. Hecha esta distinción, sólo se consideran derechos fundamentales los comprendidos en el "área mínima".

Pla Rodríguez¹¹, en la clasificación que realiza, parte de lo enunciado en el capítulo II de la Declaración de Filadelfia, distinguiendo cuatro grandes áreas de Derechos Humanos: libertad, igualdad, seguridad económica y dignidad.

Dentro del concepto de libertad, incluye la libertad sindical y la libertad de trabajo, la cual subdivide en política de empleo y en el combate al trabajo forzoso.

En el concepto de igualdad se comprenden la eliminación de las medidas discriminatorias y la igualdad de oportunidades.

En seguridad económica se comprenden el derecho al trabajo, el derecho a la seguridad social y el derecho a un ingreso mínimo.

En el concepto relativo a la dignidad se incluyen el derecho a condiciones satisfactorias de trabajo y de vida (el que a la vez se subdivide en duración del trabajo, derecho al descanso, derecho a disfrutar del tiempo libre, protección de la integridad física del trabajador, remuneración y alojamiento y servicios sociales para

11 Pla Rodríguez, Américo. *RDL* N° 173, pág.14.

los trabajadores) y el derecho a la defensa y promoción de los derechos y libertades por los propios interesados.

Carrillo Calle¹², que se afilia a la posición que sostiene que son Derechos Humanos laborales aquellos que están contemplados en instrumentos internacionales de Derechos Humanos, ha examinado los siguientes para determinar su coincidencia con los instrumentos laborales:

1. Declaración Universal de los Derechos Humanos.
2. Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales.
3. Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos.
4. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
5. Convención Americana sobre Derechos Humanos.
6. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales.
7. Declaración de los Derechos del Niño.
8. Convención sobre los Derechos del Niño.
9. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.
10. Declaración de los Derechos de los impedidos.

De este examen, Carrillo Calle ha identificado 31 derechos laborales, que al estar reconocidos en esos instrumentos, pueden calificarse como derechos laborales fundamentales.

Los derechos laborales fundamentales de carácter colectivo son aquellos más vinculados a las relaciones laborales. No obstante ello, entiendo que deben considerarse derechos fundamentales también aquellos que protegen derechos de naturaleza individual

12 Carrillo Calle, Martín. *Ibid.*, págs. 44 y 45.

del trabajador, porque pueden incidir de forma considerable en conflictos o negociaciones y, en definitiva, en el establecimiento de sistemas de relaciones laborales armoniosas.

Profundizaremos en algunos de estos derechos a los cuales hace referencia la clasificación de Carrillo Callé, según el cuadro elaborado por el citado autor (ver página siguiente), que especifica los 31 derechos laborales a que se refiere y en qué instrumentos de Derechos Humanos están contemplados.

* **Libertad de trabajo.** Reconoce el derecho de toda persona a la libre elección o aceptación de un trabajo. En esta categoría se ubicarían:

* **Prohibición de la esclavitud y servidumbres** (situación contemplada en el Convenio de Trabajo N° 29) y

* **Abolición del trabajo forzoso**, que es la materia de otro Convenio fundamental de la OIT, el N° 105.

* **Derecho al trabajo.** Implica el derecho a toda persona de acceder a un trabajo en condiciones que le permitan cubrir sus necesidades y las de su familia. Incluidos en este derecho estarían:

* **Derecho al pleno empleo**

* **Derecho a la formación profesional.** En este caso no estaríamos refiriendo a la obligación del Estado de proponer y ejecutar medidas tendientes al pleno empleo, que comprende la preocupación por la formación profesional.

A estas materias se refieren los Convenios de la OIT Nos. 84 ("Agencias retribuidas de colocación"), 96 (nueva formulación del mismo Convenio), 88 ("Servicio de empleo"), 122 ("Políticas de empleo"), 142 ("Desarrollo de recursos humanos"), 168 ("Fomento de empleo y protección contra el desempleo"). También a esas materias se refieren las Recomendaciones N°s 122 y 169 (sobre políticas de empleo), 136 (sobre políticas de empleo para los jóvenes), 176 (sobre fomento de empleo) y 150 (sobre desarrollo de recursos humanos).

DERECHOS LABORALES FUNDAMENTALES I

ÁMBITO OBJETIVO-TERRITORIAL

Instrumentos internacionales Derechos laborales fundamentales	COBERTURA MUNDIAL		
	Declaración Universal de los Derechos Humanos 1948	Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales 1966	Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos 1966
Libertad de trabajo	23º, 1	6º,1	
Prohibición de la esclavitud y servidumbres	4º		8º,1
Prohibición del trabajo forzoso			8º,3
Derecho al trabajo	23º,1	6º,1	
Empleo		6º,2; 13º,2 b)	
Formación profesional	26º,1		
Trabajadores minusválidos			
Deber de trabajar			
Condiciones de trabajo	23º	7º	
Igualdad de trato y no discriminación	2º,1	2º,2; 3º	2º,1; 3º
Derecho de acceso a la función pública	21º,2		25º,c)
Derecho a una remuneración justa	23º,3		
Igualdad salarial	23º,2	7º, a), i)	
Limitación de la jornada de trabajo	24º	7º d)	
Derecho al descanso	24º	7º d)	
Derecho a vacaciones	24º	7º d)	
Derecho al pago por feriados		7º d)	
Derecho a la promoción laboral		7º c)	
Estabilidad			
Seguridad e higiene en el trabajo		7º b); 12),2,b)	
Trabajo de menores		10º,3	
Trabajo de mujeres			
Protección de la maternidad	25º,2	10º,2	
Trabajadores de la tercera edad			
Libertad sindical	23º,4	8º,1 a), b), c)	22º,1
Derecho de huelga	8º		
Derecho a la seguridad social	22º,23º,1; 25º,1	9º	
Tratamiento de enfermedades profesionales		12º,2 ,c)	

DERECHOS LABORALES FUNDAMENTALES II

ÁMBITO OBJETIVO-TERRITORIAL

		COBERTURA REGIONAL		
Instrumentos internacionales	Derechos laborales fundamentales	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948	Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969	Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1988
	Libertad de trabajo		6º, 1	
	Prohibición de la esclavitud y servidumbres		6º, 2, 3	
	Prohibición del trabajo forzoso	XIV		6º
	Derecho al trabajo			6º, 2
	Empleo			6º, 2; 13º, 3, b)
	Formación profesional	XXXVII		6º, 2; 18º, a)
	Trabajadores minusválidos			
	Deber de trabajar			7º
	Condiciones de trabajo			
	Igualdad de trato y no discriminación		23º, 1, c)	
	Derecho de acceso a la función pública	XIV		7º, a)
	Derecho a una remuneración justa			7º, a)
	Igualdad salarial	XV		7º, g)
	Limitación de la jornada de trabajo			7º, h)
	Derecho al descanso			7º, h)
	Derecho a vacaciones			7º, h)
	Derecho al pago por feriados			7º, c)
	Derecho a la promoción laboral			7º, d)
	Estabilidad			7º, e)
	Seguridad e higiene en el trabajo	VII		7º, f)
	Trabajo de menores			6º, 2
	Trabajo de mujeres	XXII	16º	9º, 2
	Protección de la maternidad			17º, b)
	Trabajadores de la tercera edad	XVI		8º, 1 a)
	Libertad sindical			8º, 1 b)
	Derecho de huelga			9º
	Derecho a la seguridad social			9º, 2; 10º, 2, d)
	Tratamiento de enfermedades profesionales			

DERECHOS LABORALES FUNDAMENTALES III

ÁMBITO SUBJETIVO-PERSONAL

Instrumentos internacionales Derechos laborales fundamentales	MENORES		MINUS VALIDOS
	Declaración de los Derechos del Niño 1959	Convención sobre los Derechos del Niño 1989	Declaración de los Derechos de los Impedidos 1975
Libertad de trabajo	c		
Prohibición de la esclavitud y servidumbres	9º		
Prohibición del trabajo forzoso			7º
Derecho al trabajo			
Empleo			
Formación profesional			6º
Trabajadores minusválidos	23º		6º
Deber de trabajar			
Condiciones de trabajo			
Igualdad de trato y no discriminación	1º	2º, 1	2º; 10º
Derecho de acceso a la función pública			
Derecho a una remuneración justa			
Igualdad salarial			
Limitación de la jornada de trabajo			
Derecho al descanso			
Derecho a vacaciones			
Derecho al pago por feriados			
Derecho a la promoción laboral			
Estabilidad			
Seguridad e higiene en el trabajo			
Trabajo de menores	90	32	
Trabajo de mujeres			
Protección de la maternidad			
Trabajadores de la tercera edad			
Libertad sindical			
Derecho de huelga			
Derecho a la seguridad social	4º	26º	
Tratamiento de enfermedades profesionales			

DERECHOS LABORALES FUNDAMENTALES IV

ÁMBITO SUBJETIVO-PERSONAL

Instrumentos internacionales Derechos laborales fundamentales	MUJERES	
	Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer 1952	Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer 1979
Libertad de trabajo		11º, 1, c)
Prohibición de la esclavitud y servidumbres		6º
Prohibición del trabajo forzoso.		
Derecho al trabajo		11º, 1, a)
Empleo		
Formación profesional		10º, a); 11º, 1 c)
Trabajadores minusválidos		
Deber de trabajar		
Condiciones de trabajo		
Igualdad de trato y no discriminación	III	1º; 2º, a) y) e); 11º
Derecho de acceso a la función pública		7º, b)
Derecho a una remuneración justa		
Igualdad salarial		
Limitación de la jornada de trabajo		
Derecho al descanso		
Derecho a vacaciones		11º, 1, 2)
Derecho al pago por feriados		
Derecho a la promoción laboral		11º, 1, c)
Estabilidad		11º, 1 c); 11º, 2, a)
Seguridad e higiene en el trabajo		11º, 1, f)
Trabajo de menores		
Trabajo de mujeres		11º
Protección de la maternidad		4º, 2; 11º, 2 b), d)
Trabajadores de la tercera edad		
Libertad sindical		
Derecho de huelga		
Derecho a la seguridad social		11º, 1, e)
Tratamiento de enfermedades profesionales		

Se discute si debe reconocerse o no como derecho fundamental el derecho al "pleno empleo". La OIT propicia la formulación y desarrollo de políticas estatales que fomenten el pleno empleo productivo. Estas políticas deben formar parte de la política general económica y social.

De acuerdo con las formulaciones de la OIT una política de empleo debe tender a garantizar:

- a) que habrá trabajo disponible para todas las personas que lo soliciten;
- b) que dichos trabajos serán tan productivos como fuera posible;
- c) que las personas tendrán libertad para escoger empleo;
- d) que los trabajadores tendrán la posibilidad de adquirir la formación necesaria y de aplicar esos conocimientos sin ser objeto de discriminación.

Estas categorías también se consideran en referencia especial a aquellas otras de personas desfavorecidas, que tuviesen o pudiesen tener dificultades especiales para encontrar un empleo duradero, como los jóvenes, los minusválidos, las mujeres, las personas de la tercera edad, los largamente desocupados, etc.

Se puede sostener que la exigibilidad del derecho al pleno empleo en la época actual es difícil de plantear en la realidad. Sin embargo, si de acuerdo a lo expresado en la Declaración de Filadelfia "todos los seres humanos tienen derecho a perseguir su bienestar material y desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad", cabe preguntarse cómo podría lograrse esta situación si una persona no tiene al menos la posibilidad de obtener un puesto de trabajo.

Se ha sostenido que el concepto a incorporar es el de la protección de la movilidad laboral, es decir, la generación de mecanismos que protejan la estabilidad de los ingresos de los trabajadores en situación de movilidad e inestabilidad en los mercados de trabajo.

En la reciente "Cumbre social sobre la superación de la pobreza, el empleo productivo y la integración social", una de las conclusiones a las que se ha llegado es que un objetivo prioritario de la economía es procurar el pleno empleo como forma de superar las otras limitantes del desarrollo social.

Naturalmente, puede alegarse que este derecho no es de automática ni fácil ejecución y que está condicionado, mediatizado, por imperativos de la realidad. Sin embargo, un derecho fundamental no deja de serlo porque las modalidades de su aplicación deban conciliarse con limitaciones de carácter práctico.

Es por ello que entiendo que el pleno empleo debería reconocerse como orientación dominante en las políticas de empleo y aun en las políticas económicas. Sin pleno empleo no parece posible el desarrollo. Reconocer los derechos a la formación profesional y a seguros de desocupación no es suficiente, ya que las condiciones actuales de la economía, las modificaciones tecnológicas, las crisis de la seguridad social, harían ilusorio, en la mayoría de los casos, el pasaje rápido de un empleo a otro, sobre todo en la categoría de las personas más desprotegidas y discriminadas.

Es cierto que el Estado ha modificado y debe seguir modificando su actitud paternalista y su intervención directa en el campo económico. Pero hay materias en las que el Estado no debe dejar de intervenir, porque estaría poniendo en juego su propio papel en la vida social. En la época actual, una de estas áreas es la referente al empleo, quizás ya no en la creación directa de puestos de trabajo sino en el establecimiento de medidas de fomento o promoción reales y eficaces.

*** Condiciones de trabajo.** Son derechos fundamentales de los trabajadores no sólo el acceso a un puesto de trabajo sino también que éste se desarrolle en condiciones equitativas y satisfactorias, propias de la dignidad humana. Comprende una amplia gama de derechos.

*** Igualdad de trato y oportunidades.** A esta materia se refieren los Convenios de la OIT N°s 100 (igualdad de remuneración

para la mano de obra masculina y mano de obra femenina por trabajo de igual valor), 11 (discriminación en materia de empleo y ocupación) y 156 (igualdad de oportunidades y trato de trabajadores con responsabilidades familiares) y las recomendaciones N°s 90,111 y 165 sobre los mismos temas.

La obligación de tomar medidas especiales que garanticen o viabilicen los derechos a igualdad de trato de determinadas categorías, como mujeres, jóvenes, etc., se analizará separadamente.

*** Derecho al acceso a la función pública**, también incluido en el tema. Se refiere al mismo el Convenio N° 151 "sobre relaciones de trabajo en la administración pública".

*** Derecho a la remuneración justa**. Es el derecho a percibir una remuneración que, estando en relación con la capacidad y destreza del trabajador, le asegure para sí y su familia un conveniente nivel de vida, conforme a la dignidad humana de quien presta el servicio.

La OIT se ha referido siempre al "salario mínimo" como forma de asegurar ese derecho, sobre todo en los sectores que no tienen un régimen eficaz de Convenios colectivos o carecen de capacidad para llevar adelante una negociación con resultados satisfactorios.

La libertad sindical aparece como la mayor garantía del derecho de los trabajadores a una justa remuneración. En rigor, esta garantía es el pilar básico de todos los demás derechos laborales.

Pero siempre habrá sectores que por la modalidad de su trabajo u otras circunstancias (trabajadores a domicilio, de empresas que emplean poco personal, trabajadores de explotaciones rurales, etc.) tendrán dificultades para sindicalizarse. Es por ello que el derecho a un "salario mínimo" es un derecho básico, que el Estado debe garantizar.

El derecho a un ingreso mínimo que se integre no sólo con el salario sino también que incluya los beneficios derivados de las

políticas sociales, programas de apoyo a la población más vulnerable y la seguridad social, no parece sustitutivo del derecho a un "salario mínimo", porque el concepto de "salario" es el de contraprestación por un trabajo realizado y no una ayuda prestada a un indigente. El concepto y el contenido del salario es más adecuado a la naturaleza de un derecho fundamental que protege al hombre en su esfuerzo por lograr el bienestar en condiciones de libertad y dignidad.

La OIT ha contemplado los temas de salarios en numerosos Convenios, algunos referidos a categorías especiales de trabajadores y otros genéricos como el N° 26, sobre métodos de fijación de salarios mínimos.

*** Protección del salario.** Derecho incluido en el anterior. La OIT le ha dado gran importancia como forma de no hacer ilusorio el derecho principal. Se refieren al mismo el Convenio N° 95 (sobre protección del salario) y el N° 173 (sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador), adoptados en 1992 pero que aun no han recibido el número necesario de ratificaciones para su entrada en vigor.

*** Derecho al descanso.** Comprende:

*** Derecho a la limitación del horario de trabajo.** Un tema al cual la OIT le otorga gran importancia y que es materia del Convenio N° 1 (sobre horas de trabajo), adoptado por la organización en 1919.

*** Derecho a protección especial para los trabajadores en horario nocturno.** Se protege así la salud del trabajador y su relación familiar. Podemos tomar en consideración los Convenios N°s 89 (sobre trabajo nocturno de las mujeres) y 171 (sobre trabajo nocturno), que aun no han entrado en vigor por no haber recibido el número necesario de ratificaciones.

*** Derecho al descanso semanal.** Contemplado en los Convenios N°s 14 y 106 (ambos "sobre descanso semanal").

*** Derecho a las vacaciones.** Lo establece el Convenio N° 132 (sobre vacaciones pagadas).

*** Derecho a la estabilidad en el empleo.** Los instrumentos de Derechos Humanos establecen que corresponde a los estados garantizar a los trabajadores la estabilidad en sus empleos o causas para una justa separación e indemnización y readmisión en caso de despido injustificados.

La OIT se refiere a ello en el Convenio N° 158 (sobre la terminación de la relación de trabajo).

Vinculado a este derecho está el siguiente:

*** Derecho a recurrir contra la decisión del empleador.** Ante una autoridad, que es el reconocimiento del debido proceso legal en el ámbito laboral. Creemos que este derecho se integra en una categoría a la cual se refiere el doctor Pla Rodríguez dentro del rubro de derechos a la dignidad, que es el derecho de defensa.

También podemos hacer referencia a aquellos derechos que protegen a categorías especiales:

*** Derechos de protección a los menores.** Están contemplados en distintos instrumentos: Convenios N°s 138 (sobre edad mínima para la industria), 77 (sobre examen médico de aptitud de los menores para el trabajo) y 90 (sobre trabajo nocturno de los menores).

*** Derechos de protección a la mujer.** La Convención sobre la "eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer" propicia la eliminación de "toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento o ejercicio por la mujer... de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales"

La OIT ha adoptado numerosos convenios sobre el trabajo de la mujer, los más antiguos prohibiendo el trabajo en determinadas condiciones: N°s 89 (sobre trabajo nocturno de las mujeres) y 45 (sobre trabajo subterráneo en minas). Los considerados más importantes son los que prohíben la discriminación, como el Conve-

nio N° 100 (sobre igualdad salarial) y los que protegen la maternidad, como el Convenio N° 103 (sobre protección de la maternidad).

* **Libertad sindical.** Ya se expresó que éste es el derecho básico de los trabajadores. Cuando existe una efectiva libertad sindical, las organizaciones de trabajadores serán quienes se encargarán de promover, obtener y garantizar el libre ejercicio de las demás libertades.

La OIT ha brindado una especial atención al tema, como ya se ha visto en un capítulo anterior. Ya se refería al tema el preámbulo de la Constitución de la organización y al mismo apuntan numerosos convenios: N°s 87 (sobre libertad sindical), 98 (sobre aplicación de los principios del derecho de sindicalización y negociación colectiva), 151 (sobre protección del derecho a sindicación y procedimientos para determinar las condiciones de trabajo en la administración pública.

Comprende los siguientes derechos sindicales¹³:

- a) Derecho a afiliarse al sindicato de su elección o a ninguno.
- b) Derecho a constituir sindicatos sin autorización previa.
- c) Derecho a organizar libremente el sindicato.
- d) Derecho del sindicato a obtener personalidad jurídica, sin limitaciones.
- e) Derecho de los sindicatos a no ser disueltos administrativamente.
- f) Derecho de los sindicatos a constituir o afiliarse a federaciones y confederaciones.
- g) Derecho a afiliarse a entidades internacionales.
- h) Derecho de los trabajadores al "fuero sindical", como protección a todo acto discriminatorio tendiente a menoscabar la libertad sindical.
- i) Derecho de las organizaciones de trabajadores y em-

13 Ermida Uriarte, Oscar y Villavicencio Ríos, Alfredo. *Ibid*, págs 31 y 32

pleadores a una adecuada protección contra todo acto de inferencia de unas contra otras.

*** Derecho de huelga.** La OIT no se ha expresado más que incidentalmente sobre este derecho, dejándolo a las legislaciones nacionales. Sin embargo, sus organismos, en especial el "Comité de Libertad Sindical", han desarrollado una importante y copiosa jurisprudencia en la materia, considerándola comprendida en la libertad sindical como una de las medidas que las organizaciones de trabajadores pueden adoptar en la defensa de los derechos de sus colectivos.

*** Derecho a la seguridad social.** Este derecho debe significar una efectiva protección frente a contingencias como el desempleo, la enfermedad, la vejez, la incapacidad, la invalidez, la viudez o la muerte. Son numerosos los Convenios de la OIT que lo establecen, por ejemplo, los N°s 102 (sobre normas mínimas de la seguridad social), 130 (sobre asistencia médica), 128 (sobre prestaciones de invalidez, vejez y supervivencia).

*** Derecho a la defensa.** Este derecho es la aplicación al derecho laboral del derecho al debido proceso legal y, en ese sentido, lo tienen los trabajadores y sus organizaciones al mismo título que todas las personas físicas o jurídicas.

Conviene hacer un señalamiento: el trabajador, al hacer uso de su derecho de defensa, derecho fundamental, es frecuentemente objeto de despido. Este despido no sólo debe considerarse sin justa causa sino que debe entenderse como la violación de un derecho fundamental.

*** Derecho a la promoción de los derechos y libertades por los propios interesados.** Este derecho debe entenderse comprendido en el área definida por la 75ª Conferencia Internacional del Trabajo, a la que hacíamos referencia en el principio de este capítulo, en cuanto se refiere a la "*participación de los individuos en las medidas para fomentar y salvaguardar los Derechos Humanos*". Se dirige a una vertiente de participación de los individuos en la generación del derecho y en la ampliación de los espacios y poder de las

organizaciones sociales, temas en los cuales la OIT -único organismo internacional tripartito- tiene un largo camino recorrido.

Respecto a la vigencia en América Latina de los derechos laborales considerados fundamentales, partiendo de la recopilación de textos básicos de Derechos Humanos realizada por el doctor Máximo Pacheco¹⁴, que incluye nueve Convenios Internacionales de Trabajo en esa categoría, se ha identificado a los países latinoamericanos que los han ratificado.

Estos Convenios son los N°s 29 (sobre trabajo forzoso), 87 (sobre libertad sindical y la protección del derecho de sindicalización), 98 (sobre derecho de sindicación y negociación colectiva) 100 (sobre igualdad de remuneración, 105 (sobre abolición del trabajo forzoso), 111 (sobre discriminación), 122 (sobre política de empleo), 135 (sobre los representantes de los trabajadores, 151 (sobre las relaciones de trabajo en la administración pública).

Como surge del cuadro anexo, el número de ratificaciones es alto, por lo que existe un piso mínimo que obliga a los estados a la aplicación de medidas y puesta en marcha de políticas que respeten los derechos y libertades contenidos en ellos.

14 Pacheco, Máximo. *Los derechos Humanos, documentos básicos*. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed. , 1992.

V. Conclusiones

En una síntesis muy apretada cabe señalar que se entiende posible extraer de lo expuesto varias conclusiones:

La primera y básica es que no pueden haber dudas acerca de que los derechos laborales integran el "núcleo duro" de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tal como han sido reconocidos por los instrumentos internacionales.

Una segunda conclusión es que los derechos laborales fundamentales están integrados por una serie de derechos y libertades que inciden directamente en el entramado de las relaciones laborales a nivel de un país o de una empresa.

Una tercera conclusión refiere a que el sistema de relaciones laborales de un país constituye uno de los puntos básicos de transformación productiva que apuesta, como factor determinante en el logro de la competitividad, a recursos humanos compenetrados con los objetivos de la producción, lo que supone el respeto de los derechos, aspiraciones y necesidades de los trabajadores.

Una cuarta conclusión lleva a afirmar que aún cuando estos derechos no son de ejecución automática, sino que para ello necesitan de medidas gubernamentales y de aplicación de recursos -normalmente escasos- y que las modalidades de su aplicación deben conciliarse con asuntos de orden práctico, realizándose en forma progresiva y no inmediata, son sin embargo derechos fundamentales y, por lo tanto, los estados están obligados a respetarlos al llevar adelante las políticas que diseñen.

Una quinta y última conclusión es la de que ningún estado democrático podría plantearse un proyecto de transformación productiva **con equidad** que no parta del reconocimiento pleno de estos derechos.

Montevideo, Marzo de 1995.

ANEXO
**CONVENIOS DE LA OIT
DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE TRABAJO**

Ratificados por los países de América Latina

Convenio N° 29
Sobre trabajo forzoso

Argentina
Bahamas
Barbados
Brasil
Chile
Colombia
Costa Rica
Cuba
Dominica
Rep. Dominicana
Ecuador
Guatemala
Guyana
Haití
Honduras
Jamaica
México
Nicaragua
Panamá
Paraguay
Perú
Santa Lucía
Suriname
Trinidad y Tobago
Venezuela

Convenio N° 87
Sobre libertad sindical y la protec-
ción del derecho de sindicalización

Argentina
Barbados
Bolivia
Colombia a
Costa Rica
Cuba
Dominica
Rep. Dominicana
Ecuador
Guatemala
Guyana
Haití
Honduras
Jamaica
México
Nicaragua
Panamá
Paraguay
Perú
Santa Lucía
Suriname
Trinidad y Tobago
Uruguay
Venezuela

Convenio N° 98

Sobre derecho de sindicación
y negociación colectiva

Argentina
Barbados
Bolivia
Brasil
Colombia
Costa Rica
Cuba
Dominica
Rep. Dominicana
Ecuador
Granada
Guatemala
Guyana
Haití
Honduras
Jamaica
Nicaragua
Panamá
Paraguay
Perú
Santa Lucía
Suriname
Trinidad y Tobago
Uruguay
Venezuela

Convenio N° 100

Sobre igualdad
de remuneración

Argentina
Barbados
Bolivia
Brasil
Chile
Colombia
Costa Rica
Cuba
Dominica
Rep. Dominicana
Ecuador
Guatemala
Guyana
Haití
Honduras
Jamaica
México
Nicaragua
Panamá
Paraguay
Perú
Santa Lucía
Uruguay
Venezuela

Convenio N° 105

Sobre abolición
del trabajo forzoso

Antigua y Bermuda
Argentina
Bahamas
Bolivia
Brasil
Colombia
Cuba
Dominica
Rep. Dominicana
Ecuador
El Salvador
Granada
Guatemala
Guyana
Haití
Honduras
Jamaica
México
Nicaragua
Panamá
Paraguay
Perú
Santa Lucía
Suriname
Trinidad y Tobago
Uruguay
Venezuela

Convenio N° 111

Sobre discriminación

Antigua y Bermuda
Argentina
Barbados
Bolivia
Brasil
Chile
Colombia
Costa Rica
Cuba
Dominica
Rep. Dominicana
Ecuador
Guatemala
Guyana
Haití
Honduras
Jamaica
México
Nicaragua
Panamá
Paraguay
Perú
Santa Lucía
Trinidad y Tobago
Uruguay
Venezuela

Convenio N° 122
Sobre política de empleo

Barbados
Bolivia
Brasil
Chile
Cuba
Ecuador
Guatemala
Honduras
Jamaica
Nicaragua
Panamá
Paraguay
Perú
Suriname
Uruguay
Venezuela

Convenio N° 135
**Sobre los representantes
de los trabajadores**

Barbados
Brasil
Costa Rica
Cuba
Guyana
México
Nicaragua
Suriname

Convenio N° 151
**Sobre las relaciones de trabajo
en la administración pública**

Argentina
Cuba
Guyana
Perú
Uruguay

FUENTE: Lista de Convenios ratificados por Convenio y país
al 2 de diciembre de 1993, OIT, Ginebra.

LOS DERECHOS LABORALES

La libertad sindical

Alberto León GÓMEZ ZULUAGA

- I *Introducción.*
- II *Antecedentes.*
- III *Contenido del Derecho de Libertad Sindical.*
- IV *Campo de aplicación.*
- V *Lo que han dicho los órganos de control
sobre libertad sindical: contenidos concretos.*
- VI *Organos de Protección.*
- VII *Los procedimientos.*

I. Introducción

1. El proceso de dignificación del trabajo humano y en particular del trabajo asalariado ha supuesto la creación de una importante rama del Derecho que regula las relaciones laborales. Este proceso de normatización ha recibido un importante impulso en el mundo a partir de la creación de la Organización Internacional del Trabajo, en 1919.

Fueron las inmisericordes condiciones de explotación del hombre, marcadas especialmente por la revolución industrial, las que dieron origen a los primeros movimientos obreros en demanda de unas condiciones humanas de trabajo y, con ellos, a la formación de ideas sociales que propugnaron la reglamentación del trabajo asalariado para proteger a quienes estaban sometidos a extenuantes jornadas y a peligrosas condiciones de labor.

Empero, como lo señalan Von Potobsky y Bartolomei en su obra *La Organización internacional del Trabajo*, si bien en la expedición de las primeras normas protectoras hubo una inspiración humanitaria, fue el temor de los gobiernos y de sus industriales a quedar fuera del mercado lo que impulsó el proceso de internacionalización de la normatividad protectora. En efecto, "al tomar medidas tuitivas unilaterales que aumentarían los costos de producción frente a los demás países", los Gobiernos corrían el riesgo de que los industriales de sus países quedaran en condiciones desventajosas para la competencia comercial en el mercado internacional.

2. Fueron las condiciones de trabajo la primera materia objeto de regulación internacional. En efecto, en 1906, en Berna, se expedieron dos instrumentos internacionales que luego fueron ratificados por la mayoría de los países signatarios, instrumentos que trataban sobre la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres en la industria.

Más adelante se quisieron elaborar dos nuevos convenios sobre trabajo nocturno de jóvenes en la industria y jornada máxima de 10 horas para mujeres y niños, pero la aprobación de éstos se vio frustrada por la guerra.

3. En el contexto de las negociaciones de paz se creó una comisión de Legislación Internacional del Trabajo compuesta por representantes de gobiernos, sindicalistas y académicos. De allí salió el proyecto de creación de la OIT, el cual finalmente condujo a lo que fue la parte XII del Tratado de la Paz de Versalles, dando origen a la OIT, en 1919.

4. Señalaba en el párrafo 2 que los primeros instrumentos internacionales apuntaron a regular condiciones de trabajo y jornada.

Creada la OIT, los primeros convenios que adoptó la organización fueron:

Nº 1, Horas de trabajo (industria); Nº 2 Desempleo; Nº 3 Protección de la maternidad; Nº 4 Trabajo nocturno (mujeres); Nº 5 Edad mínima (industria) y Nº 6 Trabajo nocturno de los menores (industria). Todos estos convenios fueron adoptados en la primera reunión de Conferencia Internacional del Trabajo, reunida en Washington entre el 29 de octubre de 1919 y el 27 de enero de 1920.

5. Desde entonces, van 79 reuniones de la Conferencia y en ellas se han adoptado más de 170 convenios y 170 recomendaciones sobre una gran variedad de asuntos que interesan al mundo del trabajo y van desde condiciones de trabajo hasta seguridad, pasando por empleo, política social, relaciones de trabajo, etc.

El tema de los Derechos Laborales resultaría extenso y difícil de agotar en su totalidad. Voy, entonces, a limitarme, a partir de este momento al Derecho de Libertad Sindical, regulado fundamentalmente en los Convenios 87 y 98 de la OIT

6. El Preámbulo de la Constitución de La Organización Internacional del Trabajo proclama como urgente el reconocimiento del "principio de Libertad Sindical" y, en la "Declaración de Filadelfia" de 1944, cuyo texto constituye anexo de la Constitución por disposición de la misma (art. 1.1), se proclama como uno de los principios fundamentales de la organización "la libertad de expresión y de asociación".

II. Antecedentes

7. Con anterioridad al Convenio N° 87, la OIT, se había preocupado del tema de la libertad sindical. Fue así como ya en 1924 la 6ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT), adoptó una resolución encaminada a instar al Consejo de Administración a incluir el tema en el orden del día de una próxima reunión de la CIT, "con el objeto de buscar las medidas apropiadas para garantizar el respeto a la libertad sindical". En los considerandos de esta resolución puede leerse que el respeto al derecho sindical es indispensable para el funcionamiento de la Organización", y "que el desarrollo de la legislación social internacional, objeto de la Organización, no podría realizarse sin el pleno reconocimiento de este derecho".

8. En su resolución de 1924, la CIT recordó que "entre los principios enumerados bajo el título "Trabajo", del Tratado de Paz, se encuentra expresamente afirmado el derecho de asociación a los trabajadores". Fue así como el tema apareció por primera vez en la agenda de la CIT para su reunión de 1927, pero la adopción de cada instrumento internacional fracasó por razones políticas.

En efecto, según expresó el Director de la Oficina Internacional del Trabajo (OIT) en su discurso de clausura de las sesiones de la CIT en 1927, "puede ser que existan circunstancias exteriores que nos dominen y nos desborden, y que hayan producido aquí el fracaso momentáneo de un proyecto de esta naturaleza"¹. En esta forma, el Director hizo evidentemente alusión a los regímenes que estaban instaurándose en gran número de países de Europa y de otros continentes y que habían conducido a la supresión o al sometimiento de las organizaciones sindicales, patronales y obreras.²

1 Ver *Informe VII Conferencia Internacional del Trabajo*, Ginebra, 1947. "Libertad Sindical y relaciones de trabajo", editado por la Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra 1947, Imprimerie Centrales de Lausanne.

2 *Ibid.*

9. Nuevamente, en 1930, el Consejo de Administración abordó el tema y preparó nuevos proyectos para llevarlos a consideración de la siguiente reunión de la CIT, con resultados todavía negativos. Si bien todas estas tentativas de crear un instrumento convencional fracasaron, es cierto que en el intervalo entre las dos guerras mundiales la OIT no cesó de ocuparse del tema de la libertad sindical, en sus diversos aspectos³.

10. También, la Organización de Naciones Unidas (ONU) había tomado interés en el asunto de la libertad sindical. En su cuarta reunión el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), asumió el estudio de las "garantías de ejercicio y desarrollo del derecho sindical", que había sido sometido a su consideración por la Federación Sindical Mundial (FSM). El ECOSOC decidió someter el tema a consideración de la OIT, en virtud del acuerdo entre la ONU y la OIT, acuerdo formalmente ratificado por la Asamblea General de la ONU y la Conferencia Internacional del Trabajo, máximo órgano de la OIT.

11. Por otro lado, la Conferencia Regional de Estados de América Miembros de la OIT, aprobó en su tercera reunión, que tuvo lugar en México en 1946, una serie de resoluciones sobre libertad sindical, en las cuales se trazaron importantes pautas, algunas de las cuales podrán verse plasmadas en los textos finales de los Convenios N°s. 87 y 98. La tercera Conferencia Americana de Estados Miembros de la OIT, adoptó como resolución la recomendación a los Estados Americanos para que aseguraran en sus constituciones "la libertad de asociación profesional o libertad sindical" (sic)⁴.

3 Se omiten otros acontecimientos de alguna importancia, pues no es de propósito hacer una historia detallada, sino ubicar hitos fundamentales en el proceso de consagración del derecho de libertad sindical y de expedición del Convenio N° 87.

4. Para 1946, cuando se reunió en México la tercera Conferencia de los Estados Americanos Miembros de la OIT, hacían parte de la Organización los siguientes países americanos: Argentina (desde 1919); Bolivia (desde 1919); Brasil (desde 1919); Canadá (desde 1919); Colombia (desde 1919); Costa

12. Los alcances del derecho de libertad sindical han sido explicados, precisados y desarrollados por la OIT a través de sus diversos órganos, fundamentalmente en las decisiones del Comité de Libertad Sindical y de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y la Comisión de la CIT sobre aplicación de Convenios y Recomendaciones, organismos que han creado los dos primeros, un importante cuerpo de doctrina y jurisprudencia que es necesario tener en cuenta para entender la verdadera dimensión del derecho a la libertad sindical.

13. En la elaboración de este importante material, estos organismos han tomado como punto de referencia no sólo los antecedentes históricos que he señalado, sino otros instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁵

14. Han sido, asimismo, punto de referencia para la interpretación de los Convenios N°s. 87 y 98, las resoluciones de la CIT

Rica (que había reingresado a la OIT en 1944. Antes había pertenecido a la Organización entre 1920 y 1927); Cuba (desde 1919); Chile (desde 1919); República Dominicana (desde 1924); Ecuador (desde 1934); EE.UU. (desde 1934); Guatemala (desde 1945). Antes lo había sido entre 1919 y 1938); Haití (desde 1919); México (desde 1931); Panamá (desde 1919); Perú (desde 1919); Uruguay (desde 1919) y Venezuela (desde 1919). Es pertinente señalar que algunos Estados Americanos que en 1946 no eran Miembros de la OIT, lo habían sido con anterioridad y luego reingresaron. Son: El Salvador, retirado en 1939, reingresó en 1948; Honduras, retirado en 1938, reingresó en 1955; Nicaragua, retirado en 1938, reingresó en 1957, y Paraguay, retirado en 1937, reingresó en 1956.

Las principales resoluciones de la Tercera Conferencia Regional Americana en materia de libertad sindical son: sobre la garantía constitucional de la libertad sindical; sobre la libertad sindical; sobre la protección de los derechos de sindicación y de negociación colectiva; sobre la validez de los contratos colectivos; sobre la extensión de los contratos colectivos; sobre la conciliación y el arbitraje voluntarios.

5 Véanse artículos 8º y 9º del Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

que se han referido a la materia de libertad sindical⁶, las resoluciones de las conferencias regionales de los países Miembros de la OIT⁷ y las resoluciones, conclusiones e informes adoptados por las comisiones de industrias y otros organismos o eventos internacionales⁸, que si bien carecen de fuerza jurídica vinculante⁹, aportan elementos importantes sobre el sentido del derecho y sus futuros desarrollos.

15. El Convenio N° 87 fue aprobado por la CIT en su trigésima primera reunión, la cual tuvo lugar en San Francisco (Estados Unidos), en 1948.

-
- 6 Dentro de las resoluciones de la CIT que se refieren al tema de libertad sindical, merecen destacarse:
- resolución sobre independencia del movimiento sindical (1952);
 - resolución sobre la protección de los derechos sindicales (1955);
 - resolución sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación incluyendo la protección de los delegados sindicales en todos los niveles (1961);
 - resolución sobre la libertad sindical (1964);
 - resolución sobre la acción de la Organización Internacional del Trabajo en la esfera de los derechos humanos y, en particular, con respecto a la libertad sindical (1968);
 - resolución sobre los derechos sindicales y su relación con las libertades civiles (1970)
- 7 Se han realizado conferencias regionales de países Miembros de América, en el Cercano y Medio Oriente, en Asia, Europa, y África. En todas ellas se ha abordado el tema de libertad sindical y se han producido resoluciones sobre el particular.
- 8 Entre otras, se pueden referir las resoluciones, declaraciones y conclusiones que se han producido en reuniones como las de comisiones de transportes interiores, del carbón, del hierro y del acero, de industrias mecánicas, textil, del petróleo y otras. En igual forma, algunos textos de organismos de la ONU han hecho referencia a la libertad sindical
- 9 Las resoluciones y declaraciones de reuniones de organismos de carácter internacional generalmente no son obligatorias a los Estados, pero ofrecen elementos para precisar cuál ha sido la voluntad política al producir un instrumento normativo y cuáles son las expectativas de la comunidad internacional respecto de los alcances de instrumentos existentes.

Durante los trabajos preparatorios del Convenio N° 87, fue sometido a consideración de los gobiernos de los Estados Miembros un cuestionario sobre los aspectos que debían discutirse en orden a elaborar un instrumento internacional adecuado a la protección del libre derecho de asociación sindical y de contratación colectiva.

16. Si bien la consulta se hizo a todos los Estados Miembros, en los términos de la Constitución de la Organización, sólo unos pocos Estados respondieron al cuestionario¹⁰.

Realizado el examen y estudio de las respuestas recibidas, la Oficina Internacional del Trabajo sometió a la consideración de la trigésima primera reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo un proyecto de Convenio sobre libertad de asociación y protección del derecho de organización, precedido por un preámbulo.

17. Fue de la discusión que de este proyecto se dio en San Francisco, de donde finalmente salió el texto del Convenio N° 87 que hoy conocemos y donde se sentaron las bases para el Convenio N° 98 aprobado en el siguiente período de sesiones, celebrado en Ginebra en 1949.

18. De las conclusiones obtenidas por la Oficina Internacional del Trabajo en el examen de las respuestas gubernamentales, vale la pena señalar algunos aspectos que tienen relevancia para la interpretación de los Convenios, así:

- a) Es claro que las organizaciones sindicales, sean de trabajadores o de empleadores, deben respetar la legali-

10 Al 25 de enero de 1948 habían respondido el cuestionario propuesto: Australia, Austria, Bélgica, Bulgaria, Canadá, China, Dinamarca, Ecuador, Estados Unidos de Norte América, Finlandia, Francia, Hungría, India, México, Países Bajos, Reino Unido, Suecia, Suiza y Unión Sudafricana. Más tarde llegaron las respuestas de Bolivia, Cuba, Chile, Egipto, Grecia, Islandia, Italia, Luxemburgo, Noruega, Nueva Zelandia, Pakistán, Polonia y Uruguay, las cuales fueron reproducidas en un suplemento. [Véase: documentos del Informe VII preparados por la OIT para la 31ª Reunión de la CIT a tener lugar en San Francisco (EE.UU.)]

dad del respectivo Estado. Jamás puede entenderse para éstas un régimen de impunidad o de inmunidades que les permita sustraerse del acatamiento al orden jurídico.

- b) Pero, en igual forma, la legislación de los Estados, aún la relativa al orden público, debe ser compatible con el Convenio, no siendo admisible que el derecho interno desconozca en forma alguna los compromisos internacionales adquiridos por el Estado al ratificar los instrumentos.
- c) Ya desde los trabajos preparatorios se dejó claro que la libertad sindical no podrá ser objeto de suspensión con el pretexto de estados de excepción. En efecto, señaló la OIT que, en materia de libertad sindical “no puede invocarse una reserva relativa al orden público en el texto mismo del Convenio, pues de hacerlo se dejaría a los Estados en libertad de poner nuevamente en tela de juicio, con base en la interpretación que cada uno diera a la noción de que se trata, los principios que se hubieran suscrito”¹¹. No resulta pues admisible invocar un estado de excepción para suspender la libertad de asociación sindical.
- d) Frente a dos formulaciones iniciales del principio de no discriminación, se optó por la más general, la cual “ha de interpretarse en el sentido más amplio (...) significando que la libertad de asociación debe ser reconocida sin discriminación de ninguna naturaleza en cuanto a la ocupación, el sexo, el color, la raza, el credo, la nacionalidad, las opiniones políticas, etc., no solamente a favor de los trabajadores y empleadores de

11 Véase doc. cit. nota 1, pág. 88.

la industria privada, sino también de los funcionarios y agentes de los servicios públicos"¹²

- e) La mayoría de las respuestas gubernamentales subrayaron que la libertad de crear organizaciones garantizada en el proyecto (artículo 2), "carecería de valor práctico si no se completara otorgando a las organizaciones la facultad de regirse como mejor les parezca"¹³.

19. Como puede apreciarse, desde los orígenes mismos de los instrumentos de la OIT que formalmente garantizaron la libertad sindical (Convenios N°s. 87 y 98), se dejó claro que ésta constituye un derecho fundamental de primer orden.

20. En este orden de ideas, es del caso reiterar que el derecho de libertad sindical se encuentra estrechamente ligado al ejercicio pleno de los derechos humanos fundamentales. Así se ha entendido desde siempre y fue explicitado por la CIT, en 1970, en su Resolución sobre derechos sindicales y su relación con las libertades civiles, la cual fue adoptada "sin oposición"¹⁴.

De tal Resolución pueden extraerse las libertades que se consideran esenciales para el ejercicio normal de los derechos sindicales, a saber:

- a) al derecho a la libertad y a la seguridad de la persona y a la protección contra la detención y la prisión arbitrarias;
- b) la libertad de opinión y de expresión y, en particular, de sostener opiniones sin ser molestado y de investigar y recibir opiniones e información, y difundirlas,

12 *Ibid.*

13 *Ibid.*, pág. 93.

14 Expresión utilizada para indicar que no hubo votación y se adoptó por "consenso".

sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión;

c) el derecho de reunión;

d) el derecho a proceso regular ante tribunales independientes e imparciales;

e) el derecho a la protección de la propiedad de las organizaciones.

III. Contenido del Derecho de Libertad Sindical

21. Resumo entonces el derecho de libertad sindical así: los trabajadores y los empleadores, sin distinción alguna, están en libertad de constituir las organizaciones que estimen convenientes para la defensa de sus intereses y de afiliarse a ellas sin autorización previa; estas organizaciones son libres, pueden a su vez asociarse con otras como lo tengan a bien y corresponde a sus socios redactar y aprobar libremente sus estatutos y reglamentos, elegir libremente a los dirigentes y representantes, organizar la gestión y ordenar actividades así como formular los programas de acción. Para el pleno ejercicio de este derecho es requisito necesario el disfrute de los derechos civiles y políticos, fundamentalmente del derecho a la vida, a la integridad, a la libertad y a la seguridad de la persona, del derecho de libre opinión y expresión y del derecho de reunión. Es igualmente condición de este derecho la independencia plena de las organizaciones frente al Estado y de unas frente a otras, debiendo estar protegidas de todo acto de injerencia indebida del Estado y de unas organizaciones en las otras. Las organizaciones deben estar en posibilidad legal de ejercer acciones de presión legítima, como la huelga. Finalmente, el concepto de libertad sindical supone la protección a la propiedad de las organizaciones.

22. Es obvio que la libertad sindical comprende tanto el Derecho a asociarse sindicalmente (a sindicarse) como no hacerlo, siempre como un acto libre y conciente del individuo, en el caso

de las personas naturales, o de la organización, en su caso. Por ello han de verse como contrarias a este Derecho las cláusulas de exclusión, las de preferencia o cualesquiera otras que cercenen la autonomía de la voluntad para el acto asociativo.

23. Aún a riesgo de parecer redundante, creo oportuno señalar que también hace parte integrante del Derecho de Asociación el derecho a desafiliarse en cualquier momento, en forma libre. Por supuesto, no resulta admisible la desafiliación para defraudar los intereses de la organización, por lo cual creo que en este caso la organización sindical siempre podrá exigir de quien se vaya a desafiliar el pago de cualquier acreencia pendiente en su favor.

IV. Campo de aplicación

24. El Convenio N° 87 es aplicable tanto a empleadores como trabajadores, "sin distinción alguna". Si atendemos al debate previo y recordamos lo dicho atrás (párrafo 16) no queda la menor duda de que el derecho de libre asociación sindical es reconocido por la norma internacional a **TODOS** los trabajadores y a **TODOS** los empleadores, sin atender a su pertenencia al sector privado o al sector estatal o a otras consideraciones.

25. Vale la pena recordar lo dicho en el referido párrafo 16, al explicar que el principio de la no discriminación se sometió a discusión en dos formulaciones y que "se optó por la más general (...) significando que la libertad de asociación ha de ser reconocida sin discriminación de ninguna naturaleza, en cuanto a la **ocupación**, el sexo, el color, la raza, el credo, la nacionalidad, las opiniones políticas, etc., no solamente a favor de los **funcionarios** y agentes de los servicios públicos. (Énfasis fuera del texto).

26. Basta leer desprevenidamente el texto del Convenio para entender que abarca a **TODOS** los trabajadores y empleadores e, incluso, abarca a las organizaciones mismas que pueden, bajo la protección del Convenio, organizarse libremente en organizaciones de segundo y tercer grado o en organizaciones internacionales.

27. El Convenio N° 98 excluyó a los funcionarios públicos que trabajan en la administración del Estado. Han sido los órganos de control los encargados de precisar que no basta con que la legislación asimile a los trabajadores de empresas industriales y comerciales del Estado con funcionarios públicos.

28. Se ha asumido por los órganos de control que esta exclusión sólo abarca a quienes laboran en organismos realmente afectados a la administración del Estado, como los ministerios, y que en ningún caso puede hacerse extensiva a otros entes, como las ya referidas empresas industriales y comerciales del Estado.

29. En materia de huelga, que es una emanación de los derechos de libre asociación sindical y negociación colectiva, los órganos de control han sido claros en rechazar las prohibiciones de carácter general, las prohibiciones de la huelga de solidaridad y la consideración como servicio público de actividades no esenciales para la vida, la salud o la seguridad de la población en todo o en parte.

30. Dicho de otra manera, se ha entendido que el ejercicio de la huelga únicamente puede someterse a condiciones legales que no la desvirtúen y que sólo puede catalogarse como servicio público esencial aquél que verdaderamente lo sea porque su interrupción puede poner en peligro la vida, la salud o la seguridad de toda o parte de la población.

31. Los convenios sobre la libertad sindical se han incorporado al *ius cogens* internacional, conforme al derecho de los tratados regulado por la Convención de Viena, lo que significa que los principios en ellos consignados deben ser respetados aún por aquellos Estados que no los han ratificado¹⁵. Aparte de los Con-

15 Desde hace algún tiempo se viene requiriendo al gobierno colombiano para que presente memoria anual sobre los convenios de libertad sindical. Para Colombia, el Convenio N° 87 debería ser objeto de memoria detallada desde 1978, que fue la primera, en los años pares, así: 1980, 1982, 1984, 1986, etc., pero a partir de 1988 ha debido rendir memoria detallada cada año. Exactamente la misma es la situación del Convenio N° 98.

venios de la OIT sobre la materia, otros instrumentos internacionales en derechos humanos consagran el derecho de libre asociación sindical, como por ejemplo el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pacto de San José de Costa Rica).

32. Para los países Miembros de la Organización Internacional del Trabajo, la obligación de respetar los principios de libertad sindical emana, además, de la aceptación de la Constitución de la Organización, donde se establecen como elementos fundamentales de la civilización y de la paz internacional.

33. Es precisamente con este fundamento, la consagración constitucional de tales principios, que los órganos de control han examinado problemas de libertad sindical aún frente a Estados Miembros que no son parte en los convenios. Tal ha sido el caso de varios países latinoamericanos.

V. Lo que han dicho los órganos de control sobre libertad sindical: contenidos concretos

34. Se trata ahora de hacer una revisión temática sobre las cuestiones que han sido definidas por los principales órganos de control. No es la idea reseñar en forma exhaustiva las cuestiones tratadas, si bien para obtener el producto que se ofrece fue necesario hacer un examen completo de las decisiones que en materia de libertad sindical han emitido los órganos de control. Tampoco, necesariamente, se van a hacer transcripciones textuales, pero en lo posible se hará referencia a la fuente. Por razones metodológicas, cada tema será introducido con un subtítulo que permita reconocer su contenido.

35. **Libertades civiles.** Este tema, que ha sido objeto de reiterada preocupación no sólo en la OIT sino en otros organismos internacionales, fue materia de una importante resolución de la CIT en el año 1970. Los órganos de control, desde siempre, han emitido pronunciamientos recalcando la interdependencia entre las libertades públicas y los derechos sindicales, siendo importante, entre otros, el pronunciamiento de la CACREC donde expresa

“que no podía salvaguardarse la libertad sindical mientras no se reconociesen otras libertades civiles, mientras el derecho elemental de no ser arrestado arbitrariamente y la libertad de reunión sólo pareciera concederse a los sindicatos reconocidos por el Gobierno¹⁶. Por su parte, el CLS, al examinar algunos casos sobre la República de El Salvador, dijo en su 211º informe que “un movimiento sindical libre e independiente sólo puede desarrollarse dentro de un clima en el que se respeten y garanticen los derechos humanos fundamentales”¹⁷. En otra oportunidad, al examinar un caso sobre otro país latinoamericano, el mismo organismo consideró oportuno “afirmar la importancia que hay que atribuir a los principios fundamentales contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, pues su violación puede afectar de manera determinante el libre ejercicio de los derechos sindicales”. (caso N° 385/Brasil).

36. Los organismos de control han considerado que el derecho a la seguridad de la persona es tal vez el que constituye un condicionamiento fundamental para el disfrute de los derechos sindicales. Es así como se ha encontrado que los asesinatos, heridas graves, torturas, malos tratos, internaciones injustificadas, exilios, limitaciones a la libertad de movimiento, procedimientos sumarios y desapariciones, configuran hechos de especial magnitud dentro del amplio espectro de violaciones a la libertad sindical.

37. El CLS “ha expresado su fuerte reprobación por otro vejamen o malos tratos infligidos a cualquier detenido y ha considerado que las quejas al respecto debieran ser objeto de una investigación por parte del Gobierno, a fin de que se tomen las disposicio-

16 Conferencia Internacional del Trabajo (CIT), Actas 52ª reunión, 1968, apéndice VI, pág. 619.

17 Salvo expresa indicación en contrario, las citas textuales de decisiones del CLS son tomadas del libro *La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, tercera edición, OIT, Ginebra, 1985.

nes necesarias, incluida la reparación de los perjuicios ocasionados" (caso N° 763/República Oriental del Uruguay). En su 214° informe, el CLS, refiriéndose al caso N° 1097 sobre Polonia, fue explícito al condenar la detención e internación de sindicalistas por sus actividades de defensa de los trabajadores, como "una grave violación de las libertades sindicales públicas en general y de las libertades sindicales en particular"¹⁸.

38. Estados de excepción. Los organismos de control han atendido tanto a la letra de los Convenios que, en ninguna forma, autorizan la suspensión de las garantías en ellos consagradas. Consideraron, asimismo, los trabajos preparatorios, en los cuales se descartó una cláusula de reserva por motivos de orden público, para considerar que, dejando sentado que las organizaciones (tanto de empleadores como de trabajadores) deben respetar la legalidad del país, los derechos fundamentales no son susceptibles de ser derogados, suspendidos o desconocidos con el pretexto de un estado de excepción. Sobre el particular puede leerse en el párrafo 72 del Estudio General de la Comisión de Expertos sobre Libertad Sindical y Negociación Colectiva, preparado para la 69ª reunión de la CIT: "Conviene hacer hincapié en que los convenios en materia de libertad sindical no contienen disposiciones que ofrezcan la posibilidad de invocar una derogación de las obligaciones estipuladas en ellos o una suspensión de su aplicación"¹⁹.

39. El CLS ha dejado muy claro en sus pronunciamientos sobre legislación de estados de excepción que una legislación "establecida contra elementos antisociales o desestabilizadores, no debería utilizarse para sancionar a trabajadores que ejerzan derechos sindicales legítimos". Se ha afirmado, asimismo, que en los casos de estado de sitio lo recomendable es que las relaciones entre los

18 CIT, 69ª reunión, 1983, *Libertad sindical y negociación colectiva*, Estudio general de la Comisión de Expertos de Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.

19 *Ibid.*

gobiernos y las organizaciones profesionales y sus representantes sean regidas por el derecho común y no por la normatividad de emergencia que, por "su misma naturaleza", puede llevar consigo restricciones a los derechos fundamentales.

40. Al examinar tres casos de Turquía, el CLS expresó en forma contundente que la legalidad marcial y el pleno ejercicio de los derechos sindicales son incompatibles. "En circunstancias comparables con un estado de guerra civil, el Comité subrayó la importancia que atribuye a que todas las personas detenidas disfruten de las garantías de un procedimiento judicial regular". Considera asimismo el CLS que, cuando los sindicalistas son condenados en procesos sumarios, ello significa que no se les ha permitido revisión de tales casos para asegurar que nadie pierde su libertad sin haber sido juzgado por una autoridad imparcial e independiente.

41. Actividades y programas de acción. Ha sido criterio unánime en los organismos de control de la OIT que constituye un elemento indispensable del derecho de libertad sindical la facultad de las organizaciones de trabajadores y empleadores de organizar libremente su programa de acción, en orden a desarrollar actividades lícitas para la defensa de sus intereses.

42. Uno de los aspectos en los cuales más se ha insistido es precisamente el que tiene que ver con la actividad política. En este punto se ha señalado que, si bien no se debe prohibir a las organizaciones sindicales el ejercicio de actividades de tipo político, aquéllas no deben perder de vista que su finalidad fundamental es la defensa de los intereses profesionales. Se ha advertido, asimismo, que los gobiernos deben abstenerse de convertir el movimiento sindical en un instrumento para obtener sus fines políticos. Sobre esta materia se pueden recoger algunas de las numerosas opiniones que en sus decisiones ha consignado el CLS, así: "La prohibición general de toda actividad política de los sindicatos no sólo sería incompatible con los principios de la libertad sindical sino que carecería de realismo en cuanto a su aplicación. En efecto, las organizaciones sindicales pueden querer, por ejemplo, manifestar públicamente su opinión sobre la política económica y social de un gobierno".

43. Ha sido muy claro el CLS al decir que: "... es difícil efectuar una distinción clara entre lo político y lo realmente sindical. Ambas nociones tienen puntos comunes y es inevitable, y algunas veces habitual, que las publicaciones sindicales se refieran a cuestiones con aspectos políticos, así como a cuestiones estrictamente económicas o sociales".

44. Relacionado con la potestad de ejercer el derecho de huelga más allá de lo estrictamente laboral, creo útil reseñar la siguiente posición del CLS: "El derecho de huelga no debería limitarse a los conflictos de trabajo susceptibles de finalizar en un Convenio colectivo determinado: los trabajadores y sus organizaciones deben poder manifestar, en caso necesario en un ámbito más amplio, su posible descontento sobre cuestiones económicas y sociales que guarden relación con los intereses de sus miembros".

45. Derecho de huelga. El Derecho de huelga, que no aparece expresamente consagrado en los Convenios sobre libertad sindical, sí aparece en cambio en otros instrumentos internacionales de derechos humanos en los que Colombia es parte ²⁰.

46. Los organismos de control lo han considerado como parte integral del derecho de libre asociación sindical; a partir no sólo de los otros instrumentos internacionales que lo consagran sino por entenderlo como un instrumento inherente a las luchas y propósitos de los sindicatos de trabajadores. En un texto de educación obrera publicado por la OIT, puede leerse: "El derecho de huelga es uno de los medios esenciales de los trabajadores para promover y defender sus intereses económicos y sociales, es decir, no sólo los relativos al logro de mejores condiciones de trabajo y la satisfacción de las reivindicaciones colectivas de orden profesional, sino también los relacionados con la búsqueda de soluciones

20 Carta Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. Convención Americana (Pacto de San José de Costa Rica), art. Pacto Internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, artículo 8, d).

para los problemas de política económica y social o de índole económica y social que atañen directamente a los trabajadores²¹. Algunas resoluciones de conferencias regionales o de conferencias de industria han hecho referencia expresa a la necesidad de que este derecho esté garantizado. Debido a la importancia del tema, lo dividiré en subtemas, siguiendo como hasta ahora lo he hecho, la metodología y terminología utilizada en la recopilación de decisiones del CLS.

47. Principios generales. “El derecho de huelga de los trabajadores y sus organizaciones constituye uno de los medios esenciales del que disponen para promover y defender sus intereses profesionales (...) en la medida en que constituya en medio de defensa de sus intereses económicos”.

48. La huelga puede asumir diversas modalidades diferentes al simple cese de actividades, las cuales en principio estarían protegidas, siempre y cuando se desarrollen pacíficamente: “En cuanto a las modalidades del derecho de huelga denegado a los trabajadores (huelga de brazos caídos, trabajo a ritmo lento, ocupación de la empresa o del centro de trabajo), el Comité consideró que tales limitaciones sólo se justificarían en los casos en que la huelga dejase de ser pacífica” o cuando hubiese motivos fundados para pensar que, en una situación dada, dejaría de serlo²².

49. Condiciones previas. Votación y mayoría. Dentro de los desarrollos que se han hecho del tema, se ha concluido que son aceptables algunas condiciones para el ejercicio del derecho de huelga, pero que en todo caso deben ser razonables y jamás deben significar la limitación a la acción de las organizaciones sindicales. Por otra parte, se ha considerado que la exigencia legal de ciertas mayorías calificadas para votarla puede devenir de una injerencia

21 Oficina Internacional del Trabajo. *La libertad sindical*, manual de educación obrera, Ginebra, 1988.

22 *Boletín Oficial*, vol. LXV, 1982, 214º Informe del CLS, caso N° 1081, contra Perú, párrafo 262.

indebida en los asuntos sindicales por parte de las autoridades o en una limitación de alguna magnitud para el ejercicio del derecho de libertad sindical.

50. Sobre estos temas, parece del caso reproducir los siguientes textos del CLS: "Las condiciones requeridas en la legislación para que la huelga se considere un acto lícito deben ser razonables y, en todo caso, no de tal naturaleza que constituyan una limitación a las posibilidades de acción de las organizaciones sindicales".

51. "La mayoría absoluta de trabajadores vinculados en una declaración de huelga puede resultar difícil de alcanzar, particularmente en aquellos sindicatos que agrupan un gran número de afiliados. Esta disposición puede entrañar, pues, un riesgo de limitación importante al derecho de huelga".

52. "El Comité ha considerado, conforme a los principios de libertad sindical, que la decisión concerniente a la declaración de una huelga en las secciones locales de una organización sindical pueda ser adoptada por la asamblea general de las secciones locales, si el motivo de la huelga es de índole local y que, en las organizaciones sindicales de grado superior, la decisión de la declaración de huelga puede ser adoptada por el Comité de Dirección de estas organizaciones por mayoría absoluta de votos de todos los miembros".

53. Restricciones. Tanto la Comisión de Expertos (CE) como el CLS se han pronunciado reiteradamente en contra de la prohibición general de la huelga, bien cuando se limita legalmente este derecho a conflictos de trabajo susceptibles de finalizar en un Convenio colectivo de trabajo, bien cuando se excluyen grupos enteros de trabajadores de la posibilidad de ejercerlo. Es así que, tanto la Comisión de Expertos como el CLS, han establecido algunos criterios para determinar los servicios públicos esenciales únicos en los cuales se admite la posibilidad de restringir el derecho de huelga. Asimismo, han expresado abiertamente su opinión acerca de que las huelgas políticas, siempre que tengan un fundamento en defensa de los derechos de los trabajadores, deberían ser admitidas, lo mismo que aquellas de solidaridad, a condición de que la

huelga con la cual se requiere expresar la solidaridad sea lícita.

54. En cuanto a los criterios para definir qué se entiende por servicio público esencial, éstos son claros, precisos y restrictivos, sin que se pueda dar lugar a analogía: los órganos de control de la OIT han entendido por servicios públicos esenciales aquellos cuya interrupción "podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población". (Ver *supra* párrafos 28 y 29).

55. Así las cosas, no puede pretextarse el daño económico de conjunto para declarar como servicio público esencial aquél cuya interrupción pueda causar un grave daño a la economía nacional en su conjunto, siempre que la vida, la seguridad y la salud de las personas no se vean afectadas. Se han aceptado como no contrarias al derecho de libertad sindical, en cambio, las que se han llamado restricciones temporales y que tienen relación, por ejemplo, con la exigencia de cumplimiento de las etapas de composición del conflicto: la prohibición de huelgas que puedan significar la ruptura de un Convenio colectivo.

56. El CLS ha considerado expresamente como servicios públicos esenciales los de abastecimiento de agua y los servicios hospitalarios.

57. En cambio, los órganos de control, con el CLS a la cabeza, han descartado que servicios como el de transporte, el del sector minero, la educación, los servicios estatales de acuñación de moneda, los monopolios estatales del alcohol, tabaco y sal, la producción petrolera, puedan considerarse como servicios públicos esenciales. en los cuales es inadmisibles la prohibición del derecho de huelga.

58. Por otra parte, se ha dejado claro que pueden existir restricciones en el ejercicio mismo del derecho, a fin de garantizar la seguridad y la prestación de un servicio mínimo, particularmente cuando la extensión y duración de la huelga puedan generar "una situación de crisis nacional aguda tal que las condiciones normales de existencia de la población podrían estar en peligro". En estas materias, se pueden reseñar algunas decisiones del CLS, sobre

la misma base en cuanto a las restricciones del derecho de huelga, sin distinguir en la legislación permanente entre aquéllas que son auténticamente esenciales y las que no lo son”.

59. “El principio sobre prohibición de huelgas en los ‘servicios esenciales’ podría quedar desvirtuado si se tratar de declarar ilegal una huelga en una o varias empresas que no prestaran un ‘servicio esencial’ en el sentido estricto del término, es decir, los servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad, o la salud de la persona en toda o parte de la población”.

60. “Las restricciones impuestas al derecho de huelga en ciertos sectores con el fin de hacer respetar los reglamentos de seguridad, constituyen restricciones normales (...) parece legítimo que un servicio mínimo pueda establecerse en los casos de huelgas cuya extensión y duración pudieran provocar una situación de crisis nacional aguda tal que las condiciones normales de existencia de la población podrían estar en peligro. Para ser aceptable un servicio mínimo debería limitarse a las operaciones estrictamente necesarias para no comprometer la vida o las condiciones normales de existencia de toda o parte de la población...”

61. Intervención de la policía durante la huelga. Siempre dentro de la premisa de que las organizaciones sindicales deben respetar la legalidad, es necesario afirmar que la huelga, en cuanto a derecho protegido, ha de desarrollarse en forma pacífica y sin atentar contra el orden público.

62. En cierta oportunidad, al examinar algunas quejas, el CLS dijo: “...el recurrir a la policía para romper una huelga habría constituido una violación de los derechos sindicales”.

63. Asimismo, al examinar el caso N° 1046 contra Chile, el CLS dijo: “En lo tocante a los alegatos relativos a las intervenciones de la policía durante la huelga de El Teniente, el Comité, al tiempo que toma nota de que, según el gobierno, se procedió a la detención de agitadores ajenos a la misma, observa que, de acuerdo con detalladas informaciones expuestas en las quejas, la policía intervino repetidamente durante el conflicto y detuvo a mineros y

esposas de los huelguistas. A este respecto, el Comité desea poner de relieve que las autoridades sólo deberían recurrir a la fuerza pública cuando se produce un movimiento de huelga si la situación entraña cierta gravedad o si se halla realmente amenazado el orden público"...²³

64. Piquetes de huelga. La doctrina del CLS y los órganos de control han dicho que los piquetes de huelga no deben ser objetos de entrabamiento legal, siempre y cuando con ellos no se perturbe el orden público, advertencia que resulta apenas obvia si se tiene en cuenta la premisa anteriormente señalada en el sentido de respetar la legalidad del respectivo país, legalidad que a su vez debe estar conforme a los convenios sobre la libertad sindical.

65. El CLS ha considerado inadmisibile que se considere ilegal la participación en piquetes de huelga o la incitación pacífica a la participación de los demás trabajadores en el cese de actividades.

66. Sanciones y despidos por la participación en una huelga. Los órganos de control se han ocupado de ambos temas. En materia de sanciones, la preocupación mayor ha sido en cuando a las: a) sanciones de tipo penal, las cuales, normalmente, no existen en el caso colombiano. Pero, además de las sanciones de tipo penal, los órganos de control han rechazado todo tipo de sanciones por el sólo hecho de participación en la huelga, admitiendo que, en algunos casos, pueden darse sanciones por acontecimientos ocurridos durante la huelga, ya que pueden significar una conducta punible; pero, en tal caso, las sanciones deberán guardar una estricta proporcionalidad con la magnitud de la falta cometida, so pena de convertirse en abuso violatorio de la libertad sindical.

67. En cuanto a los despidos, el Comité ha expresado en forma reiterada su preocupación por cuanto pueden configurar actos verdaderos de discriminación antisindical.

23 *Boletín Oficial*, vol. LXIV, 1981, serie B, N° 3, párrafo 324.

68. Sobre estos temas creo pertinente reseñar los siguientes textos: "Toda sanción por acciones de huelga debería guardar proporción con la falta cometida". Las detenciones y despidos en masa de huelguistas implican graves riesgos de abusos y un peligro serio para la libertad sindical".

69. "Cuando se despide a sindicalistas o dirigentes sindicales por hechos de huelga, el Comité no puede sino (sic) llegar a la conclusión de que se les está perjudicando por su acción sindical y de que están sufriendo discriminación antisindical en violación del artículo 1º del Convenio N° 98".

70. "El recurso a medidas extremadamente graves como el despido de trabajadores por haber participado en una huelga y rehusar su reingreso implican graves riesgos de abuso y constituyen una violación de la libertad sindical".

71. Anteriormente decía que, en Colombia, las sanciones penales por participar en un movimiento huelguístico no son normales. Empero, cabe recordar que en varias oportunidades la participación en movimientos considerados "ilegales" ha sido sancionada con penas de arresto, generalmente aplicadas por autoridades policiales, amparándose para ello el Gobierno en el antiguo estado de sitio regulado en el artículo 121 de la desaparecida Constitución de 1986. Sobre este punto, en concreto, el CLS ha dicho: "De manera general, las autoridades no deberían recurrir a medidas de detención por el mero hecho de participar y organizar una huelga pacífica".

72. "Asimismo, el Comité desea añadir que la detención de un dirigente sindical por instigar a lo que se considera una huelga ilegal debería ir acompañada de garantías judiciales adecuadas, aplicadas sin demora. En el presente caso se declara que el Sr. Peres Altamiro fue puesto en libertad, al parecer sin haber sido sometido a la autoridad judicial competente. Por consiguiente, el Comité señala a la atención del Gobierno la importancia de este

24 *Boletín Oficial*, vol. LXV, 1982, serie B, N° 3, 218º informe, caso N° 1148, contra Nicaragua, párrafo 123.

derecho fundamental para el ejercicio de los derechos sindicales”²⁴.

73. Libertad de reunión. Los organismos de control de la OIT han reiterado que la libertad de reunión es uno de los elementos inherentes al derecho mismo de libertad sindical. En este orden de ideas, el CLS ha considerado inadmisibles toda intervención de las autoridades públicas que pueda conducir a limitar este derecho o a obstaculizar su ejercicio, hecha la salvedad de un peligro grave e inminente para el mantenimiento del orden público. Ha dicho el CLS que el derecho de las organizaciones a celebrar reuniones en sus locales para el examen y discusión de las cuestiones sindicales no debe requerir autorización previa y debe estar exenta de injerencias de las autoridades.

74. El pleno ejercicio del derecho de reunión incluye el derecho de los representantes sindicales para acceder a los lugares de trabajo, el de redactar con plena libertad el orden del día de cada reunión así como otras facilidades que sean requeridas.

75. Por otra parte, las autoridades policiales y militares se han de abstener de intervenir durante las reuniones sindicales. Ese es el sentido de las decisiones que a continuación se reseñaron: “Una intervención policial y militar durante una reunión sindical constituye una violación de la libertad sindical”. “Imponer (...) la obligación de admitir la presencia de las autoridades en reuniones sindicales constituye una restricción a la libre actividad de los sindicatos”. “Una situación en la que se requiera autorización previa para celebrar reuniones sindicales, la presencia de la policía en las reuniones sindicales, la presencia de la policía en las sesiones y la obligación de presentar copias de las actas, es manifiestamente incompatible con el principio de la no intervención de los gobiernos en la celebración y desarrollo de las reuniones sindicales”.

76. También ha dicho el CLS que toda disposición que permita la presencia de otras autoridades, máxime cuando están facultadas para intervenir en el debate, puede constituir una injerencia indebida incompatible con los convenios sobre libertad sindical.

77. Respeto y garantía de la propiedad sindical y de los locales sindicales. Los organismos de control de la OIT han dejado

sumamente claro que los sindicatos no constituyen un grupo dotado de inmunidades y privilegios para violar el régimen legal y que, por tanto, si en los locales sindicales se cometen actos delictivos o se esconden agentes activos de delitos, la autoridad judicial podrá ordenar el registro de locales, siempre guardando las garantías del debido proceso, cuando tenga motivos fundados para suponer que en esos locales se encuentran las pruebas necesarias para castigar un delito o que en ellos se refugia un delincuente común. El registro debe, en todo caso, limitarse a lo que haya motivado su decreto.

78. En ese orden de ideas se puede, por ejemplo, destacar la siguiente afirmación del CLS: "La inviolabilidad de los locales sindicales tiene como corolario necesario el que las autoridades públicas no puedan exigir la entrada en tales locales sin haber obtenido un mandato judicial que les autorice a ello".

79. Se ha entendido, sin lugar a dudas, que la protección adecuada de los bienes sindicales constituye un elemento esencial para el pleno ejercicio de los derechos sindicales en su conjunto.

80. Derecho de los trabajadores y de los empleadores de constituir las organizaciones que consideren convenientes y de afiliarse a ellas, sin distinción alguna y sin autorización previa. Por la amplitud del tema englobado en este título, seguiré siempre atendiendo los criterios establecidos por los órganos de control, la metodología ensayada en el tema anterior de ir subtitulando los puntos específicos que se recogen en relación con el examen del tema.

81. En primer término, es necesario decir, como ya se señaló desde el principio de este trabajo, que siempre se ha entendido que la libertad de organizar los sindicatos es de la mayor amplitud, a criterio de los grupos que los organicen, trátase de trabajadores o de empleadores. Así las cosas y para no convertir este resumen en la innecesaria repetición de lo ya dicho, remito a la primera parte del informe, donde además se retoman algunas de las consideraciones discutidas durante la preparación del instrumento inicial sobre libertad sindical (Convenio N° 87).

(Ver *supra*, párrafos 24 a 28).

82. Una limitación que realmente se admite como posible, más que necesaria, es la que tiene que ver con las fuerzas armadas y de policía. No obstante, esta restricción no permite que, mediante una concepción extensiva de la noción de fuerzas armadas y de policía, se incluya en ellas, por ejemplo, a los bomberos y a los funcionarios penitenciarios, sin perjuicio de que tales actividades llegaran a ser consideradas como servicios esenciales a efecto de que los sindicatos de estos grupos no puedan llegar a la huelga o puedan hacerlo con restricciones²⁵.

83. Una de las cuestiones que ha sido examinada por los órganos de control es la de los sindicatos únicos y los sindicatos más representativos. Se ha dicho concretamente que si bien la unidad sindical es laudable y deseable, a ella se debe llegar por la vía del consenso entre los sindicalizados y no por imposición legal. Es inadmisibles, pues, cualquier prohibición de pluralidad de sindicatos en una misma empresa, rama de actividad, profesión u oficio: la inexistencia de un solo sindicato constituye ante todo una opción de quienes tienen la capacidad de sindicarse.

84. En cuanto a los sindicatos más representativos, el CLS ha dicho que cualquier privilegio que se reconozca a un sindicato en cuanto se le considera más representativo, debe obedecer a criterios objetivos y en ninguna forma puede prestarse para parcialidad o abuso de parte de las autoridades o de los empleadores.

85. Vale la pena reseñar los siguientes textos: "... la unidad del movimiento sindical no debe ser impuesta mediante la intervención del Estado por vía legislativa, pues dicha intervención es contraria a los artículos 2 y 11 del Convenio N° 87. Al consagrar la expresión "organizaciones que estimen convenientes", la CIT entendía también "consagrar el derecho de todo grupo de trabajadores (o de empleadores) a constituir una organización fuera de la ya existente, si considera preferible esta solución para la defensa

25 Estudio general citado, párrafo 87.

de sus intereses materiales o morales”.

86. “Los criterios en que se inspire la distinción entre organizaciones más o menos representativas, tienen que ser de carácter objetivo y fundarse en elementos que no ofrezcan posibilidad de parcialidad o abuso”.

87. En cuanto al derecho de constituir los sindicatos sin previa autorización, han sido numerosos los pronunciamientos de los órganos de control en cuanto que ello significa que todos, empleadores y trabajadores, pueden organizarse sindicalmente, sin necesidad de previa licencia, permiso o insinuación por parte de las autoridades o de cualesquiera otra entidad o persona. Sin embargo, se ha dicho que el derecho interno puede establecer algunos requisitos siempre y cuando con ellos no se infrinja el principio de libertad sindical y el otorgamiento de la aprobación de los estatutos no quede a criterio discrecional del funcionario. Es así como el CLS ha dicho, entre otras cosas, las siguientes: “Si bien es cierto que los fundadores de un sindicato deben respetar las formalidades previstas por la legislación, a su vez estas formalidades no deben, por su naturaleza, poner trabas a la libre creación de las organizaciones”.

88. Por otra parte, admitida por los organismos de control la posibilidad de que los Estados exijan la obligación del registro, fundamentalmente como cuestión de publicidad, éstos han advertido en todo caso que el registro no puede encubrir una autorización previa.

89. En igual forma, se ha considerado que la cancelación del registro sin previo proceso judicial, tiene el valor jurídico de una disolución o suspensión por vía administrativa.

90. “Aunque el procedimiento de registro con mucha frecuencia es un trámite meramente formal, en algunos casos la ley concede a las autoridades competentes facultades más o menos discrecionales para decidir si la organización cumple los requisitos descritos para su inscripción en el registro, con lo que se crea una situación análoga a la existencia de ‘autorización previa’. Surgen situaciones parecidas cuando un procedimiento de inscripción en

el registro es complicado y largo o la lentitud con que las autoridades administrativas competentes pueden ejercer a veces sus facultades, que en la práctica pueden representar un obstáculo serio a la creación de un sindicato y, en definitiva, la privación del derecho a crear una organización sin autorización previa”.

91. Derecho de redactar los estatutos y reglamentos. Es en esta materia donde muchas veces se encuentra una solapada violación de la plena libertad sindical, por lo cual es bien importante examinar con detención los pronunciamientos de los órganos de control sobre la materia. Lo primero es decir que la potestad de redactar los estatutos de la organización sindical compete exclusivamente a sus miembros, no obstante lo cual es admisible que la legislación enumere los aspectos fundamentales que deben contener los estatutos, pero sin darles contenido. Es así como los modelos oficiales de norma estatutaria -salvo en aspectos de pura forma- no pueden hacerse obligatorios para los sindicatos, so pena de incurrir en violación de los principios y derechos de la libertad sindical. Igual que la elaboración y expedición de los estatutos correspondientes a los socios, también es competencia de ellos introducirles modificaciones.

92. “Una legislación que reglamenta minuciosamente los procedimientos electorales internos de un sindicato y la composición de sus órganos directivos, fija los días de reunión, la fecha precisa de la asamblea anual y la fecha en que concluirán los mandatos de los dirigentes, es incompatible con las garantías reconocidas a los sindicatos por el Convenio N° 87”.

93. “Toda obligación impuesta a un sindicato -aparte de ciertas cláusulas de pura forma- de copiar sus estatutos sobre un modelo forzoso sería contraria a las reglas que garantizan la libertad sindical”.

94. Derecho de elegir libremente a los representantes del sindicato. Acabo de indicar que no resulta admisible dentro de los marcos del Convenio N° 87 que la ley imponga las condiciones de elección de los representantes sindicales, aún cuando algunas precisiones mínimas puedan hacerse. Del derecho de libertad sin-

dical es obvio que emana en forma natural y directa el derecho de los sindicatos a elegir libremente a sus representantes; es más, es ésta una condición fundamental e indispensable para garantizar en forma efectiva la independencia del movimiento sindical.

95. La facultad de elegir libremente a sus representantes abarca el derecho de definir en la norma estatutaria las condiciones de elegibilidad, la forma de hacer las elecciones, las calidades y requisitos exigidos para ser elegibles, etc.

96. Los órganos de control han sido especialmente sensibles en lo que tiene que ver con la injerencia de las autoridades administrativas en el control de los procesos electorales de las organizaciones sindicales, advirtiendo que ese control debe quedar en manos de las autoridades judiciales. Asimismo, se ha señalado que las normas que definen determinado número de integrantes para las juntas directivas de los sindicatos deben estar contenidas exclusivamente en los estatutos, entendiendo que cuando es la ley la que hace esa definición hay lugar a una intromisión indebida en la cuestión interna de las organizaciones sindicales.

97. De igual manera, los órganos de control han considerado inadmisibles la exigencia de que los representantes o dirigentes del sindicato sean trabajadores activos de la empresa o de la actividad o profesión a la que pertenece la organización.

98. Sobre este tema, vale la pena tener en cuenta, entre otras muchas, las siguientes manifestaciones de los Comités de Expertos de la OIT: "La Comisión estima que una legislación que reglamente minuciosamente los procedimientos de elección interna de los sindicatos es incompatible con los derechos reconocidos a los sindicatos por el Convenio N° 87. En efecto, cabe considerar que una reglamentación detallada de las elecciones sindicales mediante una reglamentación que fije reglas precisas a este respecto limita el derecho de las organizaciones a elegir libremente a sus representantes y puede constituir una especie de fiscalización a priori del proceso electoral, susceptible de facilitar también la intervención de las autoridades públicas en el desarrollo de la votación".

26 Estudio general citado, párrafo 172.

(El subrayado pertenece al texto original)²⁶.

99. "Para que se reconozca plenamente este derecho es menester que las autoridades públicas se abstengan de intervenciones que puedan entorpecer el ejercicio de ese derecho, ya sea en la fijación de las condiciones de elegibilidad de los dirigentes o en el desarrollo de las elecciones mismas".

100. "La Comisión considera que las disposiciones legislativas que prevén la intervención de ciertas autoridades administrativas en los procedimientos electorales (por ejemplo, la presencia obligatoria de los inspectores de trabajo o de representantes de la administración del trabajo mientras se efectúa la votación, o la participación de dichos funcionarios en el recuento de votos) pueden constituir una injerencia incompatible con el Convenio N° 87. En efecto, en el caso de que las disposiciones en cuestión tengan por objeto prevenir conflictos o garantizar el respeto a los estatutos o de la ley, la intervención de las autoridades administrativas puede resultar arbitraria; de resultar necesaria una fiscalización, parecería más conveniente que la ejerciera una autoridad judicial competente a fin de garantizar un procedimiento imparcial"²⁷.

101. "Con respecto al resultado de las elecciones, la Comisión estima que hay injerencia de las autoridades administrativas, incompatible con el Convenio N° 87, cuando los resultados deben ser aprobados por el Ministerio del Trabajo o cuando la elección sólo puede ser válida cuando ha sido homologada por las autoridades administrativas"²⁸.

102. "El control de las elecciones debería, en última instancia, ser competencia de las autoridades judiciales".

103. "El Comité (...) recordó, como lo había hecho en nume-

27 Estudio general citado, párrafo 173.

28 Estudio general citado, párrafo 174.

rosas ocasiones con anterioridad, que en materia de impugnaciones de elecciones sindicales, las autoridades públicas deben abstenerse de toda intervención que pudiera limitar el derecho de las organizaciones a elegir libremente a sus representantes y organizar su gestión, y que para garantizar la imparcialidad y la objetividad del procedimiento conviene que el control de las elecciones sindicales corra a cargo de las autoridades judiciales competentes”²⁹.

104. “Las disposiciones de la legislación nacional que exigen que todos los dirigentes sindicales pertenezcan a la actividad en que el sindicato ejerce sus funciones pueden poner en peligro las garantías previstas en el Convenio. En efecto, en estos casos el despido de un trabajador que ejerce un puesto de dirigente sindical, puede obstaculizar la libertad de acción de la organización y el derecho de los trabajadores a elegir libremente a sus representantes e incluso a favorecer actos de injerencia por parte del empleador”.

105. “Una disposición que fija como condición de elegibilidad la obligación de estar afiliado a la organización un año como mínimo podrá ser interpretada en el sentido de que todos los dirigentes sindicales deben pertenecer a la profesión o trabajar en esa empresa cuyo sindicato representa a los trabajadores. En este caso, por aplicarse a todos los responsables de las organizaciones sindicales dicha obligación, sería incompatible con los principios de la libertad sindical”.

106. “Una disposición que exige como requisito para ser dirigente sindical tener una antigüedad como miembro del sindicato no inferior a seis meses supone una limitación importante al derecho de las organizaciones de trabajadores de elegir libremente a sus representantes”.

107. **Garantía de un proceso regular.** En esta materia, el CLS

29 *Boletín Oficial*, vol. LXVII, 1984, serie B, N° 3, 236° informe del CLS, caso N° 1238, contra Grecia, párrafo 248.

ha sido reiterativo: nada puede excusar al pleno cumplimiento de esta garantía, tanto en la legislación como en la práctica. La ausencia de garantías para un proceso judicial justo, independiente e imparcial o su desconocimiento en la praxis, son susceptibles de conducir a abusos que muchas veces presentan como resultado el que los dirigentes sindicales resulten víctimas de decisiones infundadas, vía por la cual se llega fácilmente a "crear un clima de inseguridad y de temor susceptibles de influir en el ejercicio de los derechos sindicales".

108. Cuando un gobierno tenga "motivos fundados para creer que las personas detenidas están implicadas en actos de naturaleza subversiva, éstas deben ser puestas rápidamente a disposición de la justicia a fin de que sean juzgadas beneficiando (sic) de las garantías de un procedimiento judicial normal".

109. Detención preventiva-arresto. Ha dicho el CLS que la detención prolongada de personas antes de someterlas a un procedimiento judicial resulta contraria al derecho que tiene todo detenido a tener un juicio equitativo, independiente e imparcial. Ha hecho hincapié también este organismo en la gran importancia de que toda persona detenida sea informada desde el momento mismo de su detención y sin dilación alguna de las razones por las cuales se le priva de la libertad, así como de la acusación que se le formula³⁰.

110. Considera el Comité que la detención prolongada de personas sin que se les someta a juicio, por las dificultades para recaudar las pruebas según los procedimientos normales, "encierra el peligro de abusos y por ello es criticable".

111. En esta materia, el CLS ha llegado incluso a emitir pronunciamientos sobre la detención preventiva, del siguiente tenor: "Las medidas de detención preventiva pueden implicar una seria

30 Véase Estudio General (ver la nota N° 18 y caso N° 1054 (Marruecos).

injerencia en las actividades sindicales, que sólo se justificaría en caso de una crisis o de una situación grave y que podría dar lugar a críticas, de no estar rodeada de garantías judiciales adecuadas, aplicadas dentro de plazos razonables” y “la detención preventiva debe estar rodeada de una serie de garantías y límites: 1) que aseguren en particular que la detención no será prolongada más allá de lo estrictamente necesario ni estará acompañada de medidas de intimidación; 2) que impidan que pueda ser utilizada con otras finalidades y que excluyan en especial los malos tratos (...) Las medidas de detención preventiva deben limitarse a períodos muy breves y destinadas únicamente a facilitar el desarrollo de la investigación judicial.”

112. Desde otro punto de vista, el CLS ha dicho: “En los casos relativos al arresto, detención o condena de un dirigente sindical, el Comité, estimando que el interesado debería beneficiar (sic) de una presunción de inocencia, consideró que correspondía al Gobierno demostrar que las medidas adoptadas por él no tenían su origen en las actividades sindicales de aquél a quien se aplicaban”.

113. Dada la frecuencia con la cual se asimila la organización toda a determinadas actividades de alguno o algunos de sus dirigentes, el CLS en el párrafo 555 de su 197º informe, al estudiar el caso Nº 909 contra Polonia: “El Comité ha recordado en varias ocasiones que el hecho de ejercer alguna actividad sindical o de estar en posesión de un mandato sindical no implica inmunidad alguna con respecto, en particular, al derecho penal ordinario. Las condenas pronunciadas sobre esta base contra ciertos sindicalistas no debería (sic) por otro lado, conducir, a las autoridades a adoptar una actitud negativa con respecto a la propia organización de que dichas personas formen parte junto con otras. En el caso presente, el Comité nota que el Gobierno no ha respondido a los alegatos según los cuales varios militantes de tales organizaciones serían objeto de hostigamiento. En todo caso es importante que los trabajadores que se adhieran a estas organizaciones puedan hacerlo en un clima de plena seguridad”.

114. **Control de los fondos sindicales y la contabilidad.** El CLS ha reprobado como contraria a los principios de libertad sin-

dical toda disposición que permita a las autoridades restringir a un sindicato la administración e inversión de sus fondos, conforme a los estatutos y dentro de sus objetivos sindicales.

115. No obstante, se ha considerado admisible un cierto control, mediante la presentación periódica de balances que den cuenta del estado financiero de la organización, a condición de que los funcionarios encargados de la revisión tengan calificación profesional, independencia de la administración y control judicial, reservando en todo caso a los jueces la potestad de aplicar sanciones. Tampoco se han considerado obstáculo para el derecho de asociación las disposiciones que exigen el registro y numeración de las páginas de los libros ante el Ministerio del Trabajo, por cuanto esta medida en principio sólo tiende a evitar posibles fraudes.

116. El CLS ha dicho, entre otras cosas: "La congelación de las cuentas de un sindicato puede constituir una grave injerencia de las autoridades en las actividades sindicales (...) El control de las autoridades públicas sobre los fondos sindicales debería limitarse normalmente a la presentación periódica de balances financieros. Si las autoridades tienen la facultad de inspeccionar o pedir información en cualquier momento, existe el peligro de injerencia en la administración de los sindicatos".

117. Igualmente, ha señalado: "El principio general relativo al control judicial del funcionamiento interno de una organización profesional para garantizar un procedimiento imparcial y objetivo es especialmente importante respecto de la administración de los bienes de los sindicatos y de su gestión financiera".

118. "Una investigación de la situación financiera de un sindicato no debe efectuarse más que en casos excepcionales, es decir, cuando está justificada por circunstancias especiales, por ejemplo, con motivo de supuestas irregularidades aparentes en las cuentas financieras anuales o por ser objeto de una denuncia formulada por uno de los miembros del sindicato".

119. Administración de las organizaciones, gestión y admi-

nistración de los recursos. El CLS ha señalado que la asamblea o congreso de la organización es la máxima autoridad y a ella corresponde determinar, en consonancia con sus estatutos, los reglamentos, la administración y el programa de acción de los sindicatos. Los sindicatos deben tener completa libertad para utilizar los servicios de expertos, además de los dirigentes electos. Así, si nada debe oponerse a que los dirigentes sindicales puedan ser contratados por la organización a cambio de una remuneración (profesionalizados), tampoco debe haber impedimento para que las organizaciones contraten peritos, abogados, contadores, etc. para los asuntos que requieran un conocimiento calificado, a juicio del sindicato mismo.

120. Este derecho abarca el de definir sus presupuestos, determinar la forma de llevar la contabilidad y de aprobar los gastos, sin injerencia de los funcionarios estatales ni de los empleadores, obviamente sin perjuicio de que haya un control judicial sobre las malversaciones del dinero o bienes sindicales, control que debe hacerse, bien a denuncia de uno de los miembros de la organización o bien de las autoridades administrativas, cuando -en este último evento- se tratara de evidentes irregularidades. En todo caso, parece extraña a la naturaleza de este derecho la facultad de los empleadores de solicitar la intervención estatal en el examen de los fondos sindicales, igual que resulta extraña cualquier otra injerencia sobre los asuntos de la organización.

121. Derecho de las organizaciones sindicales a constituir federaciones y confederaciones. Los órganos de control de la OIT y, en particular el CLS, han hecho hincapié en que el derecho consagrado en el Convenio N° 87 para constituir las organizaciones que trabajadores y empleadores estimen convenientes supone necesariamente el derecho de éstas para constituir federaciones y confederaciones y afiliarse a ellas, trátase de federaciones o confederaciones de carácter nacional o internacional.

122. En el mismo orden de ideas, a las federaciones y confederaciones se les aplican todas las disposiciones del Convenio pertinente, no siendo pues admisible que el reconocimiento de personería jurídica de estas entidades quede sujeto a que obtengan per-

misos previos o a que cumplan con requisitos que desvirtúen el derecho mismo a existir que tienen conforme al Convenio. Deben estar protegidas contra todo acto de injerencia estatal o de los empleadores, en los mismos términos de los sindicatos. Este derecho implica, por supuesto, el de que haya comunicación entre las diversas organizaciones afiliadas con la que las agrupa y entre ellas mismas.

123. Discriminación antisindical. Han dejado claro los órganos de control que nadie debe ser objeto de discriminación en su trabajo por razón de su actividad sindical o de pertenencia a una organización de este tipo.

124. Esta protección ha de establecerse, fundamentalmente, para evitar todo acto que pueda conducir al despido de un trabajador por razón de su pertenencia a una organización sindical. Es deber del Estado establecer los mecanismos de control que impidan la injerencia indebida de los empleadores en la actividad de los sindicatos y el castigo de la persecución a quienes se sindicalizan o promueven activamente la organización.

125. El CLS ha considerado en especial como actos de discriminación antisindical el despido, el descenso de grado, el traslado, la elaboración de "listas negras" y la jubilación obligatoria, entre otros, cuando existe un nexo entre la actividad sindical y las conductas señaladas.

126. Entre muchas decisiones de los órganos de control de la OIT, vale la pena destacar las siguientes "Como ya señalara en otras ocasiones el Comité, la legislación de un país no concede protección suficiente contra los actos de discriminación antisindical cuando permite a los empleadores despedir a un trabajador sin justa causa a condición de que paguen la indemnización prevista en la ley: en efecto, ello significa que, mediante el pago de esas indemnizaciones, el empleador puede despedir a cualquiera de sus empleados, incluso por realizar actividades sindicales, sin que las autoridades públicas puedan impedirlo. La protección es particularmente necesaria en el caso de los dirigentes sindicales que, para poder cumplir su mandato sindical con total independencia,

deben contar con la seguridad de que no serán perjudicados por motivo del mismo. Esta garantía es además necesaria para asegurar el respeto del principio según el cual las organizaciones de trabajadores tienen derecho a elegir libremente a sus representantes”³¹.

127. “En lo que atañe a los traslados de los maestros que participaron en la huelga, el Comité aún tomando nota de las declaraciones del Gobierno, desea poner de relieve que uno de los principios fundamentales de la libertad sindical es que los sindicalistas deben gozar de protección adecuada contra todo acto de discriminación que pueda menoscabar su libertad en materia de empleo, suspensiones, traslados, retrogradaciones y otros actos perjudiciales. El Comité ha indicado también que una política de traslado de sindicalistas puede perjudicar el buen funcionamiento de las actividades sindicales”³².

128. “El Comité recuerda, a este respecto que, en virtud de este Convenio, un gobierno debe, llegado el caso, adoptar medidas eficaces para que ningún trabajador sea objeto de discriminación en el empleo debido a su afiliación o a su actividad sindical, ya sean presentes o pasadas”³³.

129. “El Comité ha estimado que la existencia de disposiciones básicas que prohíben los actos de discriminación antisindical no es suficiente si tales disposiciones no van acompañadas de procedimientos eficaces que garanticen su aplicación en la práctica. Así, por ejemplo, a menudo puede resultar difícil, si no imposible, que un trabajador suministre pruebas de un acto de discrimina-

31. *Boletín Oficial*, vol. LXIV, 1984, serie B, núm 1, caso N° 1053, contra la República Dominicana, 211º informe, párrafo 163.

32. *Boletín Oficial*, vol. LXIV, 1981, serie B, N° 3, caso N° 1020, contra Malí, 211º informe, párrafo 250.

33. *Boletín Oficial*, vol. LXVII, 1984, serie B, N° 2, casos núms. 999 y 1029, contra Turquía, 235º informe, párrafo 38.

34. *Boletín Oficial*, vol. LXIV, 1981, serie B, N° 2, caso N° 1017, contra Marruecos, 208º informe, párrafo 40; véase asimismo CLS, recopilación, párrafo 567.

ción antisindical del que hubiere sido víctima”³⁴.

130. “...En casos relativos a alegatos de discriminación anti-sindical, el Comité se ha referido a la dificultad que puede tener un trabajador para establecer la prueba de que estima ha sido víctima y ha recordado la Recomendación sobre los representantes de los trabajadores, 1971 (Nº 143), que preconiza, como medida para garantizar la protección efectiva de dichos representantes, que se imponga al empleador la obligación de probar que su acto estaba justificado”³⁵.

131. Protección contra la injerencia de los empleadores en las organizaciones de trabajadores. El Convenio Nº 98 rechaza tanto la injerencia del Estado en forma indebida en las organizaciones sindicales, sean éstas de empleadores o de trabajadores, como la injerencia de unas organizaciones en otras. Es obvio que, tratándose de organizaciones de trabajadores, éstas deben estar protegidas contra la injerencia, organizada o no, de los empleadores, y así lo ha entendido el CLS en diversos pronunciamientos. Entre las manifestaciones del CLS, caben destacar las siguientes: “Sería conveniente que el Gobierno estudiara la posibilidad de adoptar disposiciones claras y precisas para proteger eficazmente a las organizaciones de trabajadores contra esos actos de injerencia (patronal). Es necesario que el Gobierno establezca de manera explícita, recursos y sanciones contra los actos de injerencia de los empleadores respecto de los trabajadores, con objeto de asegurar la eficacia práctica del artículo 2º del Convenio Nº 98.”

132. “Las circulares publicadas por una compañía invitando a los trabajadores a declarar a qué sindicato pertenecían, aún cuando no tuvieran por objeto interferir en el ejercicio de los derechos sindicales, pueden naturalmente considerarse como que implican tal injerencia”.

133. Derecho de negociar y celebrar convenios colectivos. Los órganos de control han entendido que este derecho es de alcance

35 *Boletín Oficial*, vol. LXIV, serie B, Nº 3, casos núms. 1035 y 1050, contra la India, párrafo 114.

general, de tal suerte que lo tienen no sólo los sindicatos de primer grado sino también las federaciones y confederaciones; asimismo, han entendido los órganos de control que si bien el Convenio N° 98 señala en su artículo 6° que no regula las relaciones entre los funcionarios públicos y la administración del Estado, es también verdad que el mismo advierte que no debe ser interpretado en menoscabo de los derechos de éstos. En desarrollo de este artículo, los órganos de control han entendido que la sola clasificación nominal que como funcionarios públicos sé de a los servidores del Estado, aún cuando se les aplique el mismo estatuto, no permite excluir masivamente a estos trabajadores de la esfera de protección del Convenio N° 98, debiendo atenderse a las atribuciones y responsabilidades como criterio fundamental para determinar si están o no fuera de los alcances del Convenio, como puede entenderse del texto que transcribo en el párrafo 136 *infra*.

134. Tomando simplemente algunos de los textos producidos por los organismos de control, transcribo los siguientes: "El Comité ha señalado la importancia que concede al derecho la negociación de las organizaciones representativas, estén o no registradas". "El Comité recuerda la importancia que da al principio de que tanto los empleadores como los sindicatos deben negociar de buena fe, realizando esfuerzos para llegar a un acuerdo (...) La Comisión de Investigación y de Conciliación en Materia de Libertad Sindical insistió en que la existencia de relaciones de trabajo satisfactorias depende primordialmente de la actitud recíproca de las partes y de su confianza mutua".

135. "Según la Comisión (de Expertos), el derecho a negociar libremente con los empleadores y sus organizaciones sobre salarios y condiciones de empleo constituye un aspecto fundamental de la libertad sindical. Los sindicatos deben poder ejercer este derecho sin que el mismo sea indebidamente obstaculizado por restricciones legales. La adopción de medidas restrictivas viola el principio según el cual las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen derecho a organizar sus actividades y a formular su programa de acción; además, es incompatible con el principio de fomento de la negociación colectiva. Por eso, no es compatible con el artículo 4° del Convenio N° 98 excluir de la ne-

gociación ciertas cuestiones relativas a condiciones de trabajo, exigir la aprobación previa de un Convenio colectivo para que pueda aplicarse y permitir que sea declarado nulo por ser contrario a la política económica del Gobierno. La Comisión recuerda que un sistema de homologación sólo es admisible en la medida en que ésta no pueda ser rehusada más que por cuestiones de forma, o bien en el caso de que las disposiciones del Convenio colectivo no estuvieran de acuerdo con normas mínimas establecidas por la legislación laboral”³⁶.

136. Precisamente, en un caso contra Colombia, el CLS se pronunció diciendo que no pareciera que, basándose en sus funciones, pudiera excluirse al personal del Instituto de Radio y Televisión del derecho a la negociación colectiva. “...La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha señalado que, si bien el concepto de funcionario público puede variar en cierta medida según los diversos sistemas jurídicos, la exclusión del campo de aplicación del Convenio (el N° 98) de las personas empleadas por el Estado o en el sector público, pero que no actúan como órganos del poder público -incluso cuando se les haya conferido un estatuto idéntico al de los funcionarios públicos en la administración del Estado-, es contraria al sentido del Convenio. La Comisión indicó que, por consiguiente, la distinción que debe establecerse debería ser fundamentalmente entre los funcionarios públicos empleados con diversas atribuciones en los ministerios gubernamentales u organismos semejantes, por una parte, y las demás personas empleadas por el Gobierno, por empresas públicas, o por instituciones públicas autónomas, por otra”.

137. Abstención de toda intervención por parte de las autoridades públicas. Suspensión y disolución de las organizaciones sindicales. Deliberadamente, he englobado estos temas en un sólo subtítulo y los he dejado para el final. A lo largo de este capítulo, en diversas oportunidades he señalado que las autoridades públicas deben abstenerse de toda injerencia e intervención indebida en

36 Estudio general citado, párrafo 311.

los asuntos internos de las organizaciones, sean éstas de trabajadores o de empleadores, y he ilustrado mis afirmaciones con textos, bien de la Comisión de Expertos o bien del CLS. No obstante lo anterior, es pertinente detenerse un momento para insistir en los campos que le están vedados a las autoridades, distinguir cuáles pueden ser aquéllos en los cuales se autoriza alguna intervención y con qué alcances, e insistir, en todo caso, en que, cuando la intervención puede poner en juego derechos de la organización o de sus afiliados, el Derecho Internacional del Trabajo autoriza sólo la intervención judicial, siempre y cuando -por supuesto- se realice con la plenitud de garantías propias de una justicia independiente, imparcial y eficaz.

138. Más que hablar de eventos de intervención o injerencia permitidos a las autoridades administrativas, es adecuado hablar de la forma como éstas pueden adelantar su función de vigilancia en orden a garantizar los derechos de todos. Ha sido tesis reiterada de los órganos de control de la OIT que en presencia de evidentes irregularidades en el manejo de los fondos, por decir algo, la autoridad administrativa debe acudir a la autoridad judicial; lo mismo, por ejemplo cuando se trata de perseguir actividades ilícitas agenciadas por miembros de la organización amparados en ella.

139. Entre los textos de los órganos de control, creo que conviene recoger los siguientes: al analizar el caso N° 823 contra el Gobierno de Chile, el CLS, en su 197° informe, dijo en el párrafo 386: "El Comité ha recordado a menudo la importancia que concede al derecho de los sindicatos de organizar su gestión y sus actividades. Como lo puso de relieve la Comisión de Expertos de Aplicación de los Convenios y Recomendaciones en su Estudio general sobre libertad sindical y negociación colectiva, publicado en 1973 ³⁷,

37 Con posterioridad al Estudio general citado en esta decisión por el CLS, se produjo otro, en 1983, que reproduce las tesis recogidas por el CLS en el caso N° 823 contra Chile. El nuevo Estudio General (de 1983) es frecuentemente citado en este trabajo.

el control que las autoridades públicas ejerzan sobre los fondos sindicales debería limitarse normalmente a la presentación periódica de estados financieros. Si las autoridades tienen la facultad discrecional de inspeccionar o pedir información en cualquier momento, existe un peligro de injerencia en la administración de los sindicatos. Las medidas de investigación deberían limitarse a casos excepcionales, cuando éstas se justifiquen por circunstancias especiales, por ejemplo cuando se presume que ha habido irregularidades sobre la base de estados financieros anuales o cuando las denuncien afiliados al sindicato. Además, el principio general relativo al control judicial del funcionamiento interno de una organización profesional para garantizar un procedimiento imparcial y objetivo es especialmente importante respecto de la administración de bienes de los sindicatos y de su gestión financiera³⁸.

140. Por su parte, la Comisión de Expertos, en su Estudio general de 1983, advirtió la necesidad de que los Estados establezcan normas de derecho positivo que protejan a las organizaciones contra la injerencia”³⁹.

141. Por otro lado, en el mismo documento, la Comisión de Expertos afirma: “La intervención de las autoridades públicas en la redacción de los estatutos de los sindicatos y en los procedimientos de elección y destitución entraña un grave riesgo de injerencia abusiva en los asuntos internos de las organizaciones”. “La índole de las autoridades llamadas a intervenir desempeña, pues, un gran papel en cuanto al respeto de los principios de la libertad sindical. La Comisión considera que estos principios no impiden ninguna fiscalización exterior de los actos internos de una organización si se estima o se alega que la ley o los estatutos han sido violados. Sin embargo, ya se trate de la elección o de la destitu-

38 *Boletín Oficial*, vol. LXIII, 1979, serie B, N° 3, caso N° 823, contra Chile, 1979 informe, párrafo 386.

39 Estudio general, párrafo 283.

ción de dirigentes sindicales o de la intervención de las organizaciones, las medidas adoptadas por las autoridades administrativas pueden resultar arbitrarias. Por este motivo, la fiscalización, en caso de ser necesaria, debe ser ejercida por autoridades judiciales que gocen de completa independencia”⁴⁰.

142. Respecto de la suspensión y disolución de organizaciones sindicales, a pesar de la claridad meridiana del texto del Convenio N° 87, han sido necesarios diversos pronunciamientos de los órganos de control, de los cuales he escogido los siguientes: al examinar el caso N° 1189 contra Kenya, en su 239° informe, el CLS dijo: “A este respecto, el Comité quisiera señalar que la cancelación del registro de una organización equivale a su suspensión o disolución por el registrador de sindicatos, medida incompatible con el principio según el cual las organizaciones de trabajadores y de empleadores no deben ser disueltas por una autoridad administrativa”⁴¹.

143. Otros pronunciamientos sobre la cuestión, hechos por el CLS, son: “El Comité ha estimado que, en vista de las graves consecuencias que tiene para la representación profesional de los trabajadores la disolución de su sindicato, parecería preferible para el desarrollo de las relaciones laborales que tal medida sea tomada sólo como último recurso, después de agotados otros medios menos drásticos para la organización en su conjunto”. “Las medidas de suspensión de la personalidad jurídica de las organizaciones sindicales implican graves restricciones de los derechos de defensa que sólo pueden estar plenamente garantizados mediante un procedimiento judicial ordinario”.

144. “Los jueces deben poder conocer a fondo el asunto tratado, a fin de determinar si las disposiciones en que se basan las me-

40 Estudio general, párrafo 179.

41. *Boletín Oficial*, vol. LXVI, 1983, serie B, N° 3, caso N° 1189, contra Kenya, 230° informe, párrafo 686.

didas administrativas recurridas infringen o no los derechos reconocidos a las organizaciones profesionales por el Convenio N° 87. En efecto, si la autoridad administrativa tiene poder discrecional para registrar o cancelar el registro de un sindicato, la existencia de un recurso judicial de apelación no parece una garantía suficiente; en tales casos, los jueces no tendrán otra posibilidad que cerciorarse de que la legislación ha sido correctamente aplicada. El mismo problema puede plantearse en caso de suspensión o disolución de una organización profesional”.

145. “La disolución pronunciada por el Poder Ejecutivo en virtud de una ley dé plenos poderes o en ejercicio de funciones legislativas, del mismo modo que una disolución por vía administrativa, no permite asegurar los derechos de defensa, que sólo pueden ser garantizados por un procedimiento judicial normal, procedimiento que el Comité considerara esencial”.

146. “Las exigencias del desarrollo no deberían justificar el mantener todo el movimiento sindical de un país en una situación irregular desde el punto de vista legal y de esta manera impedir que los trabajadores ejerzan sus derechos sindicales y a las organizaciones desarrollar normalmente sus actividades. Un desarrollo económico y social equilibrado requiere la existencia de organizaciones fuertes e independientes que puedan participar en dicho desarrollo”.

147. “El artículo 4° del Convenio N° 87 dispone que las organizaciones de trabajadores y de empleadores no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa y, de conformidad con el artículo 6° del mismo instrumento, esta disposición se aplica también a las federaciones y confederaciones. La suspensión de disolución de las organizaciones profesionales por vía administrativa no ofrece de hecho todas las garantías que únicamente puede asegurar un procedimiento judicial normal. El mismo principio se aplica a los casos de disolución o de suspensión pronunciados en virtud de una ley o de un decreto: Un decreto de suspensión o de disolución de una organización constituye una medida administrativa contraria al artículo 4° del Convenio N° 87 y una ley que tuviera el mismo efecto sería incompatible con el artículo 8° de dicho

Convenio, a tenor del cual la legislación no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el Convenio. La cancelación del registro de un sindicato puede tener efectos idénticos o análogos a la suspensión o disolución, ya sea porque esa cancelación entraña en sí una disolución o porque los sindicatos no registrados se vean privados, en consecuencia, de importantes ventajas en el cometido de sus funciones profesionales”⁴²

148. “En vista de que la suspensión de los resultados de una elección puede tener efectos similares a la suspensión de la organización misma, el Comité señaló que cuando las medidas de suspensión son adoptadas por la autoridad administrativa se corre el peligro de que parezcan arbitrarias, incluso si son provisionales y temporales, y aún cuando vayan seguidas de una acción judicial”.

VI. Órganos de Protección

VI-A. Estructura de la OIT

149. Es fundamental recordar que la Organización Internacional del Trabajo es un organismo intergubernamental, persona jurídica de Derecho Internacional Público, no obstante lo cual su estructura es tripartita.

Significa esto que si bien son los estados quienes adquieren la calidad de miembros de la Organización, éstos serán representados por delegaciones compuestas por representantes de los Gobiernos respectivos, de los trabajadores y de los empleadores.

150. La estructura de la organización está integrada básicamente por la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT), que se reúne por lo menos una vez al año, el Consejo de Administración y la Oficina Internacional del Trabajo.

42 Estudio general citado, párrafo 227.

151. La CIT está compuesta por cuatro delegados de cada Estado miembro (dos del Gobierno, uno de los Trabajadores y uno de los Empleadores del respectivo miembro).

Los delegados y los Consejeros en representación de los trabajadores y de empleadores serán designados en acuerdo con las organizaciones más representativas de unos y otros. Los poderes de los Delegados y sus consejeros son examinados por la Conferencia que, por mayoría de los dos tercios de los delegados, podrá rechazar su admisión cuando encuentre que no fueron designados en la forma prevista por la Constitución.

152. El Consejo de Administración es elegido cada tres años, es tripartito y se reúne habitualmente tres veces al año.

Está integrado por 56 miembros de los cuales la mitad (28) son gubernamentales y de estos, 10 son de los países más industrializados y los otros 18 son elegidos por los demás delegados gubernamentales. Los delegados trabajadores eligen 14 y los delegados empleadores eligen 14.

Los miembros gubernamentales actúan en nombre de sus países, en tanto que los miembros trabajadores y empleadores actúan en representación de todos los delegados del respectivo grupo.

153. La Oficina Internacional del Trabajo constituye la Secretaría permanente de la Organización. Su dirección está a cargo del Director General, quien es designado por el Consejo de Administración.

En la Oficina laboran cerca de 3.000 funcionarios de más de 100 países.

La Oficina tiene la responsabilidad de preparar las reuniones de la Conferencia, del Consejo y de los otros organismos (Comisión de Expertos, Comisiones de Industria, reuniones regionales, Comité de Libertad Sindical, etc.) así como de preparar los informes que sirven de base a los trabajos de la Organización.

VI. B. Órganos que tienen responsabilidades de protección y control

154. En materia de Libertad Sindical la protección y el control se encuentran asignados fundamentalmente al Comité de Libertad Sindical, a la Comisión de Investigaciones y Conciliación en materia de Libertad Sindical, a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y a la Comisión de Normas de la Conferencia.

Estos organismos son integrados por el Consejo de Administración, excepto la Comisión de la Conferencia que es integrada por ésta.

Todos ellos cuentan con el apoyo de la Oficina Internacional del Trabajo y deben preparar en cada caso un informe que someten al Consejo de Administración o a la Conferencia.

155. El Comité de Libertad Sindical fue creado por el Consejo de Administración en 1951, ante la necesidad de tener un organismo especializado para hacer el estudio previo de los casos de violación de la libertad sindical, tanto en derecho como en los hechos.

156. El CLS tiene carácter tripartito. "Se compone de 9 miembros titulares que provienen de manera equitativa de los Grupos Gubernamental, de los Empleadores y de los Trabajadores del Consejo de Administración. Cada miembro lo es a título personal. El Consejo de Administración nombra igualmente 9 miembros suplentes llamados en un principio a participar en las reuniones sólo si, por cualquier razón, no se encontrara presente un miembro titular, con el objeto de mantener la composición inicial del Comité"⁴³. Cuando los miembros suplentes lo soliciten de manera expresa, se les autoriza, con la venia del Presidente, a asistir a las se-

43 Cfr. "Procedimiento para el examen de quejas por violaciones al ejercicio de la Libertad Sindical". Mimeografiado, OIT Junio de 1985, párrafo 31.

siones, estén o no presentes los miembros titulares. Así parezca obvio, vale la pena señalar que los miembros suplentes tienen los mismos deberes que los miembros titulares.

157. El mandato del CLS fue inicialmente el de informar a la Comisión de Expertos: a) que un caso no requería más examen, bien por imprecisión de la queja, bien porque los hechos señalados no configuraban violación a los derechos sindicales o bien porque la naturaleza de las quejas era esencialmente política; b) comunicar al mismo organismo que el caso requería un examen más detenido para que el Consejo de Administración tuviera elementos para solicitar del gobierno respectivo el **agreement** para una intervención de la Comisión de Investigación en materia sindical, órgano al que me referiré más adelante, a pesar de ser más antiguo que el CLS.

158. El propio Comité fue adecuando su mandato, sobre todo por cuanto encontró en numerosas oportunidades que si bien una queja determinada no requería un examen más a fondo, sí era pertinente formular ciertas observaciones sobre la situación sindical, en orden a que el Consejo de Administración llamase la atención de los gobiernos respectivos para corregir las irregularidades de hecho o de derecho que se hubieran establecido. El Consejo de Administración acogió la actuación del CLS y éste ha continuado actuando en consecuencia hasta la fecha.

La competencia del CLS es, exclusivamente, para examinar las cuestiones sobre la libertad sindical que le sean sometidas y, si los casos merecen un examen por parte del Consejo de Administración, formular a este organismo la recomendación pertinente. La titularidad para presentar quejas ante el CLS la tienen: las organizaciones de trabajadores y de empleadores del país concernido, directamente interesadas en la cuestión.

159. La Comisión de Expertos tiene como mandato "utilizar en la mejor forma posible y en la forma más completa" las memorias sobre convenios ratificados y "obtener las informaciones previstas en el formulario del Consejo de Administración y que pudieran parecer necesarias para completar las informaciones ya co-

municadas" (sic. Constitución). Ese mandato inicial fue posteriormente ampliado, pudiendo resumirse lo que interesa para Colombia así: la CE examina las memorias sobre convenios ratificados, las memorias sobre convenios no ratificados y las informaciones sobre sumisión de instrumentos a las autoridades competentes. La CE es integrada por el Director General, con personas de altas calidades, que son nombradas a título personal y que no representan a los gobiernos de sus países de origen y, por tanto, han de ser ajenas a las políticas que estos promuevan y no son objeto de instrucción por parte de los Estados. De ahí se deriva su naturaleza fundamentalmente técnica.

160. La CE tiene la responsabilidad de examinar de manera imparcial y objetiva la forma como los estados cumplen con las obligaciones impuestas por los convenios ratificados, "independientemente de las condiciones económicas y sociales imperantes en un país determinado"⁴⁴. Como se verá en un momento esta condición de objetividad es sumamente importante para evitar la distorsión de los alcances de los convenios.

161. Las deliberaciones de la CE se realizan anualmente en Ginebra (Suiza) y tienen carácter confidencial. Sus conclusiones pueden tener forma de solicitudes directas o de observaciones. Las primeras se transmiten a los gobiernos afectados, no son materia de publicación y pretenden aclarar puntos, solicitar informaciones o tocar aspectos técnicos; las observaciones se producen en casos de violaciones graves o persistentes y se publican en el informe de la CE; en algunas oportunidades, atendiendo a la magnitud del incumplimiento, la CE solicita a un gobierno suministrar informaciones detalladas antes de la próxima CIT, o a presentar memorias detalladas antes de la próxima CIT, o a presentar memorias detalladas antes de la fecha en la cual correspondería para deter-

44 Cfr. Informe de la CE 1977, primera parte, párrafo 31, citado por Von Potebsky y Bartolomei en su obra *La Organización Internacional del Trabajo*, Ed. Astuc, Buenos Aires, 1990.

minado Convenio a ese gobierno, o ambas cosas. También en ciertos casos de especial interés por su gravedad o por su reiteración, la CE llama la atención de la CACRECIT.

162. La Comisión de Investigación y Conciliación en materia de Libertad Sindical (CICLS) existe antes que el CLS. Fue creada en 1950 por el Consejo de Administración para examinar las quejas que sometiera a su consideración, fundamentalmente, el Consejo de Administración, pero también la CIT, cuando considerara del caso una encuesta.

La CICLS la integran personalidades independientes designadas por el Consejo de Administración que actúan en la misma forma que los miembros de las comisiones de encuestas atrás reseñadas. El examen de las quejas para que el Consejo de Administración determine si hay o no lugar a encuesta, lo hace inicialmente la mesa directiva del Consejo pero, desde su creación, le corresponde a la CLS, organismo que en pocos casos ha recomendado que un asunto sea elevado a la Comisión.

163. Cuando la CLS cree oportuno que el asunto sea elevado a la CICLS, recomienda al Consejo que "trate de obtener el acuerdo del gobierno interesado". Obtenido, el Consejo pasa a integrar la CICLS en la forma indicada.

164. Las quejas pueden ser sometidas a instancias del Consejo en la forma descripta; a instancias de la Conferencia Internacional del Trabajo (sobre una recomendación de la Comisión de Verificación y Poderes) o por un gobierno contra el cual se hubiera formulado una queja. Cuando se trata de quejas contra Estados Miembros de la ONU pero no de la OIT, se puede llegar a la CICLS en virtud del Convenio OIT/ECOSOC, aprobado por la AG de ONU y por la CIT.

165. Como lo indiqué antes, la Comisión de Normas de la CIT (CACRECIT) tiene integración tripartita. En todo caso, el examen de los casos se hace con criterios objetivos previamente acordados. El mandato de esta Comisión consiste básicamente en examinar las medidas adoptadas por los Estados para hacer efectivas las

normas de los convenios en los cuales tengan la calidad de partes y hacer el examen de los informes y memorias sobre convenios no ratificados y recomendaciones. Debatidos en su seno, los aspectos centrales que de los exámenes señalados se derivan, la Comisión presenta un informe a la CIT. El debate de la CACRECIT se realiza a partir del informe de CE. La Comisión efectúa, dentro de uno de los puntos del orden del día, un examen de "casos individuales", previa una lista de ellos presentada por la mesa de la Comisión, de países que ofrecen problemas importantes respecto de uno o más convenios o en materia de sumisión, lista que elabora con fundamento en las observaciones que la C.E., como se dijo, en su informe señala algunos casos que considera que por su importancia deben ser discutidos por la CIT.

La lista elaborada por la mesa no limita a la Comisión, la cual puede incluir en el examen de casos individuales otros casos importantes que figuren en una solicitud directa de la C.E..

166. La deliberación de esta Comisión sobre cada caso termina con una conclusión que es presentada por el Presidente y que es generalmente tenida en cuenta por la CE en sus estudios posteriores. El informe de la respectiva reunión incluye los diálogos sostenidos en el curso del examen de los casos individuales durante la misma y llama la atención de la CIT sobre los casos de mayor gravedad. Este informe se publica en las actas de la CIT y se propone a la plenaria para su adopción.

167. Además, el Director General tiene la facultad de designar representantes suyos para adelantar misiones de contactos directos *in loco*.

Este procedimiento data de 1968 y busca que el representante del Director analice con funcionarios del Gobierno interesado la manera de solucionar las dificultades para el cumplimiento de un Convenio ratificado o las que existan en materia de normas constitucionales o las dificultades para la ratificación de un Convenio.

El representante del Director debe contactar a las organizaciones de Empleadores y de Trabajadores del respectivo país.

El representante del Director, al término de la misión, debe presentar un informe detallado, dejando a disposición de la Comisión de Expertos las informaciones que les fueron suministradas.

VII. Los procedimientos

VII-A Control regular

168. La Comisión de Expertos y la Comisión de la Conferencia, fundan su actuar en el Control regular establecido en la Constitución de la Organización, a partir del examen de las memorias y de los informes.

169. Es de advertir que cualquier organización puede enviar comentarios directamente al Departamento de Aplicación de normas de la Oficina Internacional del Trabajo, en Ginebra, sobre el cumplimiento, en derecho o en los hechos, de los convenios.

Este Departamento es la dependencia de la Oficina que prepara los estudios de la CE.

VII-B. Procedimiento ante el Comité de Libertad Sindical (CLS)

170. Aquí es necesario señalar previamente que la organización afectada no necesariamente debe tener cobertura en todo el territorio nacional. Asimismo, el CLS ha recabado para sí el derecho de estudiar la naturaleza sindical de las organizaciones, sin sujetarse a las definiciones nacionales sobre el particular, de tal suerte que eventualmente puede aceptar quejas provenientes de organizaciones a las que el respectivo gobierno haya negado su personería jurídica o su carácter sindical o que han sido disueltas o que se encuentran en el exilio o que alguno de los firmantes de la queja, o todos, están fuera del país respectivo.

También tienen personería para presentar quejas ante el CLS las organizaciones internacionales de trabajadores y de empleado-

res que posean estatuto consultivo ante la OIT, así como las organizaciones de trabajadores y empleadores de carácter internacional que, sin tener estatuto consultivo, vean afectadas a sus organizaciones afiliadas con los hechos materia de la queja.

171. En igual forma, pueden proponer quejas ante el CLS los gobiernos. Para estudiar la admisibilidad de la queja, el CLS tiene en cuenta en primer lugar la titularidad de la entidad que formula la queja. Hay que decir que, si bien la OIT en general maneja un criterio de gran amplitud para la admisión de reclamaciones y quejas, está claramente definido por la doctrina de sus organismos y en particular del CLS, que no son admisibles las quejas anónimas o las presentadas por quienes -por temor a represalias- solicitan que sus nombres y lugares de origen permanezcan sin revelar.

172. Cuando, frente a hechos que ya han sido materia de conocimiento y pronunciamiento por parte del CLS, se presentan nuevas quejas, el Director General suele someterlas al Comité para que decida el curso de las mismas o su archivo. Es doctrina reiterada del CLS sobre un caso examinado a fondo y concluido, sólo puede reabrirse en el evento de que la nueva queja implique que se han reunido nuevas pruebas que se ponen a disposición del CLS.

173. Son condiciones formales de admisibilidad las siguientes: a) que la queja sea presentada por escrito; b) que venga debidamente firmada por el representante de la entidad (organización o gobierno) facultada para presentarla y c) que, en lo posible, debe acompañarse de las pruebas que apoyan los alegatos sobre violación de los derechos sindicales.

174. El simple envío de copias dirigidas a otras entidades o personas, aunque sean firmadas por organizaciones capaces de formular quejas ante el CLS, no constituye queja y por ende no pone en marcha acción alguna a CLS.

Tampoco se han considerado admisibles las quejas emanadas de asambleas y reuniones que no constituyen organizaciones per-

manentes o las que emanen de organizaciones con las cuales no es viable mantener correspondencia, bien por su existencia con dirección temporal o bien por desconocer la dirección del remitente.

175. Si la queja recibida, además de reunir los requisitos formales de admisibilidad que se acaban de señalar se refiere a hechos precisos relativos a la libertad sindical, el Director General hace saber al querellante que toda información complementaria que desee presentar deberá comunicarse a la Dirección dentro del mes siguiente. Este plazo es importante, por cuanto las informaciones complementarias que se envíen extemporáneamente pueden ser consideradas inadmisibles, salvo que el Comité determine que dichas informaciones constituyen elementos nuevos que el querellante pudo obtener dentro del plazo establecido.

176. Si la queja no pareciera estar suficiente justificada y el querellante guarda silencio, el Comité decidirá si conviene "adoptar otras medidas acerca de la misma". Lo mismo ocurre con las quejas que no se refieren a casos precisos de violación de la libertad sindical pero, en tales casos, el Director General, sin esperar a la reunión del Comité, está facultado para indicar a los que las presentan que el Comité sólo tratará de libertad sindical e invitarlos a precisar los montos específicos que en esta materia quisiera que fueran examinados por el Comité.

177. Es posible que una misma queja se reciba a través de un número plural de organizaciones habilitado para presentarla. En ese caso, el Director General no tiene la obligación de solicitar a todos los querellantes la presentación de informaciones complementarias. Generalmente lo hace a la organización central del país respectivo o, en su defecto, a los autores de la primera queja que se haya recibido, sin perjuicio de que cuando las circunstancias lo hagan aconsejable, se ponga en contacto con varias de las organizaciones querellantes. En el evento de un trámite con múltiples quejas, el Director General transmite al gobierno interesado una copia del primer ejemplar recibido, informándolo del nombre de los otros querellantes que han planteado textos idénticos o exactamente acerca de los mismos ítems.

178. Verificado que la queja o las informaciones complementarias recibidas en respuesta al acuse de recibo de ésta se encuentran debidamente fundadas, las mismas se transmiten al gobierno a la mayor brevedad, invitándolo a que, en un plazo determinado, que se señala en función de la siguiente reunión del Comité, comunique al Director General sus observaciones. En esta oportunidad, el Director General recuerda a los gobiernos la importancia que para el Consejo de Administración tiene que las respuestas gubernamentales sean presentadas en los plazos previstos.

179. Las respuestas de los gobiernos deben ser precisas en relación con los alegatos formulados por quienes presentan la queja y no deben limitarse a observaciones de carácter general. Transmitidas las quejas y las informaciones complementarias, pueden ocurrir varias eventualidades, de las cuales se destacan:

- el gobierno responde en forma precisa y clara los alegatos de los querellantes y, en este caso, el CLS define si no hay lugar a continuar el examen de la queja o cuáles son las medidas que deben tomarse en relación con ella;
- que las declaraciones del gobierno y los alegatos de la queja sean contradictorios y ni una ni otros aporten elementos probatorios suficientes para que el CLS se forme una opinión con suficiente conocimiento de causa. El CLS se encuentra en estos casos facultado para obtener del querellante informaciones escritas sobre los términos de la queja que exijan mayor precisión y, en tal caso, si los comentarios presentados por los querellantes fueran realmente útiles para la dilucidación de los hechos, se otorga al gobierno la oportunidad de dar respuesta a éstos;
- que el gobierno se demore a enviar sus comentarios sobre la queja o sobre las informaciones complementarias que le hayan sido transmitidas. En este caso el "Comité menciona a tales gobiernos en un párrafo especial de la introducción de sus informes, después de transcurrido un período razonable, variable según la naturaleza del caso y la mayor o menor urgencia de las cuestiones planteadas". Allí se hace un

llamamiento urgente a los gobiernos interesados y luego el Director General les envía comunicaciones en nombre del Comité.

180. Si a pesar de lo anterior los gobiernos continúan guardando silencio, dentro de un plazo razonable "se les menciona en un párrafo especial de la introducción del informe preparado por el Comité en su reunión de mayo. Entonces se informará a los gobiernos que el Presidente del Comité, en nombre de éste, se podrá en contacto con sus representantes en la Conferencia Internacional del Trabajo, durante la última parte de la misma, con propósito de señalar su atención sobre los casos respectivos y discutir con ellos los motivos de la demora en la transmisión de las observaciones pedidas por el Comité. El Presidente informa luego al Comité sobre el resultado de estos contactos"⁴⁵.

181. Para los casos de gobiernos renuentes, a pesar de los dos pasos anteriores, se les advierte, en un párrafo especial de la introducción del informe del Comité, que éste podrá presentar en su reunión siguiente un informe sobre el fondo del asunto, aún si para ese momento no se hubiere recibido la información solicitada. El Director General hará saber, mediante comunicación expresa, la misma prevención al gobierno renuente. Cuando es evidente la ausencia de colaboración del gobierno, el CLS "puede recomendar, a título excepcional, que se le dé una mayor publicidad a los alegatos formulados, a las recomendaciones del Consejo de Administración y a la actitud negativa de dichos gobiernos"⁴⁶.

182. En materia de procedimiento propiamente dicho, es frecuente que el CLS recurra a los "contactos directos", que no son otra cosa que el envío al correspondiente país de un representante del Director General, para tratar de encontrar solución a las cuestiones planteadas, bien en el examen mismo del caso o bien

45 "La Libertad Sindical". Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 3a. Edición, OIT, Ginebra, 1985.

46 *Ibid.*

respecto del curso de la aplicación y desarrollo de las recomendaciones que hubiere formulado el Consejo.

183. Si bien el procedimiento ante el CLS procede con o sin la aquiescencia del Estado implicado, los contactos directos sólo pueden darse cuando se ha producido una invitación del gobierno respectivo o, por lo menos, se ha obtenido su consentimiento. Igual ocurre cuando el Director General hace uso de la facultad que le asiste para designar un representante que adelante contactos preliminares, en caso de quejas especialmente graves.

184. En este último caso, el representante del Director General, que puede ser un funcionario de la Oficina Internacional del Trabajo o una persona independiente designada por él, expresará a las autoridades del país la preocupación creada por los acontecimientos que han dado lugar a la queja. Asimismo, este representante deberá obtener las reacciones iniciales de los círculos oficiales, así como sus observaciones, informaciones y comentarios sobre los puntos de la queja planteada; en igual forma este delegado explicará los principios de libertad sindical a la luz de la doctrina de la OIT y los procedimientos especiales seguidos cuando se alegan violaciones en la materia, así como el procedimiento de contactos directos que podrá ser solicitado posteriormente por el gobierno para facilitar la plena apreciación de la situación por parte del CLS y del Consejo de Administración. Este delegado especial del Director, en los casos en que ha sido utilizado este paso, estimulará a las autoridades para que comuniquen lo más pronto posible una respuesta detallada con las observaciones del gobierno sobre la queja.

185. Este representante debe rendir su informe, en el cual determinará en lo posible los hechos y circunstancias establecidos durante su misión *in situ* para indicar las posibilidades de solución. En todo caso, cuando este tipo de misión se realiza, en nada se afectan las competencias del CLS y del Consejo, organismos que, al término de los contactos, examinan a fondo la situación.

186. Cuando el Comité lo considere del caso, señalará una audiencia para oír a ambas partes o a una de ellas durante sus reu-

niones; "a fin de obtener informaciones más completas sobre el asunto de que se trate". Estas audiencias se celebran especialmente en caso de que el Comité considere oportuno oír explicaciones orales de las partes que han presentado (gobierno y querellantes) declaraciones contradictorias sobre el fondo del asunto; cuando el Comité estime del caso intercambiar pareceres con el gobierno interesado y con los querellantes a fin de evaluar el estado actual del asunto y las posibilidades de solución mediante una conciliación realizada "sobre la base de los principios de libertad sindical", en general hay lugar a la audiencia, siempre que el CLS encuentre dificultades especiales en el examen de los puntos planteados o en la aplicación de las recomendaciones derivadas del trabajo del Comité y encuentre oportuno discutir esas cuestiones con el representante del gobierno involucrado.

187. La queja deben llegar al Comité en forma oportuna, entendiendo la oportunidad con un criterio de plazo prudencial, pues, si bien no existe término de prescripción, resulta por lo menos difícil que un gobierno responda por acontecimientos que se remontan al pasado lejano, y así lo ha definido el CLS. Si bien ninguno de los procedimientos que se siguen ante la OIT, para el control exige -al contrario de otros procedimientos de protección internacional de los derechos humanos- el agotamiento de la vía interna o los recursos internos, hay que tener en cuenta que el CLS ha señalado que, independientemente del resultado, es un elemento que debe ser tomado en consideración, pero sin condicionar su competencia. Así, si el asunto materia de conocimiento por el CLS se encuentra sometido a una instancia jurisdiccional, si el Comité cree que ésta es independiente y que ofrece garantías adecuadas, de tal suerte que su decisión pueda aportar elementos adicionales de información, el CLS puede aplazar el examen del caso, durante un tiempo razonable, siempre y cuando ese aplazamiento no cree, a juicio del Comité, perjuicios a quien alega que se han violado sus derechos.

188. Terminado el examen del caso, si el CLS considera que merece un examen por el Consejo de Administración formula una recomendación en ese sentido.

En cambio, si el Comité encuentra que, aún cuando los hechos alegados fuesen probados, no configuran violaciones al derecho de asociación o que se trata de acusaciones de naturaleza esencialmente política o que son cargos tan etéreos que no permiten llegar al fondo del asunto o que el querellante no ha aportado pruebas de los hechos alegados que justifiquen que el asunto sea elevado a la Comisión de Investigación y de Conciliación, el Comité manifiesta a la reunión inmediatamente siguiente del Consejo de Administración que el caso no requiere de un examen más detenido.

Por otra parte, puede ocurrir que el Comité encuentre anomalías comprobadas, de hecho o de derecho, caso en el cual éste solicita al Consejo de Administración que comunique a los gobiernos sus conclusiones, invitándoles a remediar sobre las irregularidades encontradas. En todo caso, cuando el CLS propone al Consejo la formulación de recomendaciones a un gobierno, el mismo Comité añade a sus conclusiones un párrafo para invitar al gobierno requerido a que, después de un plazo razonable que se determina en cada caso, a indicar el curso de las recomendaciones que se han hecho.

189. Cuando se trata de países que han ratificado los convenios de libertad sindical, corresponde a la CE, cuya atención se llama de manera explícita en las conclusiones de los informes, examinar el curso dado a las recomendaciones, las cuales ya serán del Consejo, organismo que ha adoptado el informe del CLS. Sin embargo, nada impide que el CLS examine el curso dado a determinadas recomendaciones. Si el país no ha ratificado alguno de los convenios, si éste no presenta una respuesta satisfactoria o simplemente no la presenta, el CLS continúa tratando el asunto en forma periódica, invitando al Director General cada cierto lapso para que llame la atención del gobierno interesado para que suministre información sobre el curso dado a las recomendaciones del CLS aprobadas por el Consejo de Administración.

190. En de los trabajos del Comité no pueden participar representantes o ciudadanos de un Estado contra el cual se haya formulado una queja o se esté debatiendo. En igual forma, está vedada

la participación de quienes ocupen puestos de representación en la organización autora de la reclamación que se examina. El CLS trata de que sus decisiones se adopten por unanimidad. Cuando se recurre al voto, sólo votan los titulares, quedando abierta la posibilidad de que se otorgue voto a los suplentes en ausencia del voto de los titulares.

191. El CLS ha mantenido con celo que sus funciones se limitan al examen de las quejas que le han sido sometidas sin que se considere facultado para formular conclusiones de carácter general sobre la situación en determinados países sobre la base de generalidades, sino que evalúa el mérito de los alegatos específicos. Por otro lado, es importante reseñar que el CLS verifica en cada caso particular si el respectivo gobierno ha asegurado o no dentro de su territorio el libre ejercicio de los derechos sindicales, sin importarle si las violaciones en un momento determinado se imputan a los agentes del gobierno mismo o a los agentes de los empleadores. La responsabilidad por el cumplimiento de los convenios recae, desde el punto de vista del Derecho Internacional, en los gobiernos, en cuanto representantes de los Estados.

192. La Comisión de Investigación y Conciliación en Libertad Sindical señala la oportunidad para la realización de una audiencia, a la que invita a las partes, las cuales deben designar sus representantes y ofrecer lista de testigos. La Comisión puede asimismo requerir la presencia de sus propios testigos. Es costumbre de la comisión de encuesta requerir al gobierno acusado para que facilite la presencia de los testigos y garantice que no serán objeto de persecución por sus testimonios.

193. Posteriormente, la comisión suele realizar una visita *in loco* al país objeto de la encuesta y durante ella generalmente se entrevista con todo tipo de organizaciones y de personas (incluso, eventualmente, con presos en las cárceles) que puedan brindar informaciones plausibles, con relación al tema de la encuesta. Es normal que durante su visita *in loco* las comisiones de encuesta realicen sus entrevistas en forma privada y sin testigos, así como que reclamen garantías al gobierno para la protección de los entrevistados.

La Comisión puede tomar testimonios a todas las partes interesadas, pero sólo puede realizar discusiones para la solución de los problemas que se le han planteado, previo acuerdo con el gobierno. Le está vedado negociar con partidos políticos o con organizaciones profesionales.

194. Finalmente, la Comisión prepara un informe que somete a consideración del Consejo de Administración y que se transmite a las partes. Tal informe debe contener el resultado de sus investigaciones y formular recomendaciones sobre medidas que deben adoptarse, indicando dentro de qué plazos han de tomarse.

El seguimiento de las recomendaciones hechas por la Comisión corresponde a la CE si se trata de convenios ratificados o, en caso contrario, lo hace el Director General de la OIT, mediante las previsiones del artículo 19 de la Constitución.

195. Aquí es necesario advertir que **sólo** se han tratado los mecanismos y procedimientos de control en cuanto a los convenios que consagran y protegen la Libertad Sindical y que se han dejado por ello de lado los procedimientos ordinarios contenciosos de reclamación y queja, así como otros procedimientos especiales.

BIBLIOGRAFIA

Bartolomei de la Cruz, Héctor G. *Protección contra la discriminación antisindical*, OIT, Ginebra, 1976.

Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, Mayo de 1988.

Gómez Zuluaga, Alberto León. "La Libertad Sindical en Colombia", Estudio preparado durante pasantía en la OIT, Ginebra, 1991.

Gómez Zuluaga, Alberto León. "El control de la OIT, mecanismos, órganos, procedimientos". Estudio preparado durante pasantía en la OIT, Ginebra, 1991.

Oficina Internacional del Trabajo, *La Libertad Sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, Tercera Edición, Ginebra, 1985.

Servais, Jean Michel. *Inviolabilidad de los locales, correspondencia y las conversaciones privadas de los Sindicatos*, OIT, Ginebra, 1979.

Valticos, Nicolás. *Derecho Internacional del Trabajo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1977.

Von Potobsky, Geraldo W. y Bartolomei de la Cruz, Héctor G., *La Organización Internacional del Trabajo*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1990.

EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Derechos humanos fundamentales

Alonso GÓMEZ-ROBLEDOS VERDUZCO

- I *Introducción.*
- II *Sociedad democrática:*
libertad de expresión - respeto a la esfera privada.
- III *Derechos no derogables.*
- IV *Previsibilidad y limitante.*
- V *La noción del respeto a la vida privada.*
- VI *Imposibilidad de una rígida definición.*
- VII *Libertad en la esfera de la intimidad.*
- VIII *Las cuatro categorías.*
- IX *Ductilidad del derecho.*
- X *Ataques al honor y reputación.*
- XI *La protección contra la utilización*
de la imagen del individuo.
- XII *El conflicto entre el derecho a la intimidad*
y el derecho a la información:
los límites de la libertad de opinión.
- XIII *To be let alone.*
- XIV *Conclusión.*

“En el Estado moderno, la vida privada se encuentra en el corazón mismo de la libertad”

A.F. Westin. *Privacy and Freedom*, 1967

I. Introducción

La afirmación de la libertad de expresión como principio de derecho constitucional aparece en las Constituciones de fines del Siglo XVIII, en Estados Unidos y en Francia. La existencia de una prensa política no sometida a censura previa, se remonta a los últimos años del Siglo XVII en Gran Bretaña. Pero si la libertad de prensa estaba considerada como parte de la Constitución no escrita del Reino, su instrumentación estaba estrictamente limitada. No será sino hasta principios del Siglo XIX cuando, poco a poco, empezarán a desaparecer los obstáculos jurídicos a la libertad de prensa.

Así la libertad de prensa nace y se desarrolla paralelamente con las instituciones democráticas; de ahí que sufra las vicisitudes inherentes a dichas instituciones.

Pero por otro lado y, si es verdad que cada existencia personal está basada en el secreto, violar el secreto de la vida privada equivale a atentar contra el fundamento mismo de la personalidad humana, es decir, la personalidad psicológica del individuo.

Si la necesidad de la intimidad es inherente a la persona humana, si una vida privada al abrigo de injerencias no deseables y de indiscreciones abusivas permite a la personalidad de cada uno de expresarse libremente, la protección de la vida privada será entonces igualmente un criterio determinante del carácter democrático de toda sociedad.

De esta suerte, la protección de la esfera de la vida privada del individuo será a la vez condición y garantía de todo régimen democrático.

II. Sociedad democrática:

Libertad de expresión-respeto a la esfera privada

En un considerable número de Pactos, Convenciones, Declaraciones y otros instrumentos encontramos consagrado el derecho de toda persona a la libertad de expresión, comprendiendo la libertad de investigar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, a través de cualquier procedimiento, ya sea en forma oral o escrita.¹

Concomitantemente con el anterior derecho, está igualmente reconocido en los principales instrumentos internacionales que el ejercicio de este Derecho a la libertad de expresión entraña deberes y responsabilidades especiales. Por ello es que vemos que, en varias Convenciones, este Derecho puede quedar sujeto a ciertas restricciones pero siempre y cuando estén expresamente fijadas por la Ley. Así por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 nos advierte que estas restricciones pueden ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; o igualmente para asegurar la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas (artículo 19, párrafo 3°).

La libertad de información está ciertamente vinculada en forma estrecha al ejercicio de los derechos políticos, pues únicamente el ciudadano que tenga adecuado acceso a la información está realmente en condiciones de hacer una verdadera elección, esto es, de gobernarse a través de los mecanismos que cada democracia proporciona. A este respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva sobre la *Colegiación Obligatoria de Periodistas*, expresó lo siguiente:

La libertad de expresión es la piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispen-

1 Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la ONU, resolución 217 A (III) del 10.xii.48, art. 19. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la ONU, en su res. 2200 A (XXI) del 16.XII.66. Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22.XII.79.

sable para la formación de la opinión pública... Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no esté bien informada no es plenamente libre.²

A veces tendemos a olvidar que cuando se habla de derechos humanos paralelamente a su salvaguarda, la vida social postula de igual manera derechos y obligaciones muy precisos.

Si casi todo mundo reconoce que la libertad de una colectividad no puede explayarse más que dentro de un medio en donde exista un determinado orden legal, entonces, ineluctablemente, esta libertad genera por sí misma determinadas limitantes.

Si el Estado tiene la obligación de garantizar el ejercicio efectivo de los derechos y obligaciones que son reconocidos a sus ciudadanos debe, por ende, adoptar todas las medidas apropiadas a efectos de prevenir y reprimir las violaciones a dichas libertades.

El derecho a la vida privada constituye un aspecto fundamental de la libertad individual. El vínculo entre la protección de la vida privada y el libre ejercicio de las otras libertades públicas es de sobra evidente por sí mismo. Sin embargo, confrontado a una criminalidad cada vez más poderosa y sofisticada, el Estado se ve cada día más constreñido a utilizar todo mecanismo técnico ofrecido por los progresos de la ciencia, para preservar el Estado de Derecho. Nadie puede negar la necesidad que tiene el Estado de recurrir en estos casos a facultades estrictas de vigilancia pero únicamente y bajo condición de que nuevas medidas estén siempre aparejadas por garantías adecuadas y reales, en forma y fondo, y en proporción directa a la adopción de dichas medidas.³

2 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva. OC 5/85 del 13 de noviembre de 1985, solicitada por Costa Rica. Serie A. n 5, pág. 41, párrafo 70.

3 Roux, A. *La protection de la vie privée dans les reports entre l'Etat et les particuliers*. Edit. Economica. París, 1984, págs. 22 y ss.

Si en un Estado de Derecho el mantenimiento del orden puede, en ocasiones, justificar ciertas restricciones a algunas libertades, dichas restricciones deben siempre estar sometidas a reglas destinadas a impedir que las consideraciones de orden no vayan a degenerar en un poder arbitrario que por sí mismo estaría negando los valores democráticos.

De entre varios instrumentos internacionales, como el "Pacto internacional relativo a los derechos civiles y políticos", o "la Convención europea de derechos humanos", se pueden desprender dos principios fundamentales en cuanto a los límites o restricciones:

1. El Estado no puede limitar cualquier tipo de libertades.
2. Las limitaciones no pueden revestir la extensión y forma que se antojen.⁴

III. Derechos no derogables

Existe una categoría de derechos para los cuales ninguna consideración de orden público podría justificar limitantes.

Dentro de esta tipología de derechos no derogables suelen mencionarse el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y tratos inhumanos y degradantes, la prohibición de la esclavitud e, incluso, el principio de la legalidad de los delitos y las penas.

Ahora bien, el carácter no derogable de un derecho significa simplemente que ninguna circunstancia, por grave que sea, podría justificar limitantes a tales derechos, con excepción de alguna o algunas circunstancias que estuviesen previstas expresamente en las Convenciones o Pactos de que se trate.

4 Ergec, Rusen. "Les libertés fondamentales et le maintien de l'ordre dans une société démocratique: un équilibre délicat". En: *Maintien de l'ordre et Droits de l'Homme*. Centre Interuniversitaire de Droit Public. Bruylant, Bruxelles, 1987, págs. 3-33.

Por ejemplo, si hacemos alusión a la "Convención Europea sobre Derechos Humanos" (art. 15, párrafo 2), ésta prohíbe la derogación de los derechos arriba mencionados incluso en caso de guerra, lo que a *fortiori* implica que las limitantes a estos derechos están prohibidas en circunstancias menos graves, como podrían ser los atentados terroristas.⁵

IV. Previsibilidad y limitante

No puede dejar de enfatizarse la importancia que tiene el hecho de que toda limitante a una libertad o derecho humano, debe estar previsto con precisión por la legislación.

Esta exigencia implica que una Ley que confiere a las autoridades un poder de apreciación para restringir ciertas libertades, debe absolutamente fijar el alcance de dicho poder. Esto es inmanente a todo régimen de preeminencia del Derecho, en donde debe estar garantizada la vida privada en contra de las intervenciones arbitrarias de la autoridad.

Al igual que cualquier otra forma de gobierno, la democracia no podría subsistir sin el monopolio de los medios de coacción. Solamente que, dentro de un régimen democrático, la coacción responde a un fin bien determinado y que no es otro más que buscar el mayor desarrollo posible para garantizar el goce de las libertades fundamentales.

En este sentido, como señala Rusen Ergec, el orden que el Estado democrático está obligado a mantener es un orden de libertades. El mantenimiento del orden y la protección de los derechos humanos son por consecuencia dos valores que se complementan absolutamente.

5 Ergec, Rusen, *Ibid.*, pág. 23.

Para nadie pasa desapercibido que los principios que tienden a conciliar las exigencias del mantenimiento del orden público con la protección de las libertades fundamentales son de una aplicación difícil. En forma constante están tratando de postular un justo equilibrio entre el interés general y las libertades individuales.⁶

V. La noción del respeto a la vida privada

Es innegable que la dificultad que existe para definir la noción del respeto a la vida privada viene sobre todo del hecho de que varios factores antagónicos se encuentran en juego, entre los cuales se tiene que destacar en forma principal el derecho del individuo al secreto de su vida, por un lado, y el derecho de la colectividad a la información, por otro.

Pero así como hay que evitar que el ejercicio del mantenimiento del orden por parte del Estado ponga en peligro el derecho del individuo al respecto de su vida privada, es igualmente necesario acompañar ese derecho de algunas excepciones de naturaleza tal que posibiliten al Estado el mantenimiento del orden, en el sentido más lato de la expresión.

En materia de mantenimiento del orden, las autoridades adoptan todas las medidas que puedan atentar a los derechos concernientes a la vida privada en general como, por ejemplo, el derecho a la inviolabilidad del domicilio o el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia.

Sin embargo, existen otros atentados al derecho al respeto de la vida privada que se desprenden de los progresos recientes rea-

6 Ergec, Rusen, *Ibid.*, págs. 32-33. Por ello, este profesor de la Universidad de Bruselas comenta que el jurista puede facilitar este balance de intereses ofreciendo puntos de referencia. Pero sopesar los intereses en juego en el caso concreto es una obra de tacto, serenidad y sabiduría políticas que incumbe obviamente a los gobernantes.

lizados por una tecnología cada vez más sofisticada, frente a la cual muchas legislaciones no se encuentran todavía plenamente adaptadas.

Se trata, principalmente, de las interceptaciones telefónicas al margen de la ley, del rastreo de comunicaciones a distancia, de la fotografía clandestina, así como de los tratamientos automatizados de datos de carácter personal o ficheros de seguridad⁷. Los progresos de la electrónica permiten, hoy en día, no solamente interceptar las comunicaciones telefónicas sino más que eso, permiten absolutamente "captar" fácilmente toda conversación o imagen ya sea dentro de un lugar público o privado.

De esta suerte el individuo puede quedar sometido a una inquisición intolerable, ya sea por parte de algunos servicios públicos, como también por parte de personas privadas y para los fines más diversos que se puedan imaginar.⁸

VI. Imposibilidad de una rígida definición

Nadie será objeto de intrusiones arbitrarias o ilegales en su intimidad, ni sufrirá ataques ilegales a su honor o buena fama.⁹ Es cierto que el concepto de vida privada es harto difícil de poder definirse con precisión, pues tiene connotaciones diversas según la sociedad que se trate, el medio ambiente de cada uno, y la época que se analice o el período de tiempo al que se aplique. Por ello

7 Spreutels, Jean P. "Maintien de l'ordre et Vie Privée". En: *Maintien de l'ordre et Droits de l'Homme*. Centre Interuniversitaire de Droit Public. Bruylant, Bruxelles, 1987, págs. 107-192.

8 *Ibid.*, pág. 152 y ss.

9 Art. 12 de la Declaración Universal; art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 8 de la Convención Europea; art. 11 de la Convención Americana.

es que la Comisión sobre Derechos Humanos de Naciones Unidas en varias ocasiones reconocía que dada la virtual imposibilidad de establecer reglas rígidas de alcance universal debía ser, el tema de la vida privada y su significación, obra y tarea de una vigilancia constante por parte de los miembros de la Comisión.¹⁰

La libertad de expresión, derecho humano preeminente... recoge el concepto clásico de 'libertad de opinión', esto es, el derecho a decir lo que uno piensa y a no ser perseguido por ello. A esto sigue la 'libertad de expresión', en el sentido limitado del término, que incluye el derecho a buscar, recibir e impartir informaciones e ideas, sin limitaciones de fronteras, bien oralmente, por escrito o mediante imágenes, en forma de arte, o por cualquier otro medio de comunicación que uno elija. Cuando la libertad de expresión es puesta en acción por los medios de comunicación social, adquiere una nueva dimensión y se convierte en 'libertad de información'... La carga política y social de estas libertades es inmensa y por esta razón todos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos... hacen hincapié expresamente en que el ejercicio de estas libertades conlleva deberes y responsabilidades especiales, y justifican ciertas restricciones..., necesarias para el respeto de los derechos y de la buena fama de las personas o para la protección de la seguridad nacional y del orden público o de la salud y moral públicas.¹¹

VII. Libertad en la esfera de la intimidad

A partir del momento en que se ha visto la virtual imposibilidad de encontrar una fórmula satisfactoria para fijar con precisión

10 Humphrey, P. "El derecho internacional sobre derechos humanos en la mitad del siglo XX". En: *The present state of international law and others essays*. Ed. International Law Association, 1973, págs. 75 y ss.

11 Newman, C. Frank & Vasak, Karel. "Problemas de aplicación e interpretación de los derechos civiles y políticos". En: *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*. Vasak, Karel editor. Vol. I, Editorial Serbal/UNESCO, España, 1984, págs. 233-234.

el ámbito de lo que constituye la vida privada, tanto en sí misma como con respecto a su contraparte, esto es, el concepto de vida pública, el esfuerzo doctrinal se ha orientado progresivamente y, cada vez más, hacia una dirección bastante pragmática, consistente en establecer una nomenclatura de los diferentes derechos que reviste esta noción dentro de los órdenes jurídicos de los Estados.

En un estudio muy serio del profesor T.L. Yang, en el cual realiza un estudio comparativo de la noción de *privacy* en el derecho inglés y derecho norteamericano, este autor llega a la conclusión de que la noción de ataque o violación a la vida privada, no es más que una especie de baldaquín o toldo (*canopy*) que llega a recubrir situaciones en mucho muy distintas y, en muchas ocasiones, no poseyendo ni siquiera puntos en común entre una y otra¹².

VIII. Las cuatro categorías

En el derecho interno de los Estados Unidos se hace la distinción mayormente entre cuatro diversas categorías de posibles violaciones al derecho a la vida privada:

1. La injerencia en la intimidad del individuo o intrusión on *plaintiff's privacy*. Ejemplo: espionaje de su domicilio.
2. La divulgación al público de hechos concretos de la vida privada o *public disclosure of private facts*. Ejemplo: revelar el no pago de una deuda contraída.
3. La presentación de un individuo al público en general bajo una *falsa luz*, o *putting the plaintiff in a false light in the public eye*. En esta categoría caería, por ejemplo, el hecho de utilizar el nombre de una persona sin la autorización de ésta, para apoyar una petición pública.

12 Yang, T.L. "Privacy: a comparative study of English and American Law". *International and Comparative Law Quarterly*, 1966, vol. 15, págs. 175 y ss.

La apropiación de ciertos elementos de la personalidad del individuo con fines de lucro, o *appropriation of some elements of the plaintiff's personality for the defendant's advantage*. Estos elementos pueden ser el nombre, la imagen, la voz, la conducta, etc., utilizados, por ejemplo, en anuncios publicitarios.¹³

IX. Ductilidad del derecho

Mientras más ejemplos se dan y más nomenclaturas se realizan, más nos percatamos de que el contenido del derecho al respeto de la vida privada es tributario de la evolución de las costumbres y que varía en el tiempo y de un lugar a otro.

Pero además, y así nos encontramos con una dificultad mayor, el muro de la vida privada varía también en función de cada individuo o, por lo menos, de cada grupo de individuos.

La vida privada de una personalidad política no posee la misma extensión que aquella de un simple particular.

Incluso la vida íntima de un simple particular tiene límites diferentes dependiendo del hecho de que se haga un llamado o no a la confianza del público en el plano profesional o financiero, según busque o no el apoyo del público en el plano profesional o financiero, según busque o no el apoyo del público en el ámbito artístico o literario, etcétera.

Así pues, desde el momento que nos damos cuenta de que el derecho al respeto de la vida privada muestra ser un concepto con un espectro de múltiples derechos y matices cuyo número y contenido varían en función del tiempo, lugar e individuo, no tiene

13 Esta división en cuatro grandes categorías es la utilizada por Prosser en su *Law of torts*, de 1955. Citado por Yang, T.L., *ibid* pág. 187.

por qué asombrarnos que dicho derecho no pueda quedar sujeto a un régimen jurídico homogéneo.¹⁴

Por otro lado, si bien se reconoce que el individuo tiene derecho a la protección contra los ataques a su libertad moral, también se reconoce que este derecho no es absoluto pues, para comenzar, este derecho no puede hacerse extensivo a los lugares accesibles al público en general.

Igualmente, la libertad moral a la cual tiene derecho el individuo no implica que el Estado se inhíba de su derecho a exigir de sus funcionarios que eviten, en su servicio o en su vida privada, toda conducta susceptible de comprometer el honor o la dignidad de sus funciones.

X. Ataques al honor y reputación

Los ataques al honor o a la reputación de una persona, pueden referirse a su vida privada o a su vida pública.

Para ciertos autores, el derecho al respeto de la vida privada debe ser distinguido nitidamente del derecho de ser protegido contra los ataques al honor y a la reputación, y esto debido principalmente a las siguientes razones:

1. La primera razón se derivaría del hecho de que los ultrajes al honor o a la reputación pueden perfectamente relacionar-

14 Véase: "Le droit à la vie privé et le moyens techniques modernes", présente à la Sixième Conférence des Ministres européens de la Justice, La Haye, 26-28, mai 1970, Document C.M.J. (70) 40. Rapport Sur. En esta misma sesión de La Haya se pudieron constatar diversas opiniones respecto al concepto de "vida privada". Mientras que, para algunos, la vida privada de un simple particular se reduciría en principio a la vida en el hogar, su vida en el trabajo, sus pasatiempos, su imagen, su salario e inclusive su hoja de impuestos, para otros en cambio, este derecho cubriría elementos tales como la vida afectiva, matrimonial, divorcio, amistades, enfermedad, religión y toda interpretación dolosa dada a sus palabras o a sus actos.

se con hechos provenientes de la vida pública del individuo.

2. La segunda razón estribaría en el hecho de que los ultrajes al honor son generalmente reglamentados por las leyes penales, las cuales exigen para la tipificación de la calumnia, difamación o injuria, que exista de por medio la intención de causar un daño. En cambio, cuando se trata de ataques o violaciones al derecho al respeto de la vida privada, importa poco que el autor haya estado o no animado de la intención de provocar un daño.¹⁵

XI. La protección contra la utilización de la imagen del individuo

La imagen de una persona puede concebirse como la representación de ella por medio de un arte o técnica.

El derecho de una persona sobre su imagen puede ser distinto del derecho de la persona al respeto de su vida privada.

Una violación contra el primero de estos derechos se acompaña casi siempre de una violación al segundo. Generalmente, cuando los tribunales tienen que abocarse a este tipo de asuntos, es porque una persona ha interpuesto una demanda en el sentido de que el material fotográfico tomado en el marco de su vida privada ha sido publicado sin su debida autorización.

Pero, sin embargo, se ha aducido que un ultraje puede perfectamente ser dirigido en contra del derecho de una persona sobre su imagen sin que al mismo tiempo sea violado el derecho de dicha persona al respeto de su vida privada.

15 Badinter. "Le droit au respect de la vie privé". *Jurisclasseur périodique*, 1968, I, n. 2136, párrafo 26.

Este sería el caso, por ejemplo, en lo que concierne a la imagen que representa a una persona en el ejercicio de una actividad pública.

Según esta línea de razonamiento si la difusión de material fotográfico relativo a la vida pública de una persona es posible, es únicamente porque hay una presunción de autorización de reproducción. Pero esta presunción puede ser invertida.

El derecho del individuo a su propia imagen puede considerarse como un derecho de propiedad: así como el hombre es propietario de su cuerpo, así igualmente sería propietario de la imagen de éste.

Dentro de otra concepción, que es defendida sobre todo en Alemania, Inglaterra y Estados Unidos, el derecho a su propia imagen sería asimilable al derecho de autor: el individuo tendría una especie de *copyright* natural sobre su apariencia y figura.

La aplicación de reglas relativas a la protección del individuo contra el uso abusivo de su imagen, genera problemas particularmente delicados cuando se trata de la imagen de una personalidad pública.

¿Debería considerarse que la publicación de la imagen de una personalidad pública es libre, dado que la naturaleza de la actividad ejercida implicaría, en cierta medida, una renuncia al derecho al respeto de la vida privada?

La jurisprudencia francesa, por ejemplo, considera que el funcionario público puede, en estos casos, prevalerse de la protección que está garantizada para todas las otras personas, aún cuando pueda suponerse que ha renunciado voluntariamente a poseer una esfera de intimidad tan amplia como los demás.

En esta óptica, el derecho a oponerse a la utilización abusiva de una imagen se aplica a la imagen de un personaje público que representa a éste en el ejercicio de una actividad privada.

Una personalidad pública tiene, como cualquier otra persona, un estricto derecho al respeto de su vida privada, aun cuando deba aceptarse que la esfera de su intimidad no sea tan vasta como la de las demás personas.¹⁶

XII. El conflicto entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información: los límites de la libertad de opinión

La libre expresión de las opiniones es sin duda un mandamiento que se impone a la conciencia moderna.

Si la libertad de expresión es sin duda un fundamento esencial de todo orden democrático, es igualmente cierto que la protección de la vida privada es garantía y condición de la vida democrática.

En principio, la publicación de informaciones no debería ser obstaculizada en forma alguna; sin embargo debe hacerse la distinción entre información verídica y falsa noticia. La prohibición de informaciones falsas no es contraria a la exigencia de libertad. La posibilidad de limitar la libertad de publicar informaciones, incluso fidedignas, está vinculada a la existencia de otras libertades, y la libertad de información ejercida en forma dolosa pone en riesgo grave las otras libertades.

La libertad de la persona, el respeto debido a la vida privada, son protegidos por la ley penal contra los abusos de la información. Esa protección queda generalmente asegurada por el régimen jurídico de la difamación.

Las necesidades de una buena administración de justicia y la salvaguarda de los derechos de la defensa conducen igualmente a prohibir la publicación de ciertas informaciones.

16 Kayser, P. *Le secret de la vie privée e la jurisprudence civile*. Melanges Savatier, París, 1965, págs. 410 y ss.

XIII. To be let alone

No puede desconocerse que los medios de difusión se ocupan de manera predominante de las personas que, por diversos motivos y razones, han llegado a adquirir un relieve público.

Pero la sola notoriedad de la persona no le priva en forma alguna de su particular esfera de intimidad. Los actos vinculados a su quehacer público se encontrarán librados a información y fiscalización por la comunidad, pero estará protegido por la reserva todo comportamiento de su vida privada que no tenga incidencia en su quehacer público.¹⁷

El periodista puede recoger noticias de carácter privado con un contenido de interés social, pero no puede dejársele que impunemente ofrezca al público noticias que dañen la esfera de la reserva íntima de las personas.

Por ello, es obvio que la cuestión fundamental es la difícil armonización entre ambos tipos de intereses: el interés público a la información y el interés privado a la intimidad (*to be let alone* o *diritto di essere lasciati soli*).

El derecho a la información deja de existir en el momento que se viola la esfera de la intimidad de las personas. La prensa debe ser expresión de la libertad y una prensa libre es una de las manifestaciones más características de la democracia moderna.

Pero es igualmente cierto que la libertad de información, la libertad de prensa, no son derechos absolutos ya que, como hemos visto, tienen que coexistir forzosamente con otros derechos y uno de ellos, fundamental, es el derecho a la intimidad.¹⁸

17 Pinto, Roger. *La liberté d'opinion et d'information: contrôle juridictionnel et contrôle administratif*. Editions Dómat Montchrestien, París, 1955. En particular cap. II, págs. 96-113.

18 Fariñas Matoni, Luis Ma.. *El derecho a la intimidad*. Ed. Trivium. Madrid, 1983. Particularmente págs. 67 a 93. Véase también: Strömholm, Stig. *Right of privacy and rights of the personality: a comparative survey*. Edit. Norstedt and Söners Förlag, Stockholm, 1967, en particular págs. 23 a 134.

XIV. Conclusión

De manera muy general -y con las reservas que se apuntan- bien podríamos estar de acuerdo en sostener que la vida privada es aquella parte de la vida que no está consagrada a una actividad pública y a donde los terceros no tienen, en principio, acceso alguno; y ello con objeto de asegurar a la persona el secreto y la tranquilidad a la cual tiene absoluto derecho.

Por su parte, la vida pública concerniría a todo aquello que de una u otra forma puede ser vinculado a una actividad o un problema de orden general; es decir, todo aquello que puede poseer una resonancia o implicación política económica o social. En esta hipótesis, y en principio, el derecho a la información tendría preeminencia sobre el derecho al respeto de la vida privada.

Si el derecho al respeto a la vida privada es un derecho subjetivo y cae dentro de la categoría de los derechos de la personalidad, aparecerán entonces en forma concomitante ciertos caracteres jurídicos propios de dichos derechos.

De esta suerte, el derecho a la vida privada aparece como un derecho general, absoluto y extrapatrimonial.

Se concibe como un derecho general en el sentido en que toda persona estaría dotada *a priori* de este derecho. Es de carácter absoluto porque se impone su respeto en relación de toda persona y porque sólo el titular del derecho es dueño y señor de la divulgación de los secretos de su vida privada.

Es de naturaleza extrapatrimonial porque no tiene en sí mismo un valor pecuniario, ya que su objetivo principal es asegurar la protección de intereses de orden moral.

El derecho a la vida privada puede calificarse igualmente de inalienable e imprescriptible. Su titular no puede renunciar a tal derecho en forma total y definitiva, ya que una renuncia de esta naturaleza sería absolutamente nula.

Abandonar para siempre su vida privada en beneficio de los profesionales de la información sería tan contrario a la libertad del individuo como el ceder de por vida su fuerza de trabajo o, para un autor, enajenar todos sus derechos sobre todas sus creaciones futuras. Tiene, por lo tanto, un carácter *erga omnes*.

EL DEBATE ACTUAL SOBRE EL TRABAJO INFANTO-JUVENIL EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

Tendencias y perspectivas

Emilio GARCÍA MÉNDEZ - Hege ARALDSEN

- 1 *Introducción.*
- 2 *El debate actual.*
- 3 *Normativa jurídica y definición del trabajo infantil.*
- 4 *La retórica de la "piedad".*
- 5 *Esclavos blancos.*
- 6 *La retórica de la confusión.*
- 7 *De la "protección" del niño trabajador*
 a la erradicación del trabajo infantil.
8. *Trabajo infantil y pobreza.*
- 9 *La escuela y la familia:*
 base de la erradicación del trabajo infantil.
- 10 *Líneas de acción.*

1. Introducción

Las pretensiones de este texto se restringen a una revisión crítica de la literatura y tendencias generales frente al tema trabajo infanto-juvenil en América Latina y el Caribe, con énfasis en la identificación y análisis de los argumentos implícita o explícitamente utilizados en el debate en curso en la región. Además, se trata de introducir un cierto orden en el uso de conceptos y definiciones, con el objeto de contribuir tanto a la urgente como necesaria desmitificación del tema cuanto a la elaboración de propuestas destinadas a la construcción de una política específica, realmente en concordancia con el espíritu y el texto de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

2. El debate actual

La preocupación por el tema trabajo infanto-juvenil no es nueva. Sin ir más lejos, el siglo XVIII está plagado de discursos y prácticas que, invariablemente, pretenden dar respuesta a lo que en realidad constituye la verdadera preocupación: ¿qué hacer con los hijos de los pobres?¹. Constataciones similares son válidas para los siglos XIX y XX. De aquí, puede deducirse el carácter cíclico y recurrente del tema. La región de América Latina y el Caribe confirma esta tendencia general. Mientras la década de los 80 registra pocas preocupaciones significativas sobre el tema, a partir de los años 90 se produce una inversión radical de tendencia que coloca a la problemática en un alto nivel de visibilidad. En sus sucesivas reapariciones, la forma de los argumentos utilizados varía considerablemente. Por ello es necesario incluir en esta reflexión tanto los motivos que explican su visibilidad presente cuanto el análisis de los diversos tipos de argumentos que imperan en el debate actual.

1 Cunningham, H. *The Children of the Poor*, 1991, constituye tal vez la mejor reconstrucción histórica realizada hasta hoy (particularmente de la Inglaterra del siglo XVII al siglo XX) sobre el debate educación/trabajo infantil. Resulta curioso cómo, argumentos y tendencias predominantes en el debate inglés de los siglos XVII, XVIII y XIX se reproducen con asombrosa similitud en la América Latina de hoy.

Perece posible identificar dos posiciones de naturaleza diversa, que han contribuido a colocar el tema del trabajo infanto-juvenil en un lugar relevante de la agenda política para la infancia.

En primer lugar, existe un sentimiento permanente de indignación moral abstracta, capaz de ser activado, cuando las circunstancias lo requieren, con efectos inmediatistas por quienes son portadores de una ideología y práctica asistencial-clientelista. Más que referirse a la esencia del problema, esta posición se indigna esporádicamente frente a situaciones caracterizadas como excesos.

En segundo lugar, y generalmente con un signo político contrario al anterior, existen corrientes de pensamiento y acción que, percibiéndose como progresistas, defienden la perspectiva del trabajo infantil utilizando el argumento de su protección, por cuanto éste sería no sólo imprescindible para la sobrevivencia sino, además, un factor fundamental de construcción y afirmación del niño como sujeto social².

La importancia asumida por el tema trabajo infanto-juvenil se refleja particularmente en el volumen de textos, de diverso tipo, publicados en los últimos años. Más allá de las discrepancias de enfoque, una breve evaluación del material disponible permite constatar el carácter predominantemente empírico descriptivo de esta nueva literatura. La información cuantitativa, muchas veces imprecisa e incorrecta, cumple a menudo su función de sustituir la ausencia de reflexiones críticas y profundas.

Otra característica importante de buena parte de los trabajos sobre este tema resulta de la consideración indiferenciada de la categoría infancia, que abarca en forma indiscriminada a todos los

2 Para un ejemplo altamente representativo de esta posición, cfr. Schibotto G. (1990), en especial el capítulo 9. Debe reconocerse, sin embargo, que la defensa explícita y abierta del trabajo infantil no constituye una posición mayoritaria. La confusión, la ambigüedad y supuestas estrategias de sobrevivencia, resultan en realidad la posición mayoritaria en la región.

menores de 18 años. En algunos trabajos de amplia circulación e influencia se concluye, por ejemplo, que los "menores" contribuyen en forma substancial con su trabajo a la renta familiar, "ignorando" o subestimando el hecho de que el aporte más significativo que engrosa estas cifras proviene predominantemente de la franja de 14 a 18 años incompletos (Preacl/OIT, Parlacen, UNICEF, 1993; pp 79-81). **Dentro de una lógica de "necesidades económicas", el tratamiento indiferenciado de los "menores" como una categoría supuestamente homogénea, abarcando a todos aquellos hasta los 18 años, legitima de hecho un enfoque que, utilizando el argumento de la protección, sostiene la tendencia de promover formas abiertas o encubiertas de trabajo infantil³.**

Otro rasgo común, no menos importante, proviene del hecho de que, en buena parte de la literatura actual, predomina un enfoque de corte **pseudo etnográfico, que insiste en explorar las "historias de vida" de los niños trabajadores, descuidando o simplemente ignorando el análisis de las políticas y las instituciones generadoras de dichas "historias de vida"**. En definitiva, una enorme confusión y afirmaciones ligeras constituyen el rasgo definitivo de esta literatura pseudo etnográfica.

Esta perspectiva cumple, en este ámbito, una función similar a la señalada en un excelente trabajo sobre las políticas para la infancia acerca de la tendencia actual de insistir en el estudio de la pobreza ignorando el estudio de los mecanismos de concentración y distribución injusta de la riqueza (cfr. E. Bustelo, 1993).

En la manera de plantear un problema se prefiguran, invariablemente, en forma más o menos explícita, las políticas y estrategias para su resolución. En este sentido, la perspectiva histórica no sólo ratifica la afirmación anterior sino que, además, permite constatar que el carácter cíclico y recurrente del tema responde al he-

3 Un buen ejemplo de esta posición lo constituye buena parte de los trabajos contenidos en el volumen colectivo editado por Myers W. (1991).

cho de que el nudo central de la problemática ha permanecido invariable: ¿qué hacer con los hijos de los pobres?

Tanto es así que motivaciones radicalmente antagónicas han concluído con propuestas políticas en esencia similares. Cuando la perspectiva asumida es la de "defensa-protección" del trabajo infantil, resulta en realidad indiferente que los argumentos se refieran a una estrategia específica de control social de la pobreza o a propuestas supuestamente emancipatorias de los sectores sociales más desprotegidos.

También en el tema trabajo infanto-juvenil, el tipo de políticas que se adopten depende estrechamente de sus definiciones. En función de esta situación creemos conveniente convenir en que la expresión "trabajo infantil" debería designar exclusivamente actividades realizadas por aquella parte de la infancia comprendida hasta los 12 años, reservándose la expresión "juvenil" para designar el trabajo realizado por aquellos comprendidos en la franja de los 12 a los 18 años incompletos.

3. Normativa jurídica y definición del trabajo infantil

En el ámbito de la definición del trabajo infantil, el derecho internacional ha jugado un papel preponderante, antecediendo e impulsando en muchos casos la normativa de carácter nacional. Uno de los antecedentes primeros y más importantes lo constituye, sin dudas, la Convención N° 5 sobre edad mínima (14 años para el trabajo en la industria), adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1919. Sin ánimo de entrar en la casuística legislativa internacional de las últimas décadas, la Convención 138, de 1973, sobre edad mínima, constituye el documento global más importante hasta la fecha, conteniendo propuestas inequívocas en el sentido de la definición y abolición del trabajo infantil (Nota extraída de la *Memoria del Director General de la OIT*, OIT, 1989).

Esta referencia a la normativa (en este caso internacional, aunque lo mismo puede decirse de la de carácter nacional), exige una breve reflexión sobre su función real en el campo del debate

sobre el trabajo infanto-juvenil, la que sin duda puede caracterizarse como marginal. La referencia a la importancia relativa desempeñada hasta ahora por la normativa internacional, puede verificarse por el hecho paradójico de la indiferencia con que abolicionistas y propulsores del trabajo infanto-juvenil han considerado lo que puede denominarse la dimensión normativa del problema. En ambos casos, la certeza en la falta de eficacia de la legislación explica, respectivamente, una ausencia casi total de adhesión (abolicionistas) o de oposición (propulsores).

Contrariamente a lo sucedido con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, donde la oposición a la misma estuvo vinculada mucho más con los acontecimientos que le dieron origen que con el texto mismo (A. Hirschman, 1991a, p.34), en este caso las escasas adhesiones u oposiciones al texto se limitaron a un plano meramente formal.

Con pocas excepciones -sobre todo durante el siglo XIX- la gran industria no ha realizado una oposición real a las propuestas de abolición del trabajo infantil. La escasa oposición a estas medidas asumió un carácter sordo y pragmático por parte de sectores más o menos informales de la economía.

Estos antecedentes sirven para explicar el carácter contradictorio y, por ello, singular, que asume el debate en esta área de la política social. Como trataremos de demostrar, los argumentos utilizados por los sectores enfrentados en el debate no siempre corresponden a la visión global de los problemas sociales, asumiendo a veces, incluso, la perspectiva opuesta.

4. La retórica de la "piedad"

El debate sobre el trabajo infantil pertenece al área de los problemas sociales que cortan en forma transversal gobiernos, sociedades civiles e, incluso hoy, los propios organismos internacionales.

Resulta interesante verificar que toda propuesta inequívoca de erradicación del trabajo infantil enfrenta resistencias difusas de

variado signo político (cfr. M. Weiner, 1991, p.199). Resistencias que, más allá de sus discrepancias internas se basan en argumentos propios del pensamiento conservador pero que, en el contexto del debate sobre el trabajo infantil, se recubren de un manto de supuesta piedad que les otorga un barniz progresista. En definitiva, es posible afirmar que los "protectores-promotores" del trabajo infantil sostienen, implícitamente -con diferencias de matices- que las propuestas de erradicación:

- a) aún cuando intrínsecamente positivas y deseables, producirían imprevistamente resultados contrarios a los deseados. Esta posición se manifiesta con el argumento de la conveniencia de ignorar activa y pasivamente Convenciones Internacionales y disposiciones nacionales que regulan el trabajo infanto-juvenil. Esta normativa provocaría un aumento de la clandestinidad del trabajo infantil, determinando una ulterior pérdida de control sobre las condiciones de trabajo de estos grupos;
- b) resultan de una ingenuidad y/o un sin sentido por tratar de contradecir las tendencias "estructurales" del sistema. Esta posición se manifiesta en la afirmación de que el trabajo infantil es, primordialmente, consecuencia directa de la pobreza y que, en tiempos de ajustes económicos, es imposible evitar el aumento del número de niños trabajadores. Desde esta perspectiva, la tarea principal consiste en mejorar las condiciones del trabajo infantil;
- c) aún cuando viables y deseables, podrían producir perjuicios mayores, empeorando la situación precedente. Esta posición se sustenta en el simple razonamiento de que los "hijos de los pobres" deben trabajar, no sólo por razones económicas (contribución al ingreso familiar) sino también como una forma de "integración social".

Estas posiciones, de hecho contrarias a cualquier propuesta de erradicación del trabajo infantil, pueden encontrar una explica-

ción* más profunda en el magnífico ensayo publicado hace pocos años, *La Retórica de la Reacción* (A. Hirschman, 1991b). En ese texto se analizan, en forma detallada y cuidadosa, los argumentos utilizados por el pensamiento conservador en su oposición a diversos procesos globales de emancipación social. En una secuencia histórica, ello se refiere a: 1) la afirmación de igualdad ante la ley y los derechos civiles en general, 2) la difusión del orden democrático a través del sistema de voto y, por último, 3) la implantación del Estado de Bienestar Social. Tres tesis conservadoras (reaccionarias, para utilizar el lenguaje de Hirschman) han sostenido y defendido la oposición a los mencionados procesos:

- 1) **La tesis del efecto perverso.**
- 2) **La tesis de la inutilidad.**
- 3) **La tesis del peligro.**

La **primera tesis** (del efecto perverso) se refiere a que algunas acciones de cambio -inclusive cuando son consideradas intrínsecamente positivas- producirán, mediante una serie de consecuencias imprevistas, exactamente el contrario de los objetivos buscados.

La **segunda tesis** (de la inutilidad) afirma, contrariamente, que todo intento de cambio acaba en frustración o en apariencia y que las estructuras "profundas" de la sociedad permanecerán intactas. No parece difícil identificar esta perspectiva con un tipo de razón que podría denominarse cínica. Como afirma Hirschman, nos encontramos en este caso, en lugar de "una ley de movimiento", con una "ley de inmovilidad".

Es de notar, como lo hace Hirschman, que las dos primeras tesis no son absolutamente compatibles, razón por la cual los argumentos que de ellas se derivan han sido utilizados invariablemente por actores diversos.

Por último, la **tercera tesis** (del peligro) se refiere a que el movimiento en una cierta dirección -aunque viable, aceptable y hasta deseable- podría llevar a costos inaceptables, para demostrar muchas veces que la reforma nueva pondría en peligro una

reforma antigua, muy apreciada, que sólo recientemente se ha implantado.

En los tres casos se confirma un rasgo característico de cierto pensamiento conservador, cual es no oponerse frontalmente a reformas emancipadoras que, en general, son sostenidas abstractamente por la opinión pública.

Lo curioso es que, en forma similar a los debates ocurridos en torno a la abolición de la esclavitud, en el debate en torno al trabajo infantil estas tesis han sido sostenidas y defendidas objetivamente también por aquellos que se autoperciben como progresistas.

5. Esclavos blancos

En relación con los debates sobre abolición de la esclavitud y el trabajo infantil, una percepción ahistórica o histórica ingenua tendería a pensar que la asociación entre ambos movimientos constituye un hábil ejercicio contemporáneo de retórica.

Por el contrario, Hugh Cunningham (1991) se encarga de demostrar, con abundante documentación histórica, que críticos del trabajo infantil en Gran Bretaña, durante los comienzos del siglo XIX, ponían en evidencia que mientras la esclavitud fue abolida en 1807, aún continuaba el "comercio de niños blancos, más cruel aún que la esclavitud de los negros" (p. 57). Por otra parte, las campañas para la abolición del trabajo infantil en las fábricas y del comercio de esclavos, coinciden en el tiempo, desde 1780 hasta por lo menos 1807 (p. 72). **En todo caso, más allá de las diferentes posiciones, resulta interesante observar que la analogía entre la condición de los esclavos y el trabajo de los niños en las fábricas, resulta fuera de discusión. Tanto es así que el nivel de preocupación respecto al trabajo infantil descende al mismo tiempo que descende la preocupación social sobre el comercio de esclavos.**

La historia confirma, además, que la oposición a la abolición del trabajo infantil dista mucho de constituir un grupo homogéneo. Por el contrario, el paso de los siglos ha visto asumir a acto-

res, social y políticamente enfrentados, argumentos disímiles pero que conducen a posiciones idénticas. De un lado, la preocupación por el mantenimiento del orden y el control social de las clases pobres, ya desde el siglo XVI (p. 24); del otro, la inevitabilidad del trabajo infantil en los marcos del sistema capitalista y la consecuente afirmación como sujetos sociales de los mismos trabajadores.

6. La retórica de la confusión

Parece posible reconducir las raíces de esta retórica de la confusión -mayoritaria hoy en la región- a un cinismo ilustrado de fuerte base economicista. A pesar de ser poco citado en forma explícita, ningún autor encarna con más propiedad la posición anterior que Clark Nardinelli (1990), en su trabajo *Child Labour and the Industrial Revolution*. Los ingredientes de la receta de Nardinelli son sencillos y por eso tal vez resultan a primera vista atrayentes (aunque escasamente convincentes).

En primer lugar, la relativización (¿banalización?) de los efectos negativos del trabajo infantil (no existe argumento por truculento que éste sea que no encuentre defensores). En segundo lugar, la atribución general de un carácter ingenuo y romántico a toda posición favorable a la erradicación del trabajo infantil⁴. En tercer lugar, la supuesta objetividad científica del análisis económico acaba diluyéndose en un ideologismo de corto plazo:

"Child labour in factories, then was an effect and not a cause of family poverty" (C. Nardelli, 1990, pág. 156). Por último, se apea a una variante de las teorías conspirativas para explicar el surgimiento de legislaciones restrictivas del trabajo infantil.

4 A pesar de identificar cuatro posiciones diversas dentro de las corrientes críticas del trabajo infantil, Nardinelli insiste en enfatizar la homogeneidad de estas posiciones bajo un mismo prisma moralista-romántico. Cfr. especialmente el capítulo II del trabajo citado.

Desplazando la atención del problema central, es decir la falta de eficacia de la legislación restrictiva del trabajo infantil, C. Nardinelli (1990, pág. 154), encuentra, justamente en la pérdida de importancia del trabajo infantil, una explicación "científica" para el surgimiento de dicha legislación. La retórica de la confusión encuentra en este punto su expresión más acabada.

Sorprenderse con el resultado de sus propias conclusiones -banalización del efecto perverso a largo plazo del trabajo infantil- constituye un hallazgo ulterior de Nardinelli. La mención al bajo nivel de oposición actual al trabajo infantil en los países en vías de desarrollo, respecto de la oposición generada por el trabajo de los niños en las fábricas de la Gran Bretaña del siglo XIX (pág. 6), constituye como mínimo una caricatura de las profecías que se autorealizan.

En buena parte de la literatura pseudo etnográfica a que se ha hecho mención, predominan afirmaciones que rayan en lo que podría denominarse impunidad intelectual. "Levison encontró... que el color de la piel no afecta el empleo ni la asistencia escolar, aunque los menores no blancos fueron los que más probablemente se encontraban sin trabajo y sin escuela" (sic), (D. Levison, 1991), citado por M.C. Salazar (1994, pág.13).

Pero la característica realmente dominante en las posiciones de "defensa-protección" del trabajo infantil, se refiere a la forma ambigua y confusa en que ésta se presenta. La apelación permanente a "la gran complejidad del fenómeno" y a la necesidad interminable de continuar profundizando el estudio de los efectos del trabajo precoz sobre el universo infantil, funciona de hecho como elemento relativizador de cualquier propuesta inequívoca de erradicación del fenómeno. En este sentido, la remisión a cifras -nunca del todo confirmadas- y a formas de trabajo -nunca del todo bien definidas- en los países desarrollados, funciona como un elemento que de hecho sanciona la inevitabilidad del fenómeno en el resto del mundo.

Otro argumento implícito, pero que marcha en la misma dirección que el anterior, se refiere a la dificultad, cuando no a la im-

posibilidad de llegar a una definición clara y ampliamente aceptable de trabajo infantil. En verdad, si nos atenemos al contenido de la Convención 138, debe admitirse por lo menos, la enorme dificultad para definir en forma clara y concisa lo que significa trabajo infantil.

El primer argumento (difusión del trabajo infantil en los países desarrollados), por su carga de mala fe o ignorancia, no merece otra crítica que la de ubicar la posición marginal de este fenómeno en el contexto de los países desarrollados. (Recuérdese otra vez que, con la expresión "infantil", se designa aquí en forma exclusiva a todos aquellos menores de 12 años).

En relación con la falta de definición clara de trabajo infantil, los problemas que presenta pueden ser rápidamente superados haciendo uso del espíritu y del texto de la Convención Internacional. En este sentido, el artículo 32 de la Convención, permite definir como trabajo infantil **toda interferencia sustancial, de alguna forma remunerada, con el normal desarrollo del niño en el sistema educativo**. Esta definición implica, además, un cierto desplazamiento de la percepción del trabajo infantil de un fenómeno social abstracto hacia una realidad posible de ser medida con criterios más objetivos.

7. De la "protección" del niño trabajador a la erradicación del trabajo infantil

Si se admite que la retórica de la "protección" del trabajo infantil ha funcionado de hecho como elemento ideológico de consolidación y reproducción de un "sentido común" legitimador del *status quo* existente, es preciso reconocer la necesidad de introducir un paradigma radicalmente diverso para elevar el nivel del debate actual.

En primer lugar, se debe reconocer que, cualquiera sea la posición que se adopte frente al tema del trabajo infanto-juvenil, ella es tributaria y consecuencia de la posición más amplia que se adopte frente a las políticas para la infancia en general. En este

sentido, no caben dudas de que persiste en toda la perspectiva pseudo etnográfica, un enfoque alternativista para enfrentar los problemas sociales que aquejan a los sectores sociales más desfavorecidos y vulnerables. Desde fines de los años 60, el comienzo de la crisis fiscal del Estado coincide, en buena parte de los países de la región, con el bloqueo de toda forma de expresión política, producto de una instauración institucionalizada de formas autoritarias de gobierno de la sociedad. El nacimiento de las ONG en la región, particularmente de aquellas más vinculadas con el tema de la infancia, coincide y en parte es resultado de una respuesta al proceso autoritario al que se ha hecho mención. Cerrados los canales naturales de participación política, el tema de la infancia asumido por las ONG, se transforma en una verdadera "crítica en acto" de las políticas y programas gubernamentales⁵. Particularmente, en el campo de aquellos preocupados por el tema de la infancia, la respuesta al autoritarismo se organiza bajo formas "alternativas" de intervención en lo social.

Esta posición se traduce, de hecho, en la renuncia a ocupar el espacio, que al mismo tiempo que es percibido por un "aparato ideológico" del Estado autoritario, paradójicamente constituye el lugar privilegiado de construcción de la ciudadanía de la infancia: la escuela. La escuela, castigada de un lado por las políticas de pre-ajuste y ajuste de las últimas dos décadas, es castigada también con una actitud de indiferencia y aislamiento social por ONG que, sin duda alguna, se autoperciben como progresistas. En este contexto, la perspectiva actual de "protección-defensa" del trabajo infantil (sobre todo en su consideración indiscriminada de los menores como categoría homogénea que abarca a todos aquellos hasta los 18 años), puede ser entendida como una expresión actual de la continuidad de un alternativismo que, entre otras cosas, ignora las potencialidades y posibilidades de la reinstauración de la democracia en la región.

El interrogante respecto de los motivos que explican la importancia asumida por el tema trabajo infantil remite a razones de naturaleza contradictoria.

5 Sobre este punto en particular y con especial referencia a la situación en Brasil, cfr. Gomes da Costa, Antonio Carlos (1991).

Por una parte, la importancia del tema trabajo infantil puede ser entendida como una forma de resignación frente a la incapacidad de la escuela de aumentar su calidad y universalizar su cobertura. Esta perspectiva constituye un buen ejemplo de profecía que se autorealiza. Por otra parte, la importancia del trabajo infantil remite a un cambio profundo en la percepción de la infancia bajo el paradigma de la Convención Internacional, que reafirma el carácter de sujeto de derecho de la infancia en la perspectiva del derecho irrenunciable a ser niño. Se deriva de este último enfoque una posición inequívoca en el sentido de la erradicación del trabajo infantil.

8. Trabajo infantil y pobreza

En toda posición "proteccionista-defensista" del trabajo infantil, subyace una postura ideológica inmediateista que considera el trabajo de los niños como consecuencia y no como causa de la pobreza. Este enfoque, que ignora la complejidad del vínculo entre pobreza y trabajo infantil (no todos los niños pobres trabajan y no todos los que trabajan son niños pobres), es profundamente ignorante de los procesos históricos ocurridos en el contexto de países hoy desarrollados. Pese a lo que hoy un sentido común -elevado al rango de científico en el contexto del esquema pseudo etnográfico- sostiene acerca de que la erradicación del trabajo infantil constituye un subproducto y un "lujo" que las sociedades pueden permitirse sólo después de alcanzado cierto nivel de desarrollo económico, la experiencia de Japón y los países escandinavos demuestra exactamente lo contrario. Tanto en Japón cuanto en los países escandinavos, la erradicación del trabajo infantil vía universalización de la educación básica, constituye un factor decisivo para entender y explicar el desarrollo económico (M. Weiner, 1991). Inclusive, la propia experiencia inglesa es ilustrativa en este sentido, demostrando que la voluntad política constituye un factor fundamental en la explicación de cualquier proceso de erradicación del trabajo infantil, sobreponiéndose a cualquier intento burdo de causalidad económico-mecanicista.

El carácter ideológico de la perspectiva "proteccionista-defensista" invalida, por otra parte, la mayoría de los resultados 'científicos' de esta corriente de investigación predominante. La trillada frase conclusiva de las investigaciones pseudo etnográficas, "los niños contribuyen sustancialmente al ingreso familiar", constituye una doble falacia. En primer lugar, y como se lo señaló anteriormente, los "niños" que supuestamente contribuyen al ingreso familiar casi siempre pertenecen a la franja de 14 a 18 años. En segundo lugar, el inmediatez imperante no permite responder a una cuestión fundamental: ¿dónde se encuentra en el mercado como joven adulto aquél que contribuyó como niño al ingreso familiar? La observación de que el trabajo infantil destruye al ser humano dos veces, como niño y como adulto, adquiere en este contexto un profundo significado (la frase es de Antonio Carlos Gomes da Costa).

Desde la perspectiva de entender a la infancia como sujeto pleno de derechos -donde el derecho a ser niño traduce el interés superior del niño consagrado por la Convención-, las investigaciones sobre la contribución del niño al ingreso familiar asumen un sentido similar a preguntarse sobre la conveniencia de abolir la esclavitud o sobre la pertinencia de una campaña de inmunización. Por el contrario, las investigaciones que parten de la necesidad de realizar una profunda tarea de desmitificación en este campo, permiten arribar a conclusiones que si no fueran obvias serían asombrosas. Para dar sólo un ejemplo, la falta de educación básica impide acceder, inclusive, a los sectores más bajos del mercado formal de trabajo, contribuyendo decisivamente no sólo a la consolidación y reproducción del ciclo de la pobreza sino también del ciclo de la marginalidad (Iee/PUC/SP, 1994).

9. La escuela y la familia: base de la erradicación del trabajo infantil

Constituiría un grave error pensar y proponer la erradicación del trabajo infantil como un fin en sí mismo. Por el contrario, la erradicación del trabajo de los niños debería constituir un componente imprescindible de cualquier política integral de de-

sarrollo. Por otra parte, la universalización de la educación básica es el único instrumento que asegura dicha igualdad en un doble sentido. Como requisito mínimo -aunque obviamente no garantiza- de posible ingreso al mercado de trabajo y como "lugar" más idóneo de construcción de las bases de la ciudadanía de la infancia. Una acción seria y decidida en el ámbito de la política de apoyo a la familia constituye el complemento obligado de la política que es necesario implementar.

Esta nueva perspectiva implica un profundo cambio de enfoque político-institucional que necesariamente debe traducirse a nivel de programas. **Durante mucho tiempo, equivocadamente, se ha apoyado al niño (protección del niño trabajador para que el niños apoye a la familia. Es necesario hoy revertir esta situación y apoyar a la familia para que ésta apoye al niños (erradicación del trabajo infantil).**

Dentro de este contexto, los adolescentes se encuentran en una situación que merece especial atención. La falta de acceso, o lo que es mucho más frecuente, el carácter deficiente de la educación básica, invalida automáticamente cualquier tipo de formación profesional. Es necesario cambiar el énfasis de la inserción precoz en el mercado de trabajo por la inserción precoz y permanencia en el sistema educativo. En América Latina, la inserción prematura de jóvenes en la fuerza de trabajo es una de las principales dominantes de su condición de pobreza (OIT, 1994, p. 36).

10. Líneas de acción

La universalización de la educación básica constituye un enorme desafío en un contexto caracterizado por transformaciones en el rol del Estado y ajustes económicos. ¿Cómo lograr educación para todos dentro de una coyuntura de reducciones abruptas en las inversiones en políticas sociales básicas?

En todos los países de América Latina, los servicios básicos de educación y salud constituyen según la propia Constitución, un deber del Estado y un derecho de todos los habitantes. La dismi-

nución abrupta de los presupuestos y coberturas en las políticas sociales básicas constituye una violación flagrante del más elemental derecho de la ciudadanía. La "defensa-protección" del trabajo infantil ha tenido como consecuencia objetiva -y seguramente no deseada- legitimar la restricción del gasto público en materia de salud y, sobre todo, de educación.

Una de las formas de promover la demanda social por más y mejor educación consiste en generar un amplio debate nacional con el objeto de colocar a la educación en el centro de la agenda política y social y exigir una educación de primera clase para todos. Esto implica la formulación de una estrategia multisectorial donde, por un lado, se desarrollen acciones destinadas a aumentar el presupuesto de los gastos sociales y, por el otro, se desarrollen acciones para calificar la demanda y aumentar el control social sobre la educación a través de mecanismos de participación y autogestión.

En un contexto social en que se perciba la educación y la salud como un deber del Estado y un derecho de todos los habitantes, el desafío consiste en promover articulaciones no corporativas entre gobierno y sociedad civil, única base de creación de políticas públicas para la infancia. El análisis y comprensión del trabajo infantil como consecuencia de omisiones del gobierno y la sociedad civil debe necesariamente concluir en propuestas inequívocas de erradicación del trabajo infantil.

La política de apoyo a la familia debe asumir, como prioridad, acciones destinadas a aumentar tanto su poder adquisitivo cuanto su capacidad de autoresolución de problemas sociales.

Para los menores de 12 años no existe ninguna evidencia seria en la literatura actual -si exceptuamos aquellos niños que se dedican a actividades flagrantemente ilegales- de contribución sustancial al ingreso familiar. Y esto sin considerar los efectos perversos, a mediano plazo, del trabajo infantil.

Sin embargo, y sin ánimo de entrar en una discusión causalista y barroca, los niños que trabajan por una supuesta sobrevi-

vencia, no deberían constituir jamás la base principal para definir una **política** en relación con el trabajo infanto-juvenil.

De los argumentos anteriores pueden deducirse tres grandes propuestas de acción, bases para la elaboración de **políticas nacionales**:

- a) Para los menores de 12 años, propuestas inequívocas en el sentido de la erradicación del trabajo infantil⁶ vía universalización de la educación básica y apoyo a la generación de ingreso familiar.
- b) Para la franja entre los 12 y 14 años es necesario promover políticas de profesionalización (en el contexto de políticas más amplias para la adolescencia) destinadas no tanto a una inserción precoz en el mercado de trabajo sino más bien a una inserción inteligente en el mismo.
- c) Para los mayores de 14 años es necesario insistir tanto en la continuidad de la formación profesional cuanto en la protección legal del trabajo juvenil.

En todos los casos, la prohibición absoluta de trabajos peligrosos, ilícitos o inmorales, tal como se desprende del artículo 32 de la Convención Internacional, constituye un requisito imprescindible de cualquier política infanto-juvenil en esta área específica.

6 La edad de 12 años constituye una propuesta mínima de erradicación del trabajo infantil y cualquier propuesta de elevar dicha edad hasta los 14 años merece ser apoyada y considerada con la mayor seriedad.

Bibliografía citada

Bustelo, Eduardo. *Hood Robin: Ajuste y Equidad en América Latina*. Bogotá, Colombia, UNICEF-TACRO, 1994.

Cunningham, Hugh. *The Children of the Poor. Representation of childhood since the Seventeenth Century*. Inglaterra. Blackwell, Oxford UK, 1991.

Gomes da Costa, Antonio Carlos. "Del menor al Ciudadano-Niño y Ciudadano-Adolescente". En: García Méndez, E.-Carranza, E. organizadores. *Del revés a Derecho*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Galerna, 1992.

Hirschman, Albert. "200 años de Retórica Reaccionaria. El caso del efecto perverso.". En: Lechner, N., ed. Santiago, Chile, FLACSO, 1991a.

Hirschman, Albert. "The rhetoric of Reaction". *The Belknap Press of Harvard University Press*. Cambridge. 1991b.

Iee/PUC/SP. "Trabalho do Adolescente. Mitos e Dilemas". Instituto de Estudos Especiais, São Paulo,

Nardinelli, Clark. "Child Labour and the Industrial Revolution", *Indiana University Press*, USA, 1990.

Myers, William E., ed. *Protecting Working Children*. London, New Jersey. Zed Books Ltd, 1991.

OIT. "Trabalho Infantil. Memoria do Diretor Geral na 69ª Conferencia Internacional do Trabalho", 1893. Brasilia, 1993.

OIT. "América Latina. Grupos vulnerables en el mercado laboral: situación y políticas". Multigrafiado. Lima, 1994.

Prealc/OIT-Parlacen-UNICEF. "Los trabajadores menores de edad en Centroamérica". Edición de las instituciones participantes. Guatemala, 1993.

Salazar, María Cristina, "La significancia social del trabajo infantil y juvenil en América Latina y el Caribe". Multigrafiado. Bogotá, 1994.

Schibotto, Giorgi. "Niños trabajadores construyendo una identidad". IPEC. Lima, 1990.

Winer, Myron. "The Child and the State in India. Child labour and education policy in comparative perspective". Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1991.

LA TAREA DESBORDANTE DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS

Guilherme L da CUNHA

- I. *Algunas reflexiones preliminares,
cifras significativas sobre el tema
y una propuesta de discusión.*
- II. *La crisis actual
y la protección internacional a los refugiados*

I. Algunas reflexiones preliminares, cifras significativas sobre el tema y una propuesta de discusión

1. En términos generales, las personas que se desplazan lo hacen por razones económicas o políticas. El fenómeno migratorio está presente desde los albores de la historia de la humanidad y la mayoría de las veces ha significado modernización y progreso humano. Así, en el sentido más amplio del concepto migratorio, todos nosotros somos, en mayor o menor medida, el resultado de desplazamientos que nos antecedieron. En este contexto, estimo que es importante desdramatizar, desde un punto de vista histórico, el fenómeno migratorio, y concordar con el filósofo mexicano Octavio Paz que habla del flujo migratorio entre América Central, México y los Estados Unidos, comparándolo con el viento y las corrientes submarinas, es decir, como si fueran fenómenos naturales y, por lo tanto, imparables.

2. Sin embargo, en épocas de crisis económicas, turbulencia política y crecimiento demográfico desigual como las que vivimos, el fenómeno de los desplazamientos masivos de población, si no son encauzados en políticas migratorias eficaces y democráticas, pueden ser objeto de manipulación política y, en consecuencia, de tensión entre grupos étnicos distintos. Así, solemos escuchar con frecuencia, expresiones como “la invasión de los bárbaros”, “el olor de los inmigrantes”, “el barco está lleno”, “fuera extranjeros”, etc. que reflejan dicha manipulación al señalar al “otro diferente” como responsable de todos los males que padecemos; el conocido síndrome del chivo expiatorio tan recurrente en la historia reciente de Europa. Habría que preguntarse, sin embargo, quiénes son los bárbaros...

3. Para ilustrar lo que precede, veamos algunas cifras relativas al problema de los desplazamientos de población, que incluyen a los migrantes económicos, legales o no, solicitantes de asilo y refugiados.

4. Existen más de 100 millones de inmigrantes en el mundo, uno de cada 135 habitantes del planeta. La población mundial, que supera ya los 5,6 mil millones de personas, alcanzará los 11 mil mi-

llones a mediados del próximo siglo. El 95% de este aumento tendrá lugar en países del tercer mundo. En el año 2000, 8 de las 10 ciudades más grandes, con una población superior a 15 millones, estarán localizadas en países del tercer mundo. Hace 20 años, la renta del 20% de la población más rica del mundo representaba 75 veces más que la del 20% de la población más pobre. Actualmente, esa diferencia se ha doblado (es 150 veces mayor).

5. En el año 2025, la población del mundo industrializado (Europa, Norteamérica, Australia y Japón) habrá crecido de 1,2 a 1,35 mil millones, es decir un crecimiento del 12%, mientras que la población del tercer mundo habrá experimentado un crecimiento de 4,1 a 7,2 mil millones, es decir un crecimiento del 76%. En ese mismo año, la población de Europa occidental será equivalente a la de Nigeria y Zaire juntos.

6. Naturalmente, este crecimiento demográfico supone un rejuvenecimiento de la población, sobre todo en los países del tercer mundo, donde un número cada vez mayor de jóvenes buscará un primer empleo que difícilmente ha de encontrar en sus países de origen. Esta situación coincide con la llamada política de "inmigración cero", llevada a cabo por los países ricos que se debaten entre la recesión económica y el fantasma del desempleo. Por ello, no quedan muchas alternativas para los jóvenes más dinámicos del tercer mundo, más que "probar suerte" en otro país más rico que el suyo.

Según fuentes de las Naciones Unidas, habría unos 70 estados clasificados como débiles, vulnerables o periféricos, es decir países en donde las personas, ya no más ciudadanos, deambulan entre la supervivencia violenta y la emigración.

7. Así, parece evidente que los desplazamientos de población, sean o no forzosos, son en gran medida el resultado de: 1º) el crecimiento demográfico desproporcionado, 2º) el reparto desigual de la riqueza entre países, más conocido como el conflicto Norte/Sur y 3º) la internalización e integración creciente de los medios de comunicación, así como de la producción y el comercio mundiales.

8. Propuesta para discusión: la existencia de inmigrantes en situación irregular, así como de solicitantes de asilo y refugiados, son síntomas de un sistema que funciona precariamente en lo que se refiere al respeto de los derechos humanos (derechos sociales y económicos/derechos civiles y políticos). (Ver Declaración Universal de los Derechos Humanos).

II. La crisis actual y la protección internacional a los refugiados

9. Todos sabemos que el mundo atraviesa actualmente una profunda crisis que se vio agravada con el final de la guerra fría. Se trata de una crisis social en su sentido más amplio, un concepto que abarca una crisis económica, política, cultural y, por qué no decirlo, filosófica (valores). Dicha crisis afectaría, al mismo tiempo, a los países ricos del occidente, los países recientemente liberados del comunismo, así como también a los del hemisferio sur.

10. La importancia y el impacto de los efectos que estamos viendo, en lo que se refiere a transición y ruptura histórica, han sido comparados con los de la revolución francesa o la revolución bolchevique. En efecto, el cambio vertiginoso en las relaciones internacionales ha sido tan intenso que el concepto de Nuevo Orden Internacional, elaborado por el ex Presidente norteamericano, George Bush, ha quedado anticuado. Así, tenemos la impresión de que la historia actual es una mezcla, a veces explosiva, de aceleración, estancamiento y repetición. En las palabras de la Alta Comisionada, navegamos en aguas desconocidas y debemos evitar al mismo tiempo los arrecifes de un triunfalismo prematuro que surgió con la caída del Muro de Berlín, así como de un pesimismo excesivo que parece caracterizar los actuales rumbos de las relaciones internacionales.

Es cierto que vivimos en un gran desorden internacional, resultado en gran medida de la desintegración del mundo bipolar. Sin embargo, algo nuevo en materia de relaciones internacionales se está estructurando. Los indicios principales de esta tendencia parecen ser:

1) El reconocimiento de la ONU como forum principal o referencia normativa fundamental para la solución pacífica de los conflictos.

2) La emergencia de temas de importancia mundial que afectan al conjunto de la humanidad como, por ejemplo, la ecología (Conferencia de la ONU en Río, 1991), los Derechos Humanos (Conferencia de la ONU en Viena, 1993), etc. Otros temas de interés universal son: el desarrollo social y económico, el crecimiento demográfico, el desarme, el narcotráfico, la deuda externa de los países del Tercer Mundo, el SIDA y, sobre todo, el que es objeto de esta ponencia: *los solicitantes de asilo y los refugiados*.

11. La intolerancia, la persecución de los disidentes, la violación de los derechos humanos, las guerras, generan refugiados. Esto ha sido una constante en la historia de la humanidad. Sin embargo, con la creación de la Organización de las Naciones Unidas y después del horror que representaron los dos grandes conflictos mundiales, un nuevo impulso democrático animó a la humanidad a perseguir objetivos más nobles como son la defensa de los derechos humanos y la promoción de la cultura de la paz.

12. La Declaración de los Derechos Humanos, así como la promulgación de diferentes tratados de derecho humanitario, constituyen referencias importantes y obligatorias de dicha tendencia. Así, la Convención de las Naciones Unidas de 1951, relativa al Estatuto de los Refugiados, así como su protocolo adicional de 1967, son el marco jurídico que define las obligaciones de los Estados en lo que se refiere a la Protección Internacional de los Refugiados.

En su artículo 1A, la Convención de 1951 define así el concepto de refugiado:

El término refugiado se aplicará a toda persona que, como resultado de acontecimientos ocurridos en Europa antes del 1º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia o determinado grupo social y

opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera, acogerse a la protección de tal país...

13. El Protocolo adicional de 1967 actualiza y amplía dicha definición al suprimir la referencia temporal ("antes del 1º de enero de 1951"), así como la geográfica ("Europa").

14. Por otra parte, la definición de refugiado que figura tanto en la Convención de la Organización de la Unidad Africana de 1969 como en la Declaración de Cartagena de 1984 sobre la situación de los Refugiados en América Central, es una definición aún más amplia, y por tanto más liberal, puesto que incorpora la agresión exterior, invasión de una potencia extranjera, violencia generalizada, así como violación sistemática de los derechos humanos como razones suficientes (causas) para otorgar el estatuto de refugiado a las personas que lo necesitan.

15. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados -ACNUR- fue creado tras la 2ª Guerra Mundial y su Mandato consiste en promover, junto con los Estados y Organizaciones no Gubernamentales, la protección y asistencia a todas aquellas personas que caen bajo su competencia. Se trata de una labor de carácter estrictamente humanitario y, desafortunadamente, necesaria en el mundo en que vivimos. Así, nuestra capacidad de proteger a los refugiados y ofrecerles soluciones duraderas a sus problemas es directamente proporcional al carácter democrático de nuestras sociedades.

16. En los dos últimos decenios, el número de refugiados en el mundo se ha multiplicado peligrosamente. Así, en 1970, había 2.5 millones de refugiados, 8.2 millones en 1980 y, en 1993, 19.7 millones. Estas personas, niños, mujeres y ancianos mayoritariamente, se encuentran sobre todo en los países del tercer mundo (cabe mencionar el ejemplo de Burundi: 500.000 muertos y 800.000 refugiados que huyeron hacia Botswana, Zaire y Tanzania hace un mes).

La distribución geográfica de la población de refugiados en el mundo es la siguiente:

África Negra	5.850.000
Asia ¹ y Oceanía	1.092.931
Europa	4.407.461
América	1.926.763
Suroeste asiático, Norte de África y Medio Oriente	6.441.107

17. La inestabilidad actual y el desorden internacional en que vivimos están contribuyendo al agravamiento del problema de los refugiados y personas desplazadas que, cada vez más, están siendo víctimas de los conflictos provocados por el fanatismo nacionalista excluyente de los prejuicios raciales y de actitudes xenófobas. Así, el recrudecimiento del racismo y los actos de xenofobia no son fenómenos marginales e irrelevantes en la Europa Post-Guerra fría. Son tendencias que se afirman peligrosamente en seguimientos significativos de la población. No podemos desconsiderar su importancia (por ejemplo, la existencia de partidos políticos abiertamente racistas y autoritarios o la naturaleza de los conflictos que asuelan la antigua Yugoslavia por cuestiones de "limpieza étnica"; o lo que sucede en Asia Central, el Cáucaso, Somalia u otras partes de África: los desplazamientos ocurren como consecuencia de conflictos internos; desintegración de los Estados nacionales; el problema de los desplazados internos, aproximadamente 24 millones de personas que pueden considerarse refugiados potenciales; el conflicto Norte-Sur que se agrava; el sistema tradicional de protección de los refugiados, la crisis del derecho de asilo).

18. Hoy en día, la dimensión y la complejidad de los problemas planteados por los desplazamientos humanos y las crisis hu-

1 China, Hong Kong, India, Indonesia, Tailandia, Bangladesh, Malasia, Filipinas y Japón son los países que comparativamente han acogido mayor número de refugiados, originarios principalmente de Indochina y Sri Lanka.

manitarias que conllevan requieren, por parte de los gobiernos, organizaciones no gubernamentales, de los ciudadanos y de la Comunidad Internacional en su conjunto, coraje, liderazgo, osadía, nuevas estrategias para preservar y promover los valores y los principios en que se funda el Estado de Derecho/Paz, Derechos Humanos y Desarrollo/Solidaridad Internacional, la lucha por la democracia en el interior de los Estados y entre los Estados., el espacio multilateral como espacio ideal de/para la solución pacífica de los conflictos.

19. Es este el desafío al que se enfrenta hoy día la Comunidad internacional: vencer la barbarie y fortalecer los pilares de una civilización más solidaria. Sólo así seremos capaces de mantener abierto el camino del futuro.

DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO APLICABLE A LOS DESPLAZADOS INTERNOS

Robert Kogod GOLDMAN

- I *Introducción.*
- II *Derechos Humanos que se pueden aplicar.*
- III *Normas del Derecho Internacional Humanitario.*
- Conclusión: Papel que desempeñan las ONG.*

I. Introducción

La decisión del Consejo de Seguridad de la ONU, de autorizar a las fuerzas de la coalición a dar ayuda y protección a los kurdos desplazados en Irak después de la Guerra del Golfo, ha centrado la atención mundial en la desesperada situación de este grupo étnico. Sin embargo, la bien conocida crisis de los kurdos refleja el síntoma de un fenómeno global, que no por ser menos visible deja de ser más serio. Se estima que, actualmente, existen más de 24 millones de desplazados internos en el mundo y la cifra aumenta cada día más.

Por diferentes razones, como por disputas civiles, conflictos armados, políticas deliberadas, desastres naturales, los desplazados internos se ven obligados a huir de sus hogares y emprenden la búsqueda del refugio en otras partes del territorio nacional. A los desplazados (en cuyas filas se cuentan generalmente personas que necesitan ayuda especial), que se ven obligados por las circunstancias a llevar una existencia nómada o a establecerse en viviendas improvisadas, ubicadas en centros de población urbanos y a otros, con frecuencia se les niegan, entre otros, los derechos económicos, sociales, legales y de otro tipo que les pertenecen como ciudadanos, de acuerdo con la legislación doméstica y/o internacional de las protecciones básicas que se deben otorgar a los desplazados internos en virtud del derecho humanitario y de los derechos humanos internacionales vigentes, y de la forma en que las organizaciones no gubernamentales, ONG (dedicadas a atender este problema), pueden utilizar este derecho, así como de los órganos de supervisión pertinentes en caso de que a los desplazados se les nieguen tales protecciones.

II. Derechos Humanos que se pueden aplicar

Ya que las normas de derechos humanos han sido redactadas de manera muy general, no brindan a los individuos una protección explícita contra el desplazamiento interno. Sin embargo, de la misma forma en que inicialmente se reconoció el verse libre de la

desaparición forzada o involuntaria como algo inherente al derecho a la vida, se puede alegar que un derecho individual contra el desplazamiento es inherente a la libertad de circulación y residencia proclamada, *inter alia*, en el artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pero este derecho, al igual que muchos otros, no es absoluto y puede, por lo tanto, ser legalmente restringido o suspendido temporalmente en determinadas circunstancias.

Una vez que los individuos han sido desplazados, en teoría deberían seguir disfrutando de los mismos derechos humanos que el resto de la población. No obstante, la experiencia demuestra lo contrario, porque el desplazamiento, por su misma naturaleza, acarrea generalmente la privación de múltiples derechos. Además de la crueldad emocional, el desplazamiento desintegra a la familia nuclear; corta importantes vínculos sociales y culturales, acaba con relaciones de trabajo estables; dificulta o excluye oportunidades de educación formal y priva a quienes necesitan protección especial, como los niños, las mujeres embarazadas y los enfermos, de servicios vitales del sector público y privado. Aunque los desplazados con frecuencia tienen que huir de sus hogares por las mismas razones que los refugiados, el hecho de que permanezcan en el territorio nacional significa que no pueden ser calificados como verdaderos "refugiados" y, por lo tanto, no tienen derecho al régimen protector especial que el derecho internacional otorga a tales personas. Al respecto, una autoridad en este campo ha señalado que "los desplazados internos deben, entonces, buscar la protección de la comunidad internacional, ya que su propio gobierno no desea o no puede protegerlos."¹

Salvo en el caso de desastres naturales, el desplazamiento interno masivo casi nunca podría ocurrir como resultado de una po-

1 Presentación de Martin Macpherson sobre Desplazados Internos, Oficina Cuáquera de la ONU, Ginebra, a la Reunión sobre Protección, de ACNUR/ONG, 21 de junio, 1991, pág. 2.

lítica oficial en un verdadero régimen democrático en tiempos de paz. Así, tal desplazamiento debe considerarse como un barómetro que indica que algo marcha muy mal en un país. De hecho, se trata de un subproducto del conflicto armado y/o del grave fracaso de las instituciones democráticas; o bien, en el caso de regímenes no democráticos, de una política oficial. Este fenómeno se halla además normalmente asociado a un patrón más generalizado de otras violaciones graves de los derechos humanos y, donde pueda aplicarse, del derecho humanitario.

a) Obligaciones del Estado de acuerdo con la Carta de la ONU

Ciertamente se puede argumentar que si un gobierno es responsable o permite el desplazamiento masivo de sus propios ciudadanos (excepto por razones legítimas relacionadas con hostilidades armadas que se explicarán más adelante), incumple las obligaciones asumidas al ratificar la Carta de la ONU. De manera específica, los artículos 55 y 56 de la Carta señalan que todos los Estados miembros de la ONU deben "promover el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos..." Estos artículos son la base del derecho internacional de los derechos humanos y su carácter de obligatoriedad ha sido plenamente confirmado por la Corte Internacional de La Haya. Aunque no especifican ni definen los "derechos humanos y las libertades fundamentales", la Declaración Universal de Derechos Humanos es hoy ampliamente reconocida como una interpretación terminante y declaratoria de las obligaciones que la Carta impone a los países miembros de la ONU. El Juez Thomas Buergenthal ha escrito al respecto: "La práctica de las Naciones Unidas señala (...) el acuerdo de que las políticas gubernamentales que realizan o toleren violaciones masivas de los derechos humanos fundamentales violan la Carta de la Organización, porque tales acciones son incompatibles con la obligación de promover los derechos humanos..."².

2 Buergenthal, T., Norris, R. & Shelton, D. *La Protección de los Derechos Humanos en las Américas*, Ed. Civitas, 1990. Págs.59-60.

En el tanto se establezcan políticas oficiales que causen o toleren el desplazamiento interno de familias enteras o parte de ellas, tales políticas son incompatibles con los artículos 55 y 56 *enter alia* con una o más de las siguientes disposiciones de la Declaración Universal: artículo 7 (igual protección de la ley); artículo 13 (libertad de circulación y residencia); artículo 16 (protección del Estado a la familia, como elemento natural y fundamental de la sociedad); artículo 17 (derecho a la propiedad); artículo 23 (derecho al trabajo); artículo 25 (derecho a una calidad de vida adecuada que incluya la asistencia médica, la alimentación, el vestido, la vivienda, los servicios sociales necesarios, y la asistencia especial para la maternidad y la infancia); artículo 26 (derecho a la educación) y artículo 27 (derecho a tomar parte en la vida cultural de la comunidad).

*b) Obligaciones del Estado de conformidad
con los tratados de Derechos Humanos*

Si el Estado es además parte de uno o más de los principales tratados universales o regionales de derechos humanos, tales como el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos (Pacto) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana), ha asumido por ello, ante los demás Estados Partes y ante sus propios ciudadanos el compromiso solemne de respetar y asegurar los derechos establecidos en estos instrumentos. Por ejemplo, la obligación de "respetar" los derechos del artículo 1(1) de la Convención Americana la cumple el Estado simplemente con no violar ninguno de los derechos enumerados. La obligación de "garantizar su libre y pleno ejercicio", según el artículo 1(1) es considerablemente más amplia.

En el caso Velázquez-Rodríguez, la Corte Interamericana manifestó que esta obligación "implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras mediante las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos." La Corte expresó también que en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución pública, lesione in-

debidamente un derecho amparado por la Convención, el Estado es responsable internacionalmente no sólo por la violación de tal derecho, sino también por faltar a su compromiso, que se encuentra en el artículo 1(1), de respetarlo y garantizarlo. La Corte determinó que, en virtud de la doble obligación que establece el artículo 1(1), un Estado debe "*prevenir*, investigar y castigar las violaciones" a los derechos asegurados. En consecuencia, un gobierno de un Estado Parte en la Convención Americana que, como política oficial y sin causa válida, deliberadamente cause el desplazamiento interno de sus ciudadanos, violaría no solamente muchos de los derechos enumerados en la Convención, los cuales son similares a aquellos reconocidos por la Declaración Universal, sino también los compromisos básicos adquiridos de conformidad con el artículo 1(1). Se puede aplicar un razonamiento análogo para determinar violaciones comparables de los derechos y obligaciones establecidos en el Pacto.

III. Normas del Derecho Internacional Humanitario

a) Situaciones de tensión y disturbios

Los conflictos armados internos constituyen una de las principales causas del desplazamiento de poblaciones civiles. Por lo general, cuando suceden tales hostilidades, los derechos humanos fundamentales de los desplazados corren mayores riesgos y se encuentran más desamparados. Antes de empezar a examinar las normas legales aplicables a los desplazados durante conflictos armados internos, resulta conveniente distinguir entre tales conflictos y las situaciones de tensión y disturbios, conocidas algunas veces como luchas civiles.

Como ejemplos de tales circunstancias están los motines, que constituyen manifestaciones realizadas sin un plan previo; actos esporádicos y aislados de violencia, a diferencia de operaciones militares ejecutadas por ejércitos o grupos armados; otros actos de naturaleza semejante, entre los que se cuenta, de manera particular, la detención masiva de personas por sus actividades u opiniones. Las situaciones graves de tensión interna (que pueden ser se-

cuela de conflictos armados o de disturbios internos) tienen típicamente una o más de las siguientes características: detenciones masivas; gran cantidad de presos políticos; probable existencia de maltratos o condiciones inhumanas durante la detención; suspensión de las garantías judiciales fundamentales y denuncias de desapariciones. Una situación semejante predominó durante ciertas épocas del régimen de facto de Pinochet en Chile, con excepción de un breve período inmediatamente después del golpe de 1973, en que hubo choques violentos entre el ejército y varios grupos armados.

Es importante señalar que la tensión interna y los disturbios no están actualmente regidos en el presente por el derecho internacional humanitario, sino más bien por el derecho de los derechos humanos. No obstante, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) está facultado por sus propios estatutos para tomar iniciativas de ayuda y protección a las víctimas de tales situaciones, las cuales incluirían a los desplazados. De cualquier manera, en vista de que los gobiernos no están obligados legalmente a admitir en sus países a representantes del CICR en esas circunstancias, esta organización puede verse imposibilitada de realizar actividades humanitarias en favor de los desplazados.

Los conflictos de tensión y disturbios no deberían acarrear la suspensión, es decir, la derogación de derechos establecidos, ya que pocas veces, o nunca, constituyen una emergencia que amenace verdaderamente la existencia del Estado. Sin embargo, la mayoría de los tratados de derechos humanos permiten a los gobiernos restringir legalmente el libre ejercicio de muchos derechos durante tales situaciones, con el fin de restablecer el orden y proteger vidas y propiedades. Así, por ejemplo, un gobierno puede implantar el toque de queda en una zona afectada por disturbios sin incurrir en una violación de la libertad de circulación y residencia. Pero la simple existencia de desórdenes civiles, al no ser conflictos armados, nunca debe justificar una política oficial de reubicar a la fuerza o expulsar a una parte o a toda la población civil de las áreas afectadas. Tal disposición estaría totalmente en desacuerdo con el requisito expreso o implícito en los tratados sobre derechos humanos, en los cuales se señala que las restricciones a los derechos deben ser "necesarias en una sociedad democrática".

b. Conflicto armado interno regido por el artículo común 3

A diferencia del derecho de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario ha sido creado para aplicarse en situaciones de conflicto armado y contiene reglas que limitan los medios y los métodos de combate, con el propósito de librar a la población civil de los efectos de las hostilidades. Aunque el derecho de los derechos humanos y el derecho humanitario comparten un núcleo de derechos inderogables y un propósito común de proteger la dignidad humana, las detalladas disposiciones del derecho humanitario otorgan una protección mucho mayor a las víctimas del conflicto armado que las garantías generales de derechos humanos. Tal vez, el área de mayor convergencia de estas dos ramas del derecho internacional es la de situaciones de conflicto armado estrictamente interno.

La fuente principal del derecho humanitario que abarca **todos** los conflictos armados internos (es decir, los que no son internacionales) es el artículo 3 común a las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949. Debe señalarse que el artículo 3 simplemente se refiere, sin definirlo, a un "conflicto armado que no sea de índole internacional." De hecho, y en la práctica, es aplicable a confrontaciones armadas abiertas de baja intensidad entre tropas o grupos armados más o menos organizados, que tienen lugar exclusivamente dentro del territorio de un determinado Estado. El artículo 3 se aplica típicamente a luchas armadas entre tropas gubernamentales e insurgentes armados organizados. También tiene aplicación en los casos de dos o más facciones armadas dentro de un país que se enfrentan **sin** la intervención de tropas gubernamentales, debido, por ejemplo, a que el gobierno establecido ha sido disuelto o a que es demasiado débil para hacerlo.

Las disposiciones inderogables del artículo 3 ³ son esencialmente iguales a sus semejantes en el campo de los derechos huma-

3 El artículo 3 es la única disposición de las cuatro Convenciones de Ginebra que es directamente aplicable a los conflictos armados internos.

nos. Prohiben sin excepciones, entre otros, los actos siguientes: los atentados contra la vida y la integridad personal, especialmente todo tipo de homicidio, mutilación, trato cruel y tortura; la toma de rehenes; los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes. Además, estipula que se debe recoger y asistir a los heridos y los enfermos.

A diferencia del derecho de los derechos humanos, que restringe solamente las violaciones cometidas por un gobierno y sus agentes, las disposiciones obligatorias del artículo 3 vinculan expresamente a las partes en conflicto; por ejemplo, al gobierno y a las fuerzas insurgentes. Además, la obligación de aplicar el artículo 3 es absoluta para ambas partes e independiente de la obligación de cada una de ellas. En consecuencia, las personas civiles, incluidos los desplazados forzosos o en forma voluntaria a causa de las hostilidades, al ser capturados o sometidos al control del gobierno o las fuerzas disidentes, tienen derecho a las garantías absolutas del artículo 3. Todavía más, las partes que combaten tienen que otorgar a las personas civiles estas protecciones *aún cuando* éstas hayan luchado en favor de la parte opositora o hayan participado en las hostilidades de manera indirecta, suministrando a cualquiera de las partes en alimentos u otro apoyo de tipo logístico. En estas circunstancias, si alguna de estas personas civiles muere como consecuencia de una ejecución sumaria o por tortura infligida por una de las partes en conflicto, su muerte es equivalente a homicidio. Por lo demás, el artículo 3, en forma implícita, y el derecho consuetudinario⁴, de manera expresa, prohíben el ata-

4 Aunque el artículo 3 en su redacción no prohíbe los ataques contra poblaciones civiles durante conflictos armados que no son internacionales, tales ataques están prohibidos por las leyes del derecho consuetudinario. En "El respeto a los Derechos Humanos durante un Conflicto Armado" (Resolución 2444 de la ONU), adoptada por voto unánime el 19 de diciembre, 1969, se reconoce de manera expresa este principio consuetudinario de inmunidad civil y su principio complementario que obliga a las partes en lucha a distinguir siempre entre personas civiles y combatientes. El preámbulo de esta resolución establece con claridad que estos principios de derecho humanitario se aplican "en todo conflicto armado," es decir, tanto en conflictos armados in-

que directo a los desplazados y otras personas civiles que vivan en zonas de combate o en áreas controladas por el enemigo. Las muertes que ocurren como resultado de estos ataques ilícitos pueden ser clasificadas como homicidios.

c. El Protocolo Adicional II

Aparte del artículo 3 y del derecho consuetudinario, el Protocolo Adicional de 1977 a las Convenciones de Ginebra de 1949, Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional (Protocolo II) contiene otras reglas detalladas que son aplicables a desplazados y otras personas afectadas por las hostilidades. El umbral de aplicación de este instrumento es distinto y es claramente más riguroso que el del artículo 3.⁵ En efecto, las condiciones objetivas que deben cumplirse para producir su aplicación contemplan una situación de guerra civil esencialmente comparable al Estado de beligerancia según el derecho consuetudinario internacional.

Es importante el hecho de que el Protocolo II desarrolle y complemente las disposiciones del artículo 3 sin modificar las condiciones de aplicación de ese artículo. Así, el Protocolo II se aplica acumulativa y simultáneamente con el artículo 3. Aunque el Protocolo como tal sólo se aplica directamente a hostilidades en el territorio de un Estado Parte del instrumento, sus disposiciones no son en modo alguno improcedentes respecto a los conflictos arma-

ternacionales como internos. Además, el CICR desde hace tiempo considera estos principios como reglas básicas de las leyes de guerra que se aplican en todos los conflictos armados.

- 5 El artículo 1, párrafo 1 del Protocolo II, limita la aplicación de ese instrumento a conflictos armados no internacionales, "que se desarrollen en el territorio de un Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo."

dos propios del artículo 3. Ya que el Protocolo II incorpora, clarifica y fortalece las normas legales consuetudinarias del artículo 3, sus disposiciones también deberían ser consideradas como declarativas del derecho consuetudinario y, por lo tanto, deben ser aplicadas por las partes *entodo* conflicto armado interno.

Por ejemplo, el artículo 13 del Protocolo II, en forma expresa, proporciona a las personas civiles protección general contra ataques directos, e implícitamente las protege a ellas y a objetivos civiles de ataques indiscriminados o desproporcionados.

Al prohibir que padezcan hambre las personas civiles como método de combate, el artículo 14 prohíbe una actividad que es utilizada con demasiada frecuencia por las fuerzas gubernamentales o insurgentes en todo el mundo, especialmente en los presentes conflictos del Cuerno de África.

Las garantías fundamentales inderogables de trato humano establecidas en el artículo 4 del Protocolo II también están relacionadas con los desplazados internos y otras víctimas de hostilidades internas. Este artículo, que amplía las reglas mínimas del artículo 3, prohíbe absolutamente a las partes combatientes, en cualquier circunstancia, *inter alia*: los castigos colectivos y los corporales, los actos de terrorismo, la violación y cualquier forma de atentado al pudor, el pillaje y las amenazas de realizar los actos mencionados.

Este artículo contiene además reglas especiales para la protección de los niños, quienes constituyen a menudo el grupo más vulnerable entre los desplazados. Aparte de "los cuidados y la ayuda que necesiten," el artículo 4(3) impone la obligación afirmativa a *todas* las partes en conflicto de asegurar que los niños "recibirán una educación, incluida la educación religiosa o moral" conforme a los deseos de los padres o de las personas que tengan la guardia de ellos, y que se "tomarán las medidas oportunas para facilitar la reunión de las familias temporalmente separadas". Se exige, además, a las partes combatientes, si procede y siempre que sea posible, previo consentimiento de los padres o comparables, que se tomen medidas para "trasladar temporalmente a los niños de la zo-

na en que tengan lugar las hostilidades a una zona del país más segura y para que vayan acompañados de personas que velen por su seguridad y bienestar". Los niños menores de quince años no podrán ser reclutados por ninguna de las partes ni se les permitirá participar en las hostilidades.

Quizás el artículo 17 constituye la disposición del Protocolo II que se relaciona de manera más directa con el problema de las personas desplazadas. El inciso 2 de este artículo estipula que "no se podrá forzar a las personas civiles a abandonar su propio territorio por razones relacionadas con el conflicto." El inciso i prohíbe a las partes combatientes ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relativas al conflicto, "*a no ser que así lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas*" (el énfasis es nuestro). Además, si el desplazamiento tuviera que efectuarse, la parte responsable debe tomar "todas las medidas posibles para que la población civil sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación". La redacción negativa del artículo 17 muestra claramente la intención de prohibir, en términos generales, el movimiento o desplazamiento forzado de personas civiles en el transcurso de hostilidades internas. En consecuencia, le corresponderá a la parte que inicie una acción semejante el justificarla dentro de las escasas excepciones que admite esta norma. Por lo tanto, el artículo 17 prohíbe el empleo de políticas deliberadas, como la utilizada en Guatemala desde finales de los años setenta, de sacar por la fuerza a la mayoría de la población civil de cierta área y reubicarla en "aldeas estratégicas", como parte de una política contrainsurgente encaminada a impedir que las fuerzas disidentes contarán con lo que se considera base social y/o apoyo logístico.

Vale la pena señalar que, a pesar de que el Protocolo II no hace referencias explícitas al CICR, esto no afecta en modo alguno el derecho que tiene la organización, de acuerdo con el artículo 3, de brindar sus servicios humanitarios a las partes combatientes. Sin embargo, a diferencia del artículo 3, el artículo 18 del Protocolo II dispone expresamente que las sociedades nacionales de socorro, como la Cruz Roja y la Media Luna Roja, podrán ofrecer sus servicios para el desempeño de sus funciones tradicionales en favor de las víctimas del conflicto armado.

d. Problemas para el acceso del CICR

Aunque el artículo 3 y el Protocolo II tienen aplicación inmediata cuando existen objetivamente las situaciones que tocan sus respectivos umbrales, el CICR no tiene facultades para obligar a las partes combatientes a reconocer tal aplicación y, mucho menos, para hacer respetar las normas de su mandato. Por ejemplo, a pesar de que tanto el gobierno salvadoreño como el nicaragüense permitieron al CICR establecerse en sus territorios con delegaciones permanentes durante sus respectivos conflictos armados, ninguno de los dos gobiernos reconoció públicamente la existencia de hostilidades internas tal como lo define el artículo 3. Aún más, como el artículo 3 es la *única* disposición de la Convención de Ginebra que regula los conflictos internos, las partes **no** tienen obligación legal de cumplir las otras disposiciones muy detalladas de la Convención que se refieren a la puesta en práctica de sus normas. Estas disposiciones, que tienen aplicación solamente en conflictos armados internacionales o entre estados, disponen el acceso y la supervisión *obligatorios* por parte de poderes protectores o de un organismo imparcial como el CICR.

En contraste, las partes, y particularmente el gobierno, en los conflictos contemplados en el artículo 3 y el Protocolo II, **no** tienen obligación legal de aceptar el ofrecimiento del CICR de ayuda humanitaria y servicios de protección a las víctimas del conflicto. Los gobiernos pueden impedir el acceso del CICR por varias razones. A veces, el acceso se niega porque el gobierno cree que la presencia y el contacto del CICR con las fuerzas disidentes serviría de alguna manera para reconocer a los disidentes y "legitimar" su causa. Tales temores, sin embargo, son totalmente infundados; el artículo 3 expresa de manera inequívoca que la aplicación de sus disposiciones no altera el Estado legal de las partes en conflicto. En el pasado, los gobiernos también han rechazado las propuestas del CICR, calificándolas de intromisiones injustificadas en asuntos domésticos o han decidido ignorar la realidad al negar simplemente la existencia de un conflicto armado en su territorio. Otras veces, los gobiernos, como los de Guatemala desde finales de los años setenta hasta mediados de los años ochenta, han determinado que la presencia del CICR es "inconveniente", ya que no tienen

interés en someter al escrutinio de esta organización humanitaria sus brutales tácticas militares y el trato que dan a las víctimas.

Aun cuando se le permita ingresar a una nación maltrecha por la guerra, el CICR puede verse imposibilitado de suministrar ayuda y protección efectivas a los desplazados internos. Por ejemplo, las fuerzas gubernamentales y/o las disidentes pueden impedirle llevar a cabo sus actividades en zonas conflictivas o en áreas controladas por el enemigo que tienen grandes concentraciones de personas desplazadas. Y aún, si el acceso no constituyera un problema, el CICR podría ser incapaz de alcanzar a grandes cantidades de estas personas si, por ejemplo, están muy dispersas o cambian constantemente de lugar. Si por cualquier razón el CICR no puede llevar a cabo sus servicios humanitarios, es poco realista suponer que sociedades de socorro locales, como la Cruz Roja o la Media Luna Roja, podrían o querrían hacerlo. La especialidad de estas sociedades consiste generalmente en suministrar socorro en casos de desastre en tiempos de paz y, muy a menudo, carecen de la independencia necesaria como para llevar a cabo actividades verdaderamente imparciales en beneficio de las víctimas del conflicto armado.

Como se señaló anteriormente, el CICR no tiene facultades para obligar a las partes combatientes a obedecer el derecho que regula los conflictos armados internos. Aunque el CICR evita por lo general denunciar violaciones a este derecho, algunas veces ha dirigido llamados públicos a una o a las dos partes en conflicto para que cesen su/s abusos y, como último recurso, se ha retirado de países donde las fuerzas, en particular las gubernamentales, ignoran tales llamados y persisten en la comisión de atroces violaciones. La responsabilidad de hacer cumplir este derecho, incluido el castigo a quienes cometen violaciones, recae en último término sobre las partes combatientes. A menos que ambas partes tomen las medidas adecuadas para prevenir y castigar las crueldades y los excesos, los desplazados y otras víctimas del conflicto armado hallarán que la protección y los servicios de ayuda del CICR no sirven de mucho.

Conclusión: Papel que desempeñan las ONG

Los comentarios anteriores demuestran que existe la urgente necesidad de mejorar el mecanismo existente de protección a los derechos humanos de los desplazados internos, especialmente durante conflictos armados, y de comenzar la elaboración de nuevas normas legales adaptadas a sus necesidades particulares. Varias ONG han encabezado tales esfuerzos en el plano internacional. Pero en vista de que la reforma legal es, en el mejor de los casos, un lento proceso acumulativo, la comunidad de ONG, como un todo, debe empezar a examinar estrategias a corto plazo encaminadas a aliviar las condiciones y los peligros que enfrentan los desplazados en la actualidad.

Las ONG se encuentran en una posición única para recoger y diseminar información relativa a la difícil situación de los desplazados y a los abusos que se cometen con ellos; pueden, asimismo, lograr que se ejerzan presiones sobre las partes violadoras y están capacitados para utilizar de manera creativa los organismos existentes de derechos humanos con el fin de esclarecer y acrecentar los derechos de estas personas. Para ello será necesario que muchas ONG prominentes amplíen sus mandatos respectivos, de modo que incluyan el escrutinio de los actores no gubernamentales, y que manejen el desplazamiento interno como una clase distinta de problemas en derechos humanos.

Por ejemplo, uno de los aspectos distintivos de los cinco comités que componen el Human Rights Watch -la ONG con sede en Nueva York-, es que de manera rutinaria observan las violaciones a las leyes de guerra en los conflictos armados internos. Muchos de sus informes se han centrado en abusos cometidos por fuerzas gubernamentales y guerrilleras contra los desplazados internos, tales como ataques indiscriminados con morteros, privación de alimentos y negación de suministros médicos. Al exponer y denunciar las prácticas abusivas de ambas partes, estos informes tratan de influir a la opinión pública mundial y a otros estados, de los cuales las partes de este conflicto dependen por lo general para obtener ayuda militar y/o económica, en contra de la parte ofensora. Algunas veces las críticas contenidas

en estos informes han llevado a las partes combatientes a limitar o eliminar ciertos abusos.

Las ONG pueden también ayudar a dar forma a nuevas leyes y a que los encargados de tomar decisiones estén conscientes de la terrible realidad del desplazamiento, mediante el uso innovador de los procedimientos de denuncia ante organismos intergubernamentales, internacionales y regionales. Por ejemplo, en el caso de países con políticas oficiales que aprueban o permiten el desplazamiento interno masivo, las ONG pueden recurrir al procedimiento de la Resolución 1503 de la ONU, mediante el cual se denuncia que tales políticas demuestran un patrón de graves violaciones a los derechos humanos. Estas denuncias brindan una oportunidad de enfocar las causas profundas y la patología del desplazamiento interno en situaciones específicas. Tales denuncias también pueden complementar los esfuerzos de las ONG que trabajan actualmente para mantener el problema del desplazamiento interno en la agenda de la Comisión de la ONU sobre Derechos Humanos.

Hasta la fecha, las ONG no han utilizado en forma adecuada los mecanismos del Sistema Interamericano para el cumplimiento de los derechos humanos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión) se ha referido al desplazamiento interno en informes publicados sobre Nicaragua y Guatemala y ha hecho alusión al problema general en varios informes anuales. Como se explicó anteriormente, las injustificadas políticas gubernamentales que causan o permiten el desplazamiento interno, ya sea en tiempos de paz o durante hostilidades internas, pueden ser denunciadas ante la Comisión. Los actos que constituyen homicidio y tortura, si son perpetrados por las fuerzas gubernamentales durante conflictos armados internos, acarrearán responsabilidad legal del Estado y pueden ser llevados ante la Comisión como violaciones a derechos inderogables de la Convención Americana. En contraste, de acuerdo con el derecho de los derechos humanos, los actos comparables cometidos por las guerrilleros y otros actores no gubernamentales, aunque violen reglas del derecho humanitario, no constituyen violaciones a los derechos humanos sujetas a la jurisdicción de la Comisión, sino que son tratados como infraccio-

nes a la legislación penal doméstica. En los casos en que los desplazados internos parezcan correr peligro inminente en manos de los agentes gubernamentales, las ONG deben solicitar a la Comisión que obtenga inmediatamente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte) las medidas provisionales necesarias para limitar la acción gubernamental y proteger a los desplazados. Las ONG deben también trabajar con la Comisión para crear procedimientos de emergencia simples y eficaces que se puedan aplicar a los desplazados internos, semejantes a los que se utilizan normalmente en situaciones de supuestas desapariciones. Además de presentar casos contenciosos ante la Comisión para obtener la decisión definitiva de la Corte, las ONG pueden trabajar con la Comisión y con estados miembros de la OEA de buena voluntad, para solicitar opiniones consultivas de la Corte respecto a los derechos de los desplazados internos y los correspondientes deberes del Estado en los términos de la Convención Americana y otros tratados pertinentes. Estas sugerencias podrían resultar en una mayor protección para los desplazados internos de acuerdo con las normas de la legislación actual, mientras se llevan a cabo esfuerzos complementarios para ampliar el mandato de las organizaciones humanitarias y se elaboran en forma progresiva nuevas normas legales para suministrar mayor acceso, ayuda y protección a los desplazados internos.

LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DESPLAZADOS INTERNOS A LA LUZ DEL DERECHO COSMOPOLÍTICO DE KANT

Hernando VALENCIA VILLA

1. *La propuesta kantiana*
2. *El derecho internacional de la persona humana*
3. *El desplazamiento interno en una perspectiva cosmopolítica.*

Ponencia presentada en la Reunión de Juristas sobre Protección Nacional e Internacional de Poblaciones Desplazadas, convocada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos en San Salvador, del 13 al 16 de mayo de 1992.

*"La única patria, extranjero, es
el mundo en que vivimos; un único
Caos produjo a todos los mortales".*

**Meleagro de Gadara,
Siglo I antes de Cristo**

Entre las violaciones de los derechos humanos que tiranizan hoy a colombianos, peruanos y otros latinoamericanos, ninguna resulta tan insidiosa como el desplazamiento violento o refugio interno, que obliga a miles de personas y familias a abandonar sus tierras ancestrales o sus lugares habituales de residencia y de trabajo para asentarse de mala manera en otros sectores del territorio nacional. Mientras las masacres, las desapariciones forzadas y los asesinatos políticos reciben una considerable atención más o menos permanente de las autoridades, los medios de comunicación y las organizaciones nacionales e internacionales de derechos humanos, el éxodo interno de carácter compulsivo pasa desapercibido o aparece como una violación menor debido a que no se manifiesta con la misma atrocidad, se presenta a lo largo de períodos de cierta duración o se considera imposible de castigar o de controlar a causa de su naturaleza anónima y masiva. Y, sin embargo, el exilio interior afecta más derechos de más gentes durante más tiempo que cualquier otra modalidad específica de desconocimiento de las libertades ciudadanas fundamentales. Más aún, en casos como el peruano o el colombiano, en los cuales el desarraigo violento obedece casi por entero al alzamiento guerrillero y a la represión militar y paramilitar en un contexto de empate negativo cada vez más internacionalizado entre las fuerzas en conflicto, este drama adquiere connotaciones de calamidad pública si a la relativa indiferencia doméstica se suma la actitud elusiva de la organización mundial. Esta postura abstencionista de la comunidad humanitaria y en especial de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) intenta justificarse con un argumento que bien podría llamarse la coartada de las fronteras nacionales y que consiste en afirmar que el mandato de intervención humanitaria en favor de los desarraigados sólo debe ejercitarse si y cuando se cruza una línea fronteriza internacional, con lo cual se abandona a su propia suerte, que suele ser la peor

de todas, a los refugiados internos. Tal estado de cosas no puede prolongarse impunemente.

Es menester reformular el tema del desplazamiento forzado no internacional desde una perspectiva jurídica inédita, que supere el temor reverencial a la soberanía nacional y la "estatolatría" de las agencias internacionales y que, al mismo tiempo, cargue el acento en la protección efectiva y en la asistencia oportuna a las poblaciones victimizadas por el desarraigo violento. Para ello, el enfoque más promisorio es el del llamado derecho cosmopolita o cosmopolítico de Kant, tal como ha sido recientemente rescatado por Bobbio¹, que afirma la plena personería jurídica internacional del individuo humano y que permite, en consecuencia, proponer un nuevo derecho internacional de la persona cuyas ramas serían el derecho de los derechos humanos, el derecho de los conflictos armados y el derecho de los refugiados y desplazados. Las páginas siguientes exploran este nudo normativo como marco teórico alternativo dentro del cual resulta factible tratar el problema humanitario del desplazamiento interno en forma mucho más legítima y eficaz que la prevaleciente hasta ahora.

1. La propuesta kantiana

El derecho internacional tuvo dos nacimientos: uno académico y otro político. El primero puede fecharse en 1539, cuando el dominico español Francisco de Vitoria dictó en la Universidad de Salamanca su *Relectio de Indis* (Relección de los Indios), a propósito de la polémica sobre la conquista de América por España, que se considera desde comienzos del siglo XIX como la disertación inaugural del derecho de gentes; y el segundo tuvo lugar en 1648, cuando se firmó la Paz de Westfalia, que puso fin a la guerra de los treinta años y estableció las bases del sistema interestatal moder-

1 Bobbio, Norberto. *El Tiempo de los Derechos*. Madrid, Editorial Sistema, 1991, págs. 148, 171 y 181.

no ². Hasta la creación de la Sociedad de las Naciones en 1919 y, sobre todo, hasta la adopción del Pacto Briand-Kellogg en 1928, toda la tradición normativa internacional gira en torno a la guerra, que ha sido no sólo práctica cotidiana de los Estados sino también fuente del derecho en la comunidad mundial. La paz, como meta de las relaciones internacionales y sus corolarios, como la cooperación, el desarrollo y la solidaridad, se incorporan al derecho público exterior muy tardíamente, después de la primera guerra mundial. Paradójicamente, sin embargo, el reconocimiento y la protección de la persona humana por el derecho de gentes experimentan una clara involución, que contraría toda lógica, al producirse la sustitución de la guerra por la paz como categoría dominante de la legislación internacional. En efecto, el lugar del individuo como sujeto de derecho frente al Estado se encuentra mucho mejor definido y garantizado por el antiguo *jus gentium* que por el moderno *jus gentium*. Mientras el primero tiene un carácter unitario y deja de ser un *jus ad bellum* o derecho a la guerra, para convertirse en un *jus in bello* o derecho en la guerra con el manifiesto propósito de humanizar los enfrentamientos bélicos y proteger a sus víctimas armadas o desarmadas, el otro tiene un carácter dual y se orienta cada vez más a la legitimación del reparto del planeta por las grandes potencias y a la reproducción de la organización mundial de la segunda posguerra, so pretexto del mantenimiento de la seguridad del sistema como valor supremo y prioridad absoluta. Así, la vieja normatividad era más honesta por cuanto reconocía la centralidad de la guerra en tanto lenguaje corriente entre las naciones, sin dejar por ello de insistir en la obligación de respetar una ética del conflicto, de estirpe caballeresca y de orientación humanista. La nueva normatividad, con toda su devoción ritual por la paz y el desarrollo, no ha podido o no ha querido proscribir el arma nuclear, se ha puesto *de facto*, cuando no *de jure*, al servicio de los peores intereses hegemónicos y ha dele-

2 Gómez Robledo, Antonio. "Introducción" a *Francisco de Vitoria, Elecciones del Estado, de los Indios y del Derecho de la Guerra*. México, Editorial Porrúa, 1955, pág. LX.

gado la protección humanitaria a una rama separada, en la teoría especializada pero en la práctica segregada, del derecho internacional, que resulta cada vez más nominal o semántica frente a la realidad de la injusticia planetaria³.

Lo anterior se confirma al observar la práctica pedagógica imperante: las lecciones y los manuales de derecho internacional público que circulan en nuestros países se contraen las más de las veces al derecho de los tratados o de la organización mundial, como si el Estado nacional fuera el único sujeto del *jus gentium* o como si su soberanía resultara intangible, sobre todo cuando se trata de la condición de los miembros de la familia humana dentro o fuera de sus patrias, en tanto dicha condición viene determinada por el comportamiento empírico de las autoridades de uno u otro país. Frente a ésta y otras situaciones, en las cuales se pone en evidencia la hegemonía del Estado y de sus excrecencias, los organismos intergubernamentales que forman la burocracia del mundo, la conclusión no puede ser más desoladora: la persona tiene un estatus internacional precario, al menos desde el punto de vista de la tradición jurídica dominante en las cancillerías y en los foros multilaterales, por cuanto su protección y la de sus derechos fundamentales se cumple de manera marginal o residual, por añadidura o como subproducto de una legislación autoritaria, institucionalista, centrada en la defensa a ultranza del *statu quo* y del principio de autoridad de los Estados nacionales. Por ello tiene tanto interés rescatar la propuesta kantiana de un derecho de hospitalidad universal para proteger a todos los hombres en todos los países donde se encuentren o puedan encontrarse.

En *Idea de una Historia Universal en Sentido Cosmopolita*, un texto de 1784, el filósofo alemán hablaba ya de "un estado civil mundial o cosmopolita" y de "ese fin supremo de la Naturaleza, un estado de ciudadanía mundial o cosmopolita"⁴. Estas vagas referen-

3 Loewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Editorial Ariel, 1983, págs. 216 a 222.

4 Kant E. *Filosofía de la Historia*. México, Fondo de Cultura Económica, 1985, págs. 56 y 61.

cias no configuran, sin embargo, una propuesta normativa. Hay que esperar once años, al famoso opúsculo *La Paz Perpetua*, de 1795, para encontrar una formulación más orgánica, si bien breve, de la iniciativa kantiana. En la sección segunda, que contiene los artículos definitivos para la paz perpetua, se lee: "Hay que considerar a hombres y Estados, en sus relaciones externas, como ciudadanos de un estado universal de la humanidad (*jus cosmopoliticum*)" ⁵. Más adelante, en el pasaje más relevante de todo el opúsculo, el pensador de Königsberg propone, como tercer artículo definitivo para la paz perpetua, el principio según el cual "el derecho cosmopolita debe limitarse a las condiciones de la hospitalidad universal" y explica a continuación que "hospitalidad significa aquí el derecho de un extranjero a no ser tratado hostilmente por el hecho de haber llegado al territorio de otro". Dicha hospitalidad se traduce de inmediato en "un derecho de visita, derecho a presentarse en sociedad, que tienen todos los hombres en virtud del derecho de propiedad en común de la superficie de la tierra, sobre la que los hombres no pueden extenderse hasta el infinito" ⁶. Además de la profética referencia a la cuestión ambiental, que ocupa hoy el primer lugar de la agenda planetaria, este fragmento plantea con singular energía la radical condición de extranjería o extranjería que compartimos todos los humanos y que es el único fundamento legítimo de una ciudadanía mundial, como lo ha sostenido Julia Kristeva en un ensayo reciente sobre la xenofobia rampante en Francia y en Europa ⁷. Kant concluye su presentación del *jus cosmopoliticum* con un párrafo característico:

Como se ha avanzado tanto en el establecimiento de una comunidad (más o menos estrecha) entre los pueblos de la tierra que la violación del derecho en un punto de la

5 Kant E. *La Paz Perpetua*. Madrid, Editorial Tecnos, 1985, pág. 15.

6 Kant E. *La Paz Perpetua*. Madrid, Editorial Tecnos, 1985, pág. 27.

7 Kristeva, J. *Extranjeros para Nosotros Mismos*. Barcelona, Plaza y Janés Editores, 1991, págs. 206 a 210.

tierra repercute en todos los demás, la idea de un derecho cosmopolita no resulta una representación fantástica ni extravagante, sino que completa el código no escrito del derecho político y del derecho de gentes en un derecho público de la humanidad, siendo un complemento de la paz perpetua al constituirse en condición para una continua aproximación a ella ⁸.

Tres ideas se destacan en estas palabras escritas hace doscientos años. La primera se refiere a lo que se ha denominado la disminución del tamaño relativo del mundo, merced al desarrollo de las tecnologías del transporte y las comunicaciones y, en especial, al crecimiento de la conciencia ética en la aldea global. La segunda tiene que ver con la división tripartita del derecho público según nuestro autor: el derecho político o constitucional, el derecho de gentes o interestatal y el derecho cosmopolítico ⁹. Y la tercera no es otra que el poderoso aliento utópico que recorre el texto y le confiere una grandeza incontestable, toda vez que Kant no nos propone una tarea fácil, que surja de la inercia del continuismo. Por el contrario, el proyecto del derecho cosmopolítico supone una ruptura de la rutina, que en este caso es la inflación estatal, y la adopción de una nueva perspectiva: la de la persona humana entendida como fin y no como medio, para cuyo servicio debe reordenarse la comunidad internacional en su conjunto. El esencial componente utópico de la tesis kantiana aparece claramente desarrollado en las siguientes frases del mayor pensador político latinoamericano contemporáneo:

Proclamar los derechos humanos significa fundamentalmente crear aquel 'horizonte de sentido' mediante el cual los individuos aislados pueden afirmarse a sí mismos como una comunidad de hombres libres e iguales

8 Kant E. *La Paz Perpetua*. Madrid, Editorial Tecnos, 1985, pág. 30.

9 Kant E. *La Paz Perpetua*. Madrid, Editorial Tecnos, 1985, pág. 37.

(...) En tanto utopía no factible, los derechos humanos orientan la construcción del orden social sin llegar nunca a ser "realizados" y operando, por lo tanto, siempre como criterio de crítica frente a todo orden institucionalizado 10.

En obsequio del pensador alemán, debe añadirse que del mismo modo que lo que en 1789 parecía utopía filosófica es hoy realidad normativa, con la vigencia, así sea simbólica, del derecho internacional de los derechos humanos, lo que en 1992 parece utopía puede ser mañana realidad con la vigencia, ojalá material y no formal, del derecho cosmopolítico o derecho internacional de ciudadanía para todos los miembros de la humanidad. Porque el propósito del derecho no es tan sólo instrumental sino también simbólico. La ley no pretende únicamente inducir o imponer un comportamiento; ella aspira además a enjuiciar la realidad a partir de un valor moral, lo cual se logra casi siempre confiriendo a la situación un carácter ritual:

Por definición, el derecho internacional humanitario prescribe la obligación de respetar un mínimo de normas, aún en las peores situaciones, cuando el diálogo se ha interrumpido y ha sido reemplazado por la ultima ratio del conflicto armado. La importancia de este hecho no debe subestimarse. Aunque sólo se respete un porcentaje mínimo de normas, esto representa un elemento ritual, y la ritualización significa que el conflicto tiene una estructura formal. Incluso si las normas no se respetan, el hecho de tenerlas es muy diferente del de no tener ninguna norma que violar. Así, aunque estén confrontados en una lucha a muerte en la que no parece haber ningún terreno común, hay una base mínima que los adversarios com-

10 Lechner, Norbert. "Los derechos humanos como categoría política". En: Ansaldi, Waldo (comp.) *La Ética de la Democracia*. Buenos Aires, CLACSO, 1986, págs. 97 y 99.

parten. Esto puede constituir un marco, aunque sólo sea simbólico, para resolver el conflicto ¹¹.

En un tal horizonte de sentido, no por esquemático menos sugestivo, puede formularse un auténtico derecho internacional de la persona humana, que al recoger el internacionalismo o cosmopolitismo pacifista de Kant venga a introducir un equilibrio de raigambre ética y de orientación humanitaria en el reino de la *realpolitik* o razón de Estado que domina hoy las relaciones internacionales ¹².

2. El derecho internacional de la persona humana

En una síntesis pragmática, en la cual convergen la ética caballeresca del viejo derecho de la guerra, el derecho cosmopolítico kantiano y las instituciones de protección internacional de la dignidad humana, cabe hablar entonces de una nueva rama del derecho público externo o derecho internacional público: el derecho internacional de la persona humana, integrado por tres tradiciones normativas, a saber, el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los conflictos armados y el derecho internacional de los refugiados, desplazados y apátridas.

El derecho de los derechos humanos se remonta a las declaraciones de derechos de las revoluciones burguesas en la segunda mitad del siglo XVIII y particularmente a la declaración francesa de 1789. Pero su codificación como legislación mundial tarda siglo y medio, pues tan sólo con la Declaración Universal de Dere-

11 Frei, Daniel. "El derecho internacional humanitario y el control de armamentos", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 90, Ginebra, noviembre - diciembre de 1988, pág. 527. Véase también: Windass, Stan. *The Rite of War*. London, Brassey's Defence Publishers, 1986, págs. 113 a 132.

12 Phillips, Robert L. *War and Justice*. University of Oklahoma Press, Norman, 1984, págs. 101 a 130.

chos Humanos, proclamada por las Naciones Unidas en 1948, puede hablarse de un estatuto del género humano dotado de verdadero poder normativo. Entre uno y otro hito se produce una evolución que comprende tres etapas: los derechos humanos nacen como derechos naturales universales en las declaraciones revolucionarias del siglo de las luces, se desarrollan como derechos positivos particulares en las constituciones nacionales del siglo pasado y alcanzan una cierta plenitud como derechos positivos universales en los instrumentos internacionales y regionales del siglo que termina ¹³. Este proceso se encuentra lejos de concluir, sin embargo, porque no disponemos todavía de una jurisdicción internacional de derechos humanos que haga efectiva la tutela de las libertades personales fundamentales al imponerse a las jurisdicciones nacionales y al pasar de la garantía dentro del Estado a la garantía contra el Estado. Más aún, la creación de tal jurisdicción humanitaria aparea por fuerza la democratización de la organización mundial, de tal modo que desaparezca la discriminación entre los miembros permanentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y los demás miembros de la entidad, se garantice el acceso libre y directo de los individuos y de las organizaciones no gubernamentales a todo el sistema internacional de protección de la persona y se reestructure y revitalice la Corte Internacional de Justicia de La Haya o se establezca una Corte Mundial de Derechos Humanos con jurisdicción obligatoria. En últimas, se trata de llevar el proyecto de participación y cambio que es la democracia al ámbito transnacional, pues, según ha escrito recientemente Norberto Bobbio,

como las declaraciones nacionales (de derechos) fueron el presupuesto necesario para el nacimiento de las democracias modernas, ¿la declaración universal de derechos humanos no es por fuerza el presupuesto de la democratización del sistema internacional? ¹⁴.

Pero este primer componente del derecho internacional de la

13 Norberto Bobbio, *El Tiempo de los Derechos*, Editorial Sistema, Madrid, 1991, pág. 68.

14 Bobbio, Norberto. *ibid* pág. 149.

persona humana tiene una curiosa característica, que lo hace de muy difícil aplicación. Si bien es el derecho general u ordinario para todo cuanto se relaciona con la protección de la condición humana, está concebido y formulado de manera que únicamente tiene sentido y resulta practicable dentro de regímenes democráticos funcionales y durante tiempos de paz. Por esta razón ha sido necesario disponer, al mismo tiempo, de una legislación internacional expresamente dirigida a la garantía de los derechos humanos mínimos o inderogables en situaciones de guerra y frente a regímenes en emergencia o bajo ley marcial. Tal es el derecho internacional de los conflictos armados, que se ocupa de las guerras internacionales o convencionales y de las guerras civiles o irregulares en dos aspectos principales: la protección de las víctimas y de la población civil no combatiente y la limitación de los medios y métodos de combate.

El derecho internacional humanitario o derecho de Ginebra persigue el primer objetivo y el derecho de la guerra o derecho de La Haya atiende el segundo. Esta división del trabajo significa que una legislación asiste a las personas afectadas por la lucha armada, sin discriminarlas ni alterar su status, al paso que la otra gobierna las hostilidades de principio a fin, en el entendido de que la guerra puede y debe ser civilizada. Mientras que la legalidad de Ginebra tiene una racionalidad puramente humanitaria, que no otorga privilegios o ventajas a las partes en conflicto y que no cuestiona la autoridad del Estado para hacer frente a la rebelión o a la guerra mediante el derecho interno, la legalidad de La Haya constituye la versión moderna de la antigua justicia de las armas, que por ser una ética caballeresca reconoce la naturaleza arbitral del duelo colectivo como mecanismo de solución de conflictos e incluso como procedimiento de creación del derecho. Al respecto, el jurista chileno Hernán Montealegre describe:

Mientras el derecho de la guerra deroga el derecho interno y absorbe jurídicamente el conflicto, determinando el estatuto de las partes contendientes, el derecho internacional humanitario coexiste con el derecho interno, el que recibe su aplicación general y no afecta la condición jurídica de las partes contendientes

respecto a su posición legal o ilegal ante el recurso a la fuerza 15.

Empero, la distinción misma entre derecho humanitario y derecho de la guerra tiende a desdibujarse y a perder su razón de ser si se observa el proceso de codificación del derecho internacional en estas materias. Hay, en efecto, una creciente convergencia entre las dos legislaciones o, mejor aún, una cierta absorción del derecho de La Haya por el derecho de Ginebra. Así aparece con claridad meridiana en el Protocolo I de 1977, adicional a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, en tanto recoge los principios cardinales del derecho de la guerra y los convierte en elementos constitutivos del derecho humanitario en ésta, su última formulación. Tales principios son: la cláusula Martens, originaria del Reglamento de La Haya sobre la Guerra Terrestre de 1907 y relativa a la aplicación de normas éticas en subsidio o complemento de las reglas jurídicas de civilización de la lucha armada, que aparece ahora en el parágrafo segundo del artículo primero del Protocolo I; las tres reglas fundamentales de la guerra civilizada (prohibición de hostilidades contra no combatientes, de armas de destrucción masiva o indiscriminada y de procedimientos péfidos o deshonorosos), presentes en casi todos los Convenios de La Haya de 1899 y 1907, así como en el Convenio de Nueva York de 1980 y en sus tres Protocolos, que se incorporan en los artículos 35 a 47 del instrumento; y la Cláusula Finlandesa del artículo 75 del Protocolo I, que constituye la prueba más convincente de que el proceso de amalgama que se viene señalando incluye también al derecho de los derechos humanos.

Frente a esta segunda tradición integrante del derecho internacional de la persona, conviene hacer tres anotaciones. El derecho de La Haya mantiene toda su trascendencia, a pesar del atra-

15 Montealegre, H. *La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos*. Santiago, Academia de Humanismo Cristiano, 1979, pág. 563..

so en que se encuentra su codificación, y debe ser recuperado como elemento de negociación en muchos procesos políticos en los cuales parece mucho más viable humanizar el conflicto armado que eliminarlo del todo, al menos a corto plazo. El derecho de Ginebra no puede seguir siendo patrimonio exclusivo del Comité Internacional de la Cruz Roja, por meritoria que sea su gestión humanitaria, como sin duda lo es, pues su potencial de protección entraña oportunidades y responsabilidades para todos los trabajadores de derechos humanos, nacionales e internacionales, gubernamentales y no gubernamentales. Y ambas legislaciones, apropiadas por la sociedad civil, pueden y deben aplicarse directamente, a través de acuerdos domésticos o *ad hoc*, a los conflictos y a sus secuelas liberticidas, como es el caso del éxodo interno en situaciones como la peruana o la colombiana, sin esperar a que la organización internacional competente o el Estado nacional involucrado invoquen y apliquen los instrumentos normativos correspondientes.

El derecho internacional de los refugiados, desplazados y apátridas, por fin, es el tercio restante del derecho cosmopolítico que aquí se propone. A diferencia de las dos tradiciones anteriores, ésta es muy reciente pues sus orígenes se remontan al período de la segunda posguerra mundial y tiene un carácter menos político y más técnico, como que está formulado en términos de un mandato conferido por la comunidad internacional a una agencia especializada del sistema de Naciones Unidas para atender a los individuos y grupos desarraigados por motivos políticos de su país de origen o nacionalidad. De esta suerte, el ACNUR ha desarrollado una práctica de más de tres décadas, en cumplimiento de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, sobre el Estatuto de los Refugiados, que resulta muy meritoria en cuanto concierne a los desplazados que cruzan una frontera internacional pero que aparece como elusiva o claudicante cuando de los refugiados internos se trata. Desde el punto de vista institucional, la abstención del ACNUR está plenamente justificada. Desde el punto de vista humanitario, en cambio, dicha postura no es más que el resultado de la adhesión a un mandato anacrónico y estrecho, formulado desde el Norte y en defensa del Estado nacional, mientras la problemática del refugio interno se concentra hoy en el Sur y deman-

da la protección de la dignidad de la persona humana frente a y en contra del aparato estatal, que es su principal enemigo. Como lo ha planteado Oscar Schiappa-Pietra, la pasividad de la organización mundial frente al fenómeno del exilio interno se apoya en el mito de la frontera nacional, el cual explica a su vez la artificiosa distinción entre refugio y desplazamiento y entre refugiado y desplazado ¹⁶. Así lo prueba el reciente caso de los kurdos: en su mayoría son desplazados y no refugiados, que sin embargo han sido tratados como refugiados por la comunidad internacional, debido a la intervención de la potencia hegemónica, asaltada de mala conciencia tras su sangrienta victoria en la guerra del Golfo Pérsico.

Antes de discutir la revolución cultural que necesita el derecho de los refugiados, conviene concluir esta sección con una advertencia metodológica: esta legislación especial no puede formar parte del derecho internacional de la persona si no adopta como propia la perspectiva ética radical que inspira, como se ha recordado en estas páginas, a los derechos de los derechos humanos y de los conflictos armados. De otro modo se mantiene, que es lo que sucede en la actualidad, una heterogeneidad sustancial entre unas normas y otras, lo cual tiene dos consecuencias indeseables: frustrar la plena realización del *jus cosmopoliticum* e ignorar el sufrimiento, que clama reparación al cielo, de todos aquellos que se han visto forzados a convertirse en apátridas dentro de sus propias patrias.

3. El desplazamiento interno en una perspectiva cosmopolítica

A la luz de lo expuesto, parece obvio que no puede brindarse asistencia humanitaria oportuna y eficaz a los desplazados internos sin un nuevo derecho internacional de la persona humana en

¹⁶ Schiappa-Pietra, O. "Reflexiones sobre la Guerra Interna y el Desplazamiento Forzado de Poblaciones", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, No. 12, San José, Julio a diciembre de 1990, págs. 63 a 80.

general y un nuevo derecho internacional de los refugiados, desplazados y apátridas en particular. Para ello, se impone replantear la lógica profunda del derecho del refugio y ampliar el mandato del ACNUR de cara al desplazamiento interno. Entre otros, por los siguientes argumentos:

Desde el punto de vista sociológico, la situación objetiva de los desplazados es materialmente comparable a la de los refugiados, como lo atestiguan las experiencias centroamericana, colombiana y peruana de la última década. Y donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición, sobre todo si se trata de evitar o aliviar el sufrimiento humano y no de cumplir un mandato concebido y formulado para otra época y otra problemática.

Desde el punto de vista ético, la racionalidad finalista o teleológica del derecho de la persona, como género que incluye la especie del derecho de los refugiados, es la limitación de la soberanía estatal en provecho de la protección de los individuos, en tanto miembros de la humanidad. Si no se acepta esta premisa, toda gestión humanitaria se reduce en el mejor de los casos a una retórica paternalista al servicio de los poderes establecidos.

Y desde el punto de vista jurídico, el derecho de los refugiados debe ser tenido como parte integrante del derecho de ciudadanía universal o de la cosmópolis, según se ha sustentado atrás, y no como parte constitutiva del derecho de los Estados, de los tratados o de la organización mundial, según parece sugerirlo la práctica de las agencias especializadas. No se trata de oponer de modo irreconciliable una tradición normativa a la otra, pero sí de privilegiar la defensa de las personas frente a las instituciones y de las libertades frente a las normas.

Con estas viejas y nuevas herramientas normativas, hay que seguir trabajando para asistir a las personas y poblaciones desplazadas que tienen la condición de migrantes políticos en sus propios territorios nacionales. Porque el problema no da tregua. Entre las tareas urgentes que conviene acometer o intensificar, deben mencionarse dos: el enriquecimiento de la información empírica sobre las causas, características y consecuencias de los procesos de

desplazamiento interno violento en América Latina y la cualificación del diagnóstico sobre las necesidades jurídicas de los migrantes domésticos, al igual que de los medios disponibles o aconsejables para responder a ellas.

En cuanto a la fenomenología del desplazamiento, aunque se ha avanzado mucho en los últimos años, sobre todo gracias a los esfuerzos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, como lo testimonia su nueva serie de publicaciones, *Exodos en América Latina*, en casos como el colombiano la ausencia de estadísticas básicas es casi completa. Pese a algunas contribuciones aisladas ¹⁷, los organismos de derechos humanos no hacen un seguimiento sistemático de los casos de desplazamiento, ni consideran este tipo de atropello tan grave o tan censurable como otras violaciones de las libertades fundamentales de los nacionales. Y la división interna que afecta a la comunidad humanitaria ha frustrado varias tentativas para realizar un diagnóstico nacional e intercambiar experiencias e iniciativas frente al problema. El más reciente informe internacional sobre la situación de derechos humanos en Colombia, realizado por una de las ONG más respetadas del hemisferio, dedica media página al tema y ofrece un panorama bastante melancólico al respecto:

La guerra en el campo, y particularmente la manera en que ella se libra por todas las partes, obliga a las poblaciones campesinas a abandonar muchas regiones de Colombia. En ocasiones, la huida es temporal, pero más frecuentemente los desplazados se asientan en las áreas urbanas. En cualquier caso, la asistencia suministrada por el gobierno es terriblemente inadecuada, si es que existe (...) Las Fuerzas Armadas no tienen planes de ninguna clase para ayudar a las familias desplazadas, aunque las

17 Valencia Villa, Hernando. *Conflicto Armado y Exodo Interno en Colombia*. San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1991, págs. 4 a 7.

leyes de la guerra imponen a la parte causante del desplazamiento la obligación de asegurar que la población desplazada sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, higiene, salud, seguridad y alimentación (de conformidad con el artículo 17 del Protocolo II de 1977, adicional a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949) ¹⁸.

A propósito de los medios jurídicos de respuesta al desplazamiento, por fin, pueden sugerirse iniciativas como: el reconocimiento explícito del derecho de no devolución para los desplazados internos; la inclusión del derecho a la casa y al terruño o a la patria chica como libertad fundamental a nivel constitucional e internacional; la adopción de leyes nacionales especiales para encuadrar y sustentar los programas gubernamentales y no gubernamentales de ayuda a los migrantes domésticos; la reforma de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en el sentido indicado, es decir, con miras a la ampliación radical del mandato del ACNUR. Estas y otras medidas, como las propuestas por algunos colegas latinoamericanos en época reciente ¹⁹, contribuirán a superar el estancamiento en que se encuentra el derecho de los refugiados desde hace tanto tiempo y a avanzar en la construcción del *jus cosmopoliticum*. Tan sólo la reivindicación de nuestra común condición de ciudadanos de la cosmópolis puede hacernos dignos, algún día, de un mundo con fronteras pero sin exiliados, donde todos seamos extranjeros mas no extraños para nosotros mismos.

Bogotá, mayo de 1992.

18 Américas Watch, *Political Murder and Reform in Colombia: The Violence Continues*. Washington, April 1992, pág. 55. Mi traducción.

19 Schiappa-Pietra, O. "Reflexiones sobre la Guerra Interna y el Desplazamiento Forzado de Poblaciones", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, No. 12, San José, julio a diciembre de 1990, págs. 79 y 80.

DERECHO O DEBER DE INJERENCIA, DERECHO DE ASISTENCIA: ¿DE QUÉ HABLAMOS?

Yves SANDOZ

- 1 *"Derecho de injerencia" de los Estados.*
- 2 *"Deber de injerencia" de los Estados.*
- 3 *Actitud del CICR y del Movimiento Internacional
de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja
en lo que atañe a la "injerencia" de un Estado en otro.*
- 4 *Derecho o deber de injerencia
de las organizaciones humanitarias.*
- 5 *Derecho a la asistencia.*

Introducción

Rara vez los debates originados por lo que algunos califican de derecho o de deber de injerencia, vinculándolo posteriormente al concepto de derecho de asistencia, han dado a las cuestiones humanitarias tal publicidad. A diferentes niveles de comprensión, el público en general, los medios de comunicación y los juristas especializados se han apasionado por esta cuestión; incluso han llegado a encararse.

En el fondo no es una mala cosa, porque estas pasiones no dejan indiferentes a los Gobiernos y así se puede avanzar en el ámbito humanitario. De hecho, es indiscutible que se han planteado y aún se plantean importantes cuestiones.

Cabe lamentar, no obstante, que abordando los verdaderos interrogantes se malgaste tanta energía sobre la base de equívocos.

Llegados a este punto, nos ha parecido útil esclarecer las cuestiones, no con la pretensión de resolverlas todas sino para sentar las bases de un debate sin ambigüedades. Es conveniente que los "humanitarios" se apasionen. Es lamentable que busquen polémicas negativas entre ellos.

En realidad estas "polémicas negativas" resultan de tres factores: los juristas se han encontrado con un concepto sin definir¹. Ahora bien, no se puede hablar con seriedad de derecho sin una definición; se ha aplicado este concepto sin definir a dos entidades no comparables, los Estados y las organizaciones humanitarias.

Procuremos, sin grandes pretensiones, comprender de qué se trata.

1. Uno de los promotores del derecho de injerencia, el profesor Mario Betta-ti, destaca que "la injerencia no es un concepto jurídico determinado", en: "Un droit d'ingérence", *RGDIP*, 1991/3, pp. 639-670, en p. 641.

1. "Derecho de injerencia" de los Estados

Ya hemos explicado en otra ocasión que la expresión "derecho de injerencia" es una contradicción de términos²: no vamos, pues, a detenernos en el análisis de la expresión sino que vamos a intentar identificar las ideas que han ido surgiendo al respecto.

Lo que es indiscutible es que los Estados tienen derecho a abrir los ojos. Un Estado puede preguntarse lo que ocurre en los demás Estados. Aunque, muy a menudo, éstos todavía se inhiben, este derecho no deja lugar a dudas. Hay, efectivamente, mecanismos de defensa de este derecho, instaurados para y por el conjunto de los Estados, principalmente en el marco del Consejo Económico y Social: la Comisión de Derechos Humanos adopta, a este respecto, la amplia base del acatamiento de los derechos humanos.

En el también amplio ámbito de las controversias o de las situaciones que pueden poner en peligro la paz o la seguridad internacionales, todo miembro de la ONU puede recurrir al Consejo de Seguridad.³ Por último, para ampliar todavía más este derecho de control, se han creado -o lo están siendo- mecanismos convencionales que obligan a un gran número de Estados, como el Comité de Derechos Humanos en el marco del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de su protocolo facultativo, de 1996; o los procedimientos relativos a las inspecciones, previa solicitud, previstas en el artículo IX (consultas, cooperación y determinación de los hechos) del proyecto de Convención sobre las Armas Químicas, que con toda probabilidad será aprobado dentro de poco tiempo. Y no hablemos de los acuerdos zonales.

2. Véase Sandoz, Yves, "Usages corrects et abusifs de l'emblème de la croix rouge et du croissant rouge", en: *Assisting the Victims of Armed Conflicts and Other Disasters*, ed. Frits Kalshoven, Nijhoff, pp. 117-125, en pp. 118-119.

3. Véase el artículo 33, párrafo 1, de la Carta de las Naciones Unidas.

Pero, ¿puede haber un derecho a actuar cuando este "derecho de control" deja al descubierto hechos que son inaceptables? Una vez más debemos hacer distinciones. No cabe duda de que, en virtud de su soberanía y siempre que se abstengan de utilizar la fuerza, los Estados pueden actuar: aparte de las obligaciones que les imponen los Convenios o el derecho internacional consuetudinario, nada impide a un Estado negarse a cooperar con otro Estado cuyo Gobierno se comporte de una manera considerada inaceptable.

Por lo demás, los mecanismos previstos en los Convenios internacionales y, ante todo, la Carta de las Naciones Unidas, permiten, en determinados casos, sanciones.

Lo difícil es saber si, más allá del indiscutible ámbito de su competencia soberana y de su participación eventual en los mecanismos internacionales o zonales, los Estados conservan un derecho de intervención ad hoc que implique el uso de la fuerza en determinados casos especialmente graves.

Salvo por lo que respecta a las decisiones tomadas por el Consejo de Seguridad, el sistema estipulado en la Carta de las Naciones Unidas no prevé el uso de la fuerza por motivos que no sean la legítima defensa. Dado que es individual o colectiva, ésta permite la intervención de Estados no directamente agredidos, sino que se limita claramente a los casos en los que un Estado miembro es objeto de "una agresión armada".⁴

El concepto de intervención humanitaria⁵ que, en su sentido

4. Véase el artículo 51 de la Carta. La noción de agresión armada ha dado lugar, sin embargo, a diversas interpretaciones y a numerosos debates; sobre este tema véase, en particular: Cassese, Antonio. "Commentaire de l'article 51" en: *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, sous la direction de Jean-Pierre Cot et Alain Pellet, Economica/Bruylant, París/Bruselas 1985, pp. 772 y ss.

5. Esta noción y su historial se reseñan, particularmente, en el N° 33 de *Annales de droit international medical*, 1986, Comisión Médico-Jurídica, Mónaco.

más amplio, autoriza la intervención armada de un Estado en el territorio de otro Estado para poner termino a las violaciones graves y masivas de los derechos humanos, no tiene cabida en el sistema previsto por la ONU. La doctrina, por lo general, rechaza la licitud de la intervención humanitaria incluso en su sentido más restringido, es decir, la intervención armada para salvaguardar a sus propios ciudadanos en otro Estado.

Los argumentos evidentes que se oponen a tales prácticas son los siguientes: tolerar la intervención humanitaria significaría caer en una gran incertidumbre en las relaciones internacionales, pondría en peligro todo el sistema de seguridad instaurado en virtud de la Carta de las Naciones Unidas y, por último, comportaría manifiestos riesgos de abusos, pues las violaciones de los derechos humanos podrían brindar pretexto para intervenir con otras intenciones.

Y sin embargo... ¿no hay, en caso de deficiencia manifiesta del sistema previsto para realizar los objetivos de las Naciones Unidas, ningún derecho de los Estados a actuar, cuando se cometen actos manifiestamente contrarios a tales objetivos? ¿Puede afirmarse que los Estados tienen el deber de contemplar la matanza de poblaciones sin utilizar, para impedirlo, todos los medios, incluso militares, de que disponen?

Se trata evidentemente, de un gran debate que no podemos abordar seriamente en tan sólo unas líneas.

Notemos que, en su proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad,⁶ la Comisión de Derecho Internacional de la ONU menciona tanto "todo acto de agresión, incluyendo el empleo por las autoridades de un Estado de la fuerza armada contra otro Estado con cualquier propósito que no sea la

6. Figura el texto en: *La Commission du droit international et son œuvre*, cuarta edición, Naciones Unidas, Nueva York, 1988, pp. 116-118.

legítima defensa nacional o colectiva o la aplicación de una decisión o recomendación de un órgano competente de las Naciones Unidas" (artículo 2, número 1) como los "actos inhumanos, tales como la matanza, el exterminio, la esclavitud, la deportación o las persecuciones, perpetrados en contra de cualquier población civil por razones sociales, políticas, raciales, religiosas o culturales, por las autoridades de un Estado o por personas privadas instigadas por dichas autoridades o toleradas por ellas" (artículo 2, número 11).

Como la intervención estatal unilateral está reservada a la salvaguardia de la independencia nacional, no hay prevista más solución, si se cometen delitos como los definidos en el artículo 2, párrafo 11, que la de hacer funcionar el sistema internacional basado en la Carta. Por razones mencionadas anteriormente, no se quiso prever, en caso de deficiencia de este sistema, una derogación temporal en pro de intereses generales de la humanidad. No habría, pues, una alternativa al hecho de cometer un delito contra la paz y la seguridad de la paz y la seguridad de la humanidad, para impedir otro.

Es cierto que el afianzamiento del sistema fundado en la Carta sigue siendo el objetivo prioritario. Pero la existencia de un "estado de necesidad" que no se funde en la defensa de un único interés nacional, sino en la de intereses fundamentales de la humanidad, ¿no merece un nuevo debate a la luz de ciertos acontecimientos contemporáneos?⁷

2. "Deber de injerencia" de los Estados

Podemos admitir, en el "global village" en que se ha convertido el mundo, que los Estados no sólo tienen derecho a abrir los

7. Por lo general los argumentos en contra de tal excepción parecen prevalecer, como puede observarse en particular en la resolución adoptada a este respecto por el Instituto de Derecho Internacional durante su reunión de Santiago de Compostela, el 13 de septiembre de 1989 (resolución Nº 5).

ojos, sino el deber de hacerlo. En la Carta de las Naciones Unidas se definen, por lo demás claramente, unos principios de acción para la Organización "y sus Miembros" en cuanto a la prosecución de los objetivos de las Naciones Unidas.⁸ La llegada de extranjeros a muchos países obliga, además, a los Estados, a examinar la situación en los países de donde proceden esas personas, pues principalmente en función de esta última se determinará si podrán ser expulsadas o si deberán ser admitidas.⁹

Por último, el derecho internacional humanitario, introduciendo para todos los Estados Partes en los Convenios de Ginebra la obligación de "hacer respetar" estos Convenios, impone, como mínimo, una obligación de vigilancia.¹⁰

En resumen, la interdependencia cada vez más marcada de los Estados, el desarrollo de los derechos humanos y la emergencia de un principio de solidaridad permiten concluir que hoy los Estados ya no gozan del "derecho a la indiferencia".

Por otra parte, sería claramente un abuso deducir de lo anterior que hay un deber de intervenir por la fuerza de los sistemas de seguridad conformes con la Carta de las Naciones Unidas. Concretamente, el análisis efectuado sobre la obligación de "hacer respetar" el derecho internacional humanitario recogido en los

8. Véase el artículo 2 de la Carta.

9. Véase, en particular, el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, del 28 de julio de 1951.

10. Véase el artículo 1 común a los Convenios, así como el artículo 1 de su Protocolo adicional 1 del 8 de junio de 1977.

11. Véase, en particular a este respecto, Condorelli, Luigi y Boisson de Chazournes, Laurence. "Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de 'respecter et faire respecter' le droit international humanitaire 'en toutes circonstances', en: *Etudes et Essais sur le droit international humanitaire et les principes de la Croix Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, C. Swinarski, ed., CICR/Martinus Nijhoff Publishers, Ginebra, 1984, pp. 17-36.

Convenios de Ginebra no deja lugar a dudas a este respecto.¹¹

3. Actitud del CICR y del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja por lo que atañe a la "injerencia" de un Estado en otro

1. La cuestión se plantea, en primer lugar, al Comité Internacional de la Cruz Roja en el marco de su competencia, reconocida en los Estatutos del Movimiento: "trabajar por la fiel aplicación del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados".¹²

Con tal finalidad, el CICR debe determinar si hay aplicación del derecho internacional humanitario, es decir, si hay conflicto armado. La "injerencia" que interesa en este caso es, pues, la que tiene la forma de una intervención armada. Si es así nos hallamos indudablemente ante una situación de aplicación de los Convenios de Ginebra y, cuando ambos Estados sean Partes en su Protocolo adicional I.

Cabe resaltar, en efecto, que incluso de conformidad con las resoluciones de la ONU, la utilización de la fuerza armada para imponer el envío de socorros no puede fundamentarse en el derecho internacional humanitario pues, como ya hemos mencionado, la obligación de "hacer respetar" este derecho excluye el uso de la fuerza. No se trata, por lo tanto, de aplicar el derecho internacional humanitario, sino de utilizar la fuerza para hacer cesar violaciones graves y masivas de este derecho. Es cierto que, como en el ámbito de los derechos humanos, esta posibilidad no queda excluida por el sistema de la Carta en la medida en que estas violaciones pueden considerarse como una amenaza contra la paz y la seguridad internacionales. Lo que es importante para el CICR es que se considere esta cuestión como competencia del *jus ad bellum*. No se trata simplemente de acciones de socorro como las previs-

12. Artículo 5, párrafo 2, letra c) de los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

tas en el artículo 23 del IV Convenio de Ginebra o en el artículo 70 de su Protocolo adicional I. El CICR debe, pues, cerciorarse de que este acto compete al *jus ad bellum* y estudiar todas sus consecuencias en el ámbito del derecho internacional humanitario *jus in bello*.

Enunciada así, la anteriormente tratada cuestión de la licitud o de la legitimidad de la "injerencia" no es relevante para el CICR, como tampoco cualquier otra cuestión de *jus ad bellum*. Debe incluso, en lo relativo a estas cuestiones, obrar con mucha cautela, ya que la adopción de una postura sobre la responsabilidad de las partes en cuanto al origen del conflicto repercutiría negativamente en el cometido activo que debe desempeñar en el conflicto en favor de todas las víctimas de éste.¹³

Vale la pena recordar, a este respecto, un fundamento esencial del derecho internacional humanitario: el motivo de la intervención armada no surte efectos sobre las obligaciones resultantes de este derecho. Y esto es válido para toda intervención armada, inclusive para las que tengan lugar en el marco de una recomendación del Consejo de Seguridad.

La posibilidad, en lo teórico, de invocar el artículo 103 de la Carta¹⁴ para permitir una derogación de tratados tan universalmente reconocidos como los Convenios de Ginebra merece, como mínimo, una detenida reflexión. Pero podemos ya afirmar que una decisión en este sentido debería, en todo caso, basarse, por lo menos, en una decisión consciente y motivada por una parte de

13. Cometido también previsto en los Estatutos del Movimiento: véase, principalmente, el artículo 5, párrafo 2, letra d).

14. En el artículo 103 de la Carta se dispone lo siguiente: "En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta.". Sobre la interpretación y la aplicación de este artículo, véase: Flory, Thiébaud, "Commentaire de l'art. 103", *La Charte des Nations Unies: Commentaire article par article, op. cit.* (nota 4), pp. 1381-1386.

quienes eventualmente la tomen.

Las fuerzas armadas que actúan bajo la bandera de la ONU o en virtud de resoluciones del Consejo de Seguridad no tendrían, por lo demás (como tampoco cualquier Estado que pretendiese injerir en los asuntos de otro por motivos humanitarios) ningún interés en invocar el fundamento jurídico o la alta motivación humanitaria de su misión para exonerarse de aplicar ciertas disposiciones del derecho internacional humanitario: por una parte, negándose a aceptar esta "isla de humanidad" que se impone incluso al peor de los agresores privarían de toda credibilidad a su intervención; por otra parte, brindarían pretexto a los combatientes adversarios para no respetar tampoco el derecho humanitario, lo que iría en detrimento de los heridos y de los prisioneros de guerra de sus propias fuerzas armadas.

2. Hay una segunda cuestión que se plantea al CICR y a las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja por lo que atañe a acciones armadas con finalidad humanitaria: ¿pueden estos organismos, y otros organismos humanitarios, colaborar con las fuerzas armadas en este ámbito? Se trata claramente de una cuestión de actualidad, como demuestra lo acaecido en las zonas de población kurda de Irak tras la guerra del Golfo y, más recientemente, en lo que era hasta hace poco tiempo Yugoslavia. Para el CICR, la respuesta es negativa por razones evidentes, relacionadas con lo anterior. Independientemente del motivo que las justifique, este tipo de acciones causa enfrentamientos armados y, por ende, heridos y prisioneros. Asociado a uno de los contendientes o cubierto por éste, el CICR perdería toda su credibilidad en cuanto a su cometido de intermediario neutral y, por lo tanto, toda posibilidad de poder desempeñar tal cometido. En teoría, las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja podrían colaborar con los servicios sanitarios de las fuerzas armadas de su país o incluso, a reserva del consentimiento de éste, con los servicios sanitarios de un país tercero.¹⁵ Pero, por una parte, es-

15. Véanse artículo 26 y 27 del I Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949.

ta colaboración sólo podría considerarse para las tareas reservadas al personal sanitario, tal como constan en los Convenios de Ginebra¹⁶ y, por otra parte, debería tener lugar bajo la responsabilidad de los servicios sanitarios de las fuerzas armadas.¹⁷ Una sociedad Nacional no puede enarbolar el emblema de la Cruz Roja o el de la Media Luna Roja como agente de un Gobierno para enviar socorros alimentarios en una situación de conflicto armado.

Esta restricción convencional de las tareas de una Sociedad Nacional está especialmente relacionada con el uso de los emblemas de la Cruz Roja o el de la Media Luna Roja. Puesto que estos emblemas se usan, en primer lugar, para identificar los servicios sanitarios de las fuerzas armadas con objeto de protegerlos, su uso está, con razón, estrictamente delimitado.¹⁸

Sin embargo, esta restricción resulta también de los Estatutos del Movimiento, con los que se pretende, también con razón, poner un poco de orden en la gran familia de la Cruz Roja Internacional. Con esta finalidad, en dichos estatutos se prevé que la asistencia internacional en situaciones de conflicto armado o de disturbios internos la coordina el CICR.¹⁹

¿Qué ocurre, por último, con la colaboración en dichas acciones de organizaciones humanitarias no vinculadas con la Cruz Roja Internacional? Varias razones que justifican la negativa de colaborar de los integrantes del Movimiento de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, que por el cometido del CICR están vinculados a la utilización del emblema de la Cruz Roja o el de la Media Luna Roja y a la organización interna del Movimiento, no se aplican

16. Véase artículo 24 del I Convenio.

17. Véanse artículos 26 y 27 del I Convenio.

18. Véase artículo 44 del I Convenio.

19. Véase artículo 5, párrafo 4, letra b), de los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

a las organizaciones intergubernamentales. Precisamente, por esta razón, es importante para el CICR desmarcarse del sistema de coordinación de la ONU, aún cuando debe concertarse estrechamente con ésta.²⁰ No obstante, aunque deben colaborar en intervenciones armadas con finalidad humanitaria llevadas a cabo en virtud de resoluciones del Consejo de Seguridad, estas organizaciones actúan como auxiliares humanitarias de fuerzas armadas y no en el marco de "acciones de socorro que tengan carácter desfavorable". Por lo demás, es evidente que las instituciones especializadas o los órganos auxiliares de la ONU no pueden, en ningún caso, colaborar en acciones que se salgan del sistema previsto en la Carta.²¹

En cuanto a las organizaciones no gubernamentales, tal colaboración por su parte depende de las normas estipuladas en sus estatutos, pero está claro, en vista de lo dicho anteriormente, que sólo puede considerarse a cambio de su independencia.

3. La cuestión más fundamental que se plantea en relación con acciones armadas que tienen como objeto limitado permitir el paso de socorros es la de la oportunidad de tales acciones en el sistema internacional actual, que se fundamenta en la Carta de las Naciones Unidas.

En otras palabras, ¿hay, entre el fracaso de la acción humanitaria tal y como está prevista en el derecho internacional humanitario (que se fundamenta en el respeto del emblema de la Cruz Roja o el de la Media Luna Roja y en la aceptación por parte de todos los combatientes de acciones de socorro de índole humanitaria e imparcial) y la intervención armada que pretende tomar, momentáneamente, el control militar de la situación, una tercera vía que consista en imponer socorros militarmente?

20. Sobre este tema, véase en particular, de Courten, Jean y Maurice, Frédéric, "La acción del CICR en favor de los refugiados y de las personas civiles desplazadas", *RICR*, N° 103, enero-febrero de 1991, pp. 9-22.

21. Según la expresión utilizada en el artículo 70 del Protocolo I.

O, expresado más brevemente, ¿puede trazarse, entre lo político y lo humanitario, una vía político-humanitaria?

Nos es imposible aportar aquí una respuesta definitiva a esta grave cuestión. Pero los fracasos o las grandes dificultades de esta vía media, al igual que el evidente peligro que hace correr a la acción humanitaria su politización, hacen que la comunidad internacional se plantee cuestiones fundamentales.

Nuestra única ambición, llegados a este punto, es que se reconozca este hecho.

Fuera del debate sobre su oportunidad, el CICR, como hemos visto, no tiene más posibilidad que la de considerar que toda intervención armada, independientemente de sus motivos, supone la aplicación del derecho internacional humanitario. No se trata, pues, de que el CICR participe en una acción armada con finalidad humanitaria, sino de analizar la nueva situación creada por esta acción para considerar, con todos los implicados, la función que debe desempeñar para hacer respetar el derecho internacional humanitario y para colaborar activamente en su aplicación.

4. Derecho o deber de injerencia de las organizaciones humanitarias

Esta cuestión es totalmente diferente de la anterior en el sentido de que se basa en un hecho inevitable; las organizaciones humanitarias no disponen de la fuerza armada ni de otros medios de coerción.

En realidad, las preguntas planteadas en el debate público fueron esencialmente las siguientes:

- ¿tienen las organizaciones internacionales el deber absoluto de conformarse a la voluntad de los Gobiernos de los Estados en el territorio de los cuales desean actuar?

- ¿tienen las organizaciones humanitarias la obligación de utilizar la única “arma” de que disponen, la de la denuncia pública, cuando comprueban graves violaciones del derecho internacional humanitario, incluso de los derechos humanos o del derecho internacional general?

Lo que debe lamentarse en cierta medida es que, por razones de imagen y promoción, se haya pretendido lanzar sobre este tema un gran debate de principios, novedosos, cuando sólo se trataba, en realidad, de un debate sobre su oportunidad.

De hecho, se han atribuido al Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja en general y al CICR en particular, posturas que no son las suyas. El respeto de la voluntad de los Gobiernos no es, en todo caso, un objetivo del Movimiento, sino que, por el contrario, la historia del derecho internacional humanitario demuestra una progresiva “erosión” de la esfera reservada de la soberanía nacional en provecho de la acción humanitaria. Notemos, en especial a este respecto, la introducción, en los Convenios de Ginebra de 1949, del artículo 3 común que permite a un organismo humanitario imparcial como el CICR ofrecer sus servicios a cada una de las partes en un conflicto armado no internacional; el principio de acciones de socorro a la población civil que carezca de bienes esenciales, no sólo en los territorios ocupados, sino también en el propio territorio de una parte en conflicto, recogido en el artículo 70 del Protocolo I de 1977; o el reconocimiento, en el artículo 16, párrafo 1, del Protocolo I, de que “no se castigará a nadie por haber ejercido una actividad médica conforme con la deontología, cualesquiera que fuesen las circunstancias o los beneficiarios de dicha actividad”.

En cuanto ala acción del Movimiento, no tiene más fuerza motriz que la del primero de sus Principios Fundamentales, el principio de humanidad, que le insta a esforzarse “en prevenir y aliviar el sufrimiento de los hombres en todas las circunstancias”. Negociar con un Gobierno o con autoridades disidentes no es un objetivo, sino un medio necesario para intentar lograr lo más eficazmente posible, en el caso de conflictos armados, el objetivo pro-

puesto en el principio de humanidad. Vanagloriarse de haber llegado hasta las víctimas sin el acuerdo de las autoridades militares que controlan un territorio es olvidar deliberadamente que el 95%, o incluso más, de las necesidades humanitarias sólo pueden satisfacerse con el consenso de dichas autoridades. Sin querer pronunciarnos sobre la oportunidad de este enfoque, debemos señalar que no es serio presentarlo como una posible opción, cuya alternativa serían las negociaciones con las autoridades militares. Reconozcamos, pues, que ha habido en este caso una "polémica negativa" que, por lo demás, al menos así lo esperamos, ya está calmándose.

Polémica negativa también la relativa a la obligación de denunciar, fundada sobre la actitud del CICR durante la situación extrema de la Segunda Guerra Mundial²² y ampliamente deformada por cierto: se ha establecido como una especie de norma de lealtad a los Gobiernos, incluso de complicidad pasiva, cierta discreción de la Institución sobre sus acciones. Ahora bien, el silencio no ha constituido jamás un principio para el CICR. Siempre se han planteado esta cuestión en función de la eficacia en relación con el objetivo fijado en el principio de humanidad.

Es innegable, evidentemente, que ciertas decisiones son difíciles de tomar, pues hay que ponderar, considerando el interés de las víctimas, la ventaja de las denuncias no sólo en función de los riesgos a corto plazo, sino también de una influencia a más largo plazo sobre la acción en sí y, finalmente, de la coherencia global del enfoque en relación con otras violaciones. El hecho de callar es especialmente impugnabile cuando la acción humanitaria descubre situaciones muy graves en el ámbito humanitario y desconocidas por los Gobiernos y por el público.²³

22. Véase en particular, sobre este tema, Favez, Jean-Claude, *Une mission impossible? Le CICR, les déportations et les camps de concentration nazis*. Editions Payot, Lausana, 1988.

23. Sin pretender abrir nuevo un debate sobre la actitud del CICR en cuanto a la exterminación de personas civiles, particularmente judías, durante la Segunda Guerra Mundial, notemos sin embargo que el CICR, contrariamente a lo que se cree o se pretende demasiado a menudo, no disponía de informaciones importantes sobre esta tragedia, que tampoco conocían los gobiernos aliados.

Y esto, incluso, si actualmente el problema de la denuncia pública está más relacionado con la necesidad de sacar de la indiferencia a la comunidad internacional ante situaciones trágicas en el ámbito humanitario que con la de develar violaciones ignoradas.

Admitamos, pues, que alrededor de lo que se ha dado en llamar derecho o deber de injerencia de las organizaciones humanitarias, la necesidad de un verdadero debate sobre la oportunidad de ciertos enfoques, que subsiste, debe prevalecer sobre pretendidas divergencias de principio.

El diálogo entre organizaciones humanitarias, gubernamentales o no, presentes en los conflictos armados es necesario, pues no cabe duda de que un mejor conocimiento del cometido, de las prioridades, de los métodos y de las experiencias de cada uno sólo puede contribuir a mejorar la eficacia global de la acción humanitaria. Para ser positivos y constructivos, en dicho debate se deben evitar, sin embargo, las acusaciones públicas, que se lanzan a veces por motivos no carentes de ambigüedad.

5. Derecho a la asistencia

Esta expresión, más adecuada, parece hoy prevalecer sobre las expresiones "derecho de injerencia" o "deber de injerencia"; sin embargo, tampoco está claramente definida. En realidad, el "derecho a la asistencia" deja las puertas abiertas a numerosas cuestiones importantes y complejas. El mensaje que deseamos transmitir a este respecto atañe ante todo al fundamento de este debate. Los aproximadamente 600 artículos de los Convenios de Ginebra de 1949 y de sus Protocolos adicionales de 1977, sin hablar de los demás Convenios relativos al derecho internacional humanitario, no son, en realidad, sino la expresión articulada en términos jurídicos del concepto de derecho a la asistencia tomado en un sentido amplio. Estos textos son el fruto de más de 100 años de experiencias, a menudo dolorosas, de lentas concientizaciones del público y de laboriosas negociaciones con los Gobiernos. No vamos a analizar aquí estas disposiciones, de las cuales el profesor Maurice Torrelli y la señora Denise Plattner nos recuerdan oportu-

namente su valor.²⁴ Tampoco vamos a pretender que estos textos son la "última palabra" en el ámbito del derecho internacional humanitario. Por el contrario, es indispensable que éste se alimente de las nuevas experiencias vividas en cada conflicto armado y que se tenga en cuenta la evolución de los armamentos y de los problemas humanitarios. A este respecto el CICR tenía previsto someter a los Gobiernos numerosos documentos de reflexión sobre la aplicación o el desarrollo del derecho internacional humanitario durante la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja prevista para finales de 1991 en Budapest y que, desafortunadamente, tuvo que ser aplazada.²⁵

Lo que debe evitarse por todos los medios, en cambio, es lanzar debates sobre un tema tan amplio "olvidando" esta sólida ba-

-
24. Véanse Torrelli, Maurice: "¿De la asistencia a la injerencia humanitaria", pp. 245-266 y Plattner, Denis, "La asistencia a la población civil en el derecho internacional humanitario: evolución y actualidad", pp. 267-282.
 25. Véanse, en especial los informes siguientes: "Respeto del derecho internacional humanitario - Medidas nacionales de aplicación, en tiempo de paz, de los Convenios de Ginebra y de sus Protocolos adicionales" (C.1/4. 1/1); "Aplicación del derecho internacional humanitario - Protección de la población civil contra el hambre en situación de conflicto armado", (C. 1/4.2/2); "Aplicación del derecho internacional humanitario - protección de la población civil y de las personas fuera de combate" (C.1/4. 2/1); "Reafirmación y desarrollo del derecho internacional humanitario - Protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales contra los efectos de las hostilidades" (C.1/6.1/1), "Reafirmación y desarrollo del derecho internacional humanitario - Información sobre los trabajos relativos al derecho internacional humanitario aplicable en la guerra marítima" (C.1/6. 2/1); "Reafirmación y desarrollo del derecho internacional humanitario - Prohibiciones o restricciones de la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales, del 10 de octubre de 1980, así como de sus tres protocolos" (C.1/6.3.1/1); "Reafirmación y desarrollo del derecho internacional humanitario - Prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas y métodos en caso de conflicto armado - Progresos relativos a ciertas armas clásicas y a nuevas tecnologías del derecho internacional humanitario: reflexión del CICR sobre cinco años de actividades (1987-1991)", que debía presentar el presidente del CICR y que se reprodujo en RICR, N° 109, enero-febrero de 1992, pp. 79-100.

se de partida, con el peligro de que se ponga en tela de juicio el extraordinario acervo humanitario.

Observación final

En el artículo se pretende, ante todo, situar mejor, con vistas al futuro, el diálogo de las organizaciones humanitarias con los Gobiernos, con el público y entre ellas. Esperemos que pueda contribuir, con un espíritu positivo, a relanzar este diálogo sobre los verdaderos problemas.

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, GOBERNABILIDAD Y DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA

Jaime ORDÓÑEZ

- *La administración de justicia y la eficacia social de los derechos humanos.*
- *Un cambio de paradigmas.*
- *La independencia del Poder Judicial como requisito de gobernabilidad.*
- *Elementos básicos de modernización y cambio.*
- *El estado de la situación y los retos a futuro.*

LOS NUEVOS DILEMAS DEL PROCESO DEMOCRÁTICO EN LA DÉCADA DEL 90

Los procesos de democratización en América Latina han entrado durante la década del 90 en una etapa de relativa madurez. Después de los accidentados años sesenta y setenta, donde la prolongada etapa de dictaduras y gobiernos militares *de facto* supuso un laborioso y arduo proceso de **reconstrucción del discurso base del modelo democrático representativo** (al decir de Habermas, sobre la cuestión misma de la **legitimación del sistema**), la década del ochenta, con su comentada ola del "retorno a la democracia", planteó un nuevo dilema.

Este dilema (o conjunto de dilemas) están más bien ligados a los problemas de **gobernabilidad** del nuevo modelo. La reinstauración o instalación misma de la democracia representativa en varios países de la región ha supuesto, en efecto, la aceptación formal y sustantiva del modelo pero -en forma simultánea- la aparición de un complejo universo de factores que dificultan su funcionamiento y eficacia.

Norberto Bobbio, en un artículo ya célebre de inicios de los ochenta (**La crisis de la democracia y la lección de los clásicos**¹), había avizorado con claridad los retos de gobernabilidad inherentes a las democracias contemporáneas indicando que -en la base misma de los problemas de gobernabilidad- se sumaban factores de ocultación y privatización de lo público. Estos dilemas de gobernabilidad se refieren, repetimos, no únicamente a la eficacia formal del modelo sino, además, a su efectividad social y, por lo tanto, en ello reside la suerte o el futuro mismo de muchos de los proyectos democráticos contemporáneos.

Algunos de esos problemas de gobernabilidad están estrechamente relacionados con la **legitimación ciudadana** del siste-

1 Bobbio, Norberto. *Crisis de la democracia*. Madrid, España. Ariel, 1981.

mà, lo cual implica no únicamente la percepción (por parte del ciudadano) de que el modelo político goza de un gobierno legítimo, esto es, que representa adecuadamente no sólo los intereses colectivos sino, además, que se trata de un sistema político que lo incluye y lo hace formar parte, por usar una acepción hobbesiana, del **corpus** político. Adicionalmente, otro dilema de gobernabilidad lo constituye -y esto es igualmente fundamental- el antiguo requerimiento de **seguridad** (jurídica, personal, etcétera) base misma de la razón fundacional del pacto representativo.

Como bien observará el lector, este conjunto de dilemas está básicamente relacionado con el ámbito general de la justicia, entendida ésta como la adjudicación, imputación y administración de los derechos, beneficios y obligaciones sociales. El presente artículo busca, pues, indagar sobre las relaciones específicas entre **gobernabilidad y justicia** y su incidencia en los procesos de afianzamiento democrático, con énfasis particular en la situación que vive América Latina en los años noventa.

LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y LA EFICACIA SOCIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Las consideraciones aquí desarrolladas parten de la premisa de que la administración de justicia constituye uno de los ámbitos decisivos que permiten verificar la vigencia o prescendencia de los derechos fundamentales en las sociedades contemporáneas². En

2 La vigencia real de los derechos, libertades y garantías fundamentales puede hacerse realidad en todo ámbito de actividad humano y a través de cualquier instrumento creado al efecto. Sin embargo, es claro que a las más graves faltas o violaciones al respeto de esos derechos corresponde que las atienda el aparato institucional de Administración de Justicia, y de ahí el papel clave que juega este sector institucional en la prevención y aplicación de toda normativa y doctrina de Derechos Humanos.

este ámbito se prueba, en definitiva, si las libertades y garantías enunciadas en los diferentes instrumentos del derecho internacional, al ser violentados, tienen o no aplicación real en el interior de las comunidades humanas. En buena medida, la estructura valorativa y normativa de los derechos humanos cobra eficacia y validez sólo desde el momento en que los reclamos concretos por violaciones a sus disposiciones son resueltos efectivamente por las instancias jurisdiccionales, a través de los mecanismos procesales previstos al efecto.

Si, por su parte, los operadores del sistema administrativo de justicia³ no están mentalizados para ejercer una función de garantía en procura de la protección de los derechos fundamentales de toda persona y asumen, por el contrario, una actitud de complicidad en el nudo proceso de poder, se obtendrá como único resultado previsible que toda doctrina escrita sobre derechos humanos, la respectiva legislación promulgada y los esfuerzos desplegados desde la sociedad civil para su efectiva aplicación, estén condenados al fracaso.

Los ciudadanos asumen que los derechos humanos muestran su vigencia sólo cuando encuentran amparo al reclamo que formulan con motivo de sus violaciones, no cuando quedan en espera del reconocimiento de sus derechos o cuando quedan impunes los más graves crímenes. De la respuesta institucional a este fenómeno dependerá, en última instancia, la legitimidad real con que opere el Poder Judicial y todos los demás sectores del sistema en un determinado ordenamiento jurídico.

3 Nos atenemos a la distinción, ya tradicionalmente aceptada, que define el Sistema de Administración de Justicia en sentido amplio, incluidas cuatro "agencias" o sectores fundamentales: a) la agencia legislativa, b) la policía (administrativa y judicial), c) la agencia judicial y d) la agencia penitenciaria. Paralelamente se puede hablar de la agencia académica, por el trabajo que realizan centros de estudios superiores en la formación de los operadores del sistema, y de la agencia de la sociedad civil, constituida por asociaciones profesionales de abogados, ONG y medios de comunicación colectiva.

Para todos los efectos, la situación actual de la administración de justicia en América Latina se halla en un momento favorable. La legitimación democrática que pretenden todos los países del área y los esfuerzos que hacen para gobernarse dentro de esos cánones, favorecen las iniciativas por lograr el fortalecimiento, en particular, de los poderes judiciales, a través de su independencia funcional, su modernización legislativa y la capacitación profesional de sus miembros.

UN CAMBIO DE PARADIGMAS: LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL COMO REQUISITO DE GOVERNABILIDAD

Sin embargo, el punto de partida para alcanzar esas metas es bastante bajo en muchas de las naciones de la región latinoamericana. En gran parte de los países se llevaron a cabo movimientos armados contra el orden político establecido y se impuso, como respuesta institucional, la denominada "doctrina de seguridad nacional", con lo que se perseguía a ciudadanos en razón de sus ideas y donde los derechos humanos eran confundidos con reclamos subversivos para conseguir mejores condiciones desde donde alcanzar sus propósitos.

En el caso particular de los jueces, éstos fueron vistos -y se autopercebieron-, como parte de la estructura del gobierno y, en consecuencia, como brazo de un único aparato que tenía que cumplir sólo con funciones específicas dentro de una monolítica concepción y organización estatal. En los casos de excepción que sí entendieron el compromiso de su misión, los jueces no pudieron, sin embargo, funcionar como poder independiente, una de cuyas misiones más relevantes es precisamente garantizar la vigencia de los derechos humanos en el interior de la sociedad, así como ser contralores del poder político, económico o militar.

Los poderes judiciales de la región fueron históricamente concebidos y organizados desde la primera mitad del siglo XIX sobre los lineamientos del modelo napoleónico. Esto ha dado como

resultado estructuras judiciales que, en el ejercicio de sus funciones, se han quedado atrás en su organización interna, así como en su capacidad para satisfacer las demandas de la sociedad civil. Además esos poderes judiciales se han desarrollado en completa dependencia y subordinación respecto del poder político, particularmente del Poder Ejecutivo, cuando no de las fuerzas militares. El marco jurídico del antiguo modelo no responde a las necesidades actuales de modernizar la Administración de Justicia y de ahí que aparezca como una de las tareas más urgentes abocarse a la reforma de ese marco legal, provocando la transformación institucional requerida en procura de fortalecer la independencia interna y externa de los poderes judiciales, modernizar sus estructuras y funcionamiento y convertirlos en auténticos mecanismos que garanticen la aplicabilidad de la normativa internacional de los derechos humanos.

En consecuencia, se impone también como tarea prioritaria, mejorar el nivel de la Administración de Justicia en cada país del área y garantizar de esta manera al ciudadano el ámbito de libertades que le permitan su realización como ser humano. Para ello, el IIDH quiere contribuir para que los operadores del sistema de justicia asuman el papel que les corresponde en un Estado Constitucional de Derecho, preocupado por la vigencia de las libertades y garantías fundamentales así como por mejorar los niveles de acceso a la justicia de los sectores que están menos favorecidos en la estructura social y que, adicionalmente, son los que más dificultades legales y extralegales afrontan en la defensa de sus intereses.

Dentro de ese contexto, la generación de un Poder Judicial fortalecido, en el que pueda tener confianza la sociedad, podrá constituir uno de los logros más significativos en el proceso de democratización que experimenta la región latinoamericana. Una sociedad con un Poder Judicial independiente y confiable, con jueces y funcionarios profesionalmente competentes y probos, respetados por autoridades políticas, militares y policiales, mejora, sin duda, la calidad de vida de los pueblos. Por otra parte, el conocimiento de la ciudadanía en materia de derechos humanos y de la forma eficaz de reclamar por su vigencia, es de una gran utilidad social en tanto que eleva la autoestima de las personas que, no só-

lo se saben titulares nominales sino efectivos de los derechos que la teoría del Estado moderno les asigna.

De conformidad con la convicción de que los derechos humanos y las garantías fundamentales contenidas en los instrumentos internacionales son un elemento básico para el desarrollo y democratización de las sociedades hemisféricas, el presente Programa busca realizar un aporte técnico específico al sistema de Administración de Justicia en América Latina.

ELEMENTOS BÁSICOS DE MODERNIZACIÓN Y CAMBIO

A partir del año 1992, un grupo de investigadores congregados en torno al Instituto Interamericano de Derechos Humanos IIDH (A. Borea Odría, L. Pásara, del Perú y J.M. Arroyo, G. Elizondo y L. Cervantes de Costa Rica, con la participación y asesoría directa de un Consejo Consultivo de especialistas internacionales como A. Cançado Trindade, A. Brewer Carías, R. Piza Escalante, N. P. Sagüés, A. Bidart Campos y otros) inició una labor pionera -a nivel continental- tendiente a determinar los principales focos de cambio requeridos para el proceso de modernización de la Justicia en los países de la región. Como resultado de ese proceso -al cual me integré a partir de 1993- se fijaron los siguientes lineamientos básicos o modelo tipológico para la modernización sustantiva de la Administración de Justicia y su concordancia con los procesos de democratización y vigencia de los derechos humanos.

1. Proceso de revisión de derechos y garantías en la legislación interna.
 - a. Garantías y libertades fundamentales generales.
 - b. Garantías de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario.
 - c. Garantías de Derecho de Familia y de Minoridad.
 - d. Garantías de Etnias y Minorías.
 - e. Garantías de Derecho Laboral.

2. Capacitación judicial: programa especializado en capacitación judicial dirigido al diagnóstico, revisión y formulación de Unidades de Capacitación Judicial.
3. Modernización de estructuras, organización y funcionamiento del Poder Judicial.
4. Desarrollo de medios de información que ayuden a elevar el nivel profesional y la conciencia jurídica de los operadores del sistema, a través de la producción de libros y otros materiales formativos, así como la publicación y difusión de la revista regional de jurisprudencia *Iudicium et Vita*.
5. Capacitación para los organismos de la sociedad civil y otros agentes privados y estatales relacionados con la administración de justicia.

Estos puntos sintetizaron un Programa de Reforma a la Administración de Justicia que busca, en síntesis, ser una propuesta integral a las necesidades de incorporación efectiva de los derechos humanos a las legislaciones internas de cada país, asegurándose, de paso, su aplicación efectiva a través de los mecanismos e instancias institucionales y jurídico-procesales que se requiera activar.

EL ESTADO DE LA SITUACIÓN Y LOS RETOS A FUTURO

Después de un estudio detallado de la literatura regional sobre esta materia, y como resultado, además, del intercambio directo con varios sistemas judiciales de la región, es posible afirmar que la violación de los derechos y garantías fundamentales se realiza, dentro de los sistemas regionales de administración de Justicia, en virtud de dos causas fundamentales:

- a) Por carencias o limitaciones de los ordenamientos jurídicos, bien de rango constitucional, bien de rango le-

gal. En este punto se constata que, en muchas ocasiones, la violación o la no verificación del derecho o la garantía se lleva a cabo no como resultado de la carencia de normas sustantivas, sino como resultado de la inadecuación o el vacío correspondiente de las normas procedimentales que regulan dichos valores⁴.

- b) Por las políticas institucionales de los órganos judiciales y, en términos generales, por el régimen administrativo y político del sistema de Administración de Justicia de los países de la región.

Algunas de estas políticas institucionales son el resultado de un deficiente desarrollo normativo en lo referente al régimen orgánico y las leyes-marco de regulación, es decir, la ausencia de **Leyes Orgánicas del Poder Judicial** modernas y adecuadas a los requerimientos mínimos del sistema de Administración de Justicia⁵.

4 El problema del acceso a la justicia supone también el problema del modo de ser del proceso, lo cual puede generar dificultades no sólo a partir de la inobservancia de la normativa existente sino, además, de las carencias o limitaciones de la normativa procedimental. Tal es la situación imperante en América Latina. Véase Berizonce, Roberto O. "Algunos obstáculos al acceso a la Justicia", en: Ovalle Fabela, José, *Administración de Justicia en Iberoamérica*, UNAM, México, D.F., 1993.

5 Para un tratamiento general del tema, véase Capelletti, M. "Ordinamiento Giudiziario: quale riforma", en *Il Foro Italiano*, 1984, V, 1929 (*Stratto*), así como Denti, V., "Accesso alla Giustizia e Welfare State", en *Riv. Tri. Dir. e Proc. Civ.*, 1982, pág. 619.

En el caso de América Latina, véase la indicación expresa sobre la importancia de relación de **Justicia y Derechos Humanos**, en el Seminario del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), "La justicia de Latinoamérica y el Caribe en la Década del 90". San José, Costa Rica, 1993. Específicamente, sobre el régimen orgánico y procedimental de la Administración de Justicia y sobre la influencia en la vigencia de los derechos humanos individuales, véase de ese estudio: Lavados Montes, I. y Vargas Viancos, J. E., "La gestión judicial", Memoria del Seminario del Banco Interamericano de Desarrollo, BID, 1993.

Diversos esfuerzos de investigación y proyectos de cooperación y reforma en el campo de la Administración de Justicia se han desarrollado en América Latina durante los últimos doce o quince años. Paralelo al Proyecto de Informes sobre la Administración de Justicia en los países de Centroamérica, desarrollado por el **Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD)** en coordinación con el **Centro para la Administración de Justicia de la Universidad Internacional de la Florida (FIU)**, bajo el auspicio de la **Agencia para el Desarrollo Internacional (AID)**⁶, otras contribuciones sistemáticas deben consignarse en un análisis integral sobre esta materia y la cooperación internacional⁷.

Asimismo, para un estudio comparado de los sistemas de normativa orgánica de la Administración de Justicia en la región, véase: Fix Zamudio, H., "Organos de Dirección y Administración en la rama de Administración de Justicia en los ordenamientos latinoamericanos", Memoria del Seminario del Banco Interamericano de Desarrollo, BID, 1993.

- 6 En tal sentido, pueden examinarse *La Administración de Justicia en Costa Rica, la Administración de Justicia en Honduras, la Administración de Justicia en El Salvador, la Administración de Justicia en Panamá*, publicados bajo el sello ILANUD - FIU, entre 1986 y 1987. Como parte del mismo proyecto, pueden verse los correspondientes Estudios Sectoriales desarrollados en los países concernidos, así como los análisis de encuestas de opinión.
- 7 Adicionalmente, deberán consignarse los diagnósticos también desarrollados por ILANUD durante la presente década del 90. Véase específicamente Cruz, Fernando, *Diagnóstico sobre la Administración de Justicia*. El Salvador; Chacón, I. et al, *Diagnóstico sobre la Administración de Justicia en Nicaragua*; Chacón I., Venegas, E. et al, *Diagnóstico sobre la Administración de Justicia en Panamá*; Venegas, E. et al, *Diagnóstico sobre la Administración de Justicia en Honduras*; Venegas, E. et al, *Diagnóstico sobre la Administración de Justicia en Costa Rica*, y Chacón, I. et al, *Informe de Investigación Documental sobre la Administración de Justicia en Guatemala*. En forma paralela deberán tomarse en cuenta los proyectos específicos de reformas tales como el "Taller Proyecto para la actualización del estudio sectorial: sector Poder Judicial", Costa Rica, co-auspiciado por la Agencia Internacional para el Desarrollo y la Universidad Internacional de la Florida. Similares proyectos se encuentran en desarrollo en Bolivia y Honduras. Para examinar aportes al análisis de este tema, realizados con anterioridad, véase también *La Administración de Justicia en América Latina*, Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo, Lima, Perú, 1984.

La mayoría de los diagnósticos referidos, así como los Proyectos de reforma resultantes han carecido -sin embargo- de una consideración específica acerca del impacto en materia de derechos humanos en relación al régimen de Administración de Justicia en estudio. En efecto, los análisis previamente referidos han tenido como objetivo efectuar un diagnóstico integral que no ha particularizado las exigencias específicas en materia de cumplimiento de derechos humanos y garantías fundamentales.

En virtud de lo anterior, se plantea la necesidad de desarrollar un proyecto integral que busque la implementación efectiva de los derechos humanos contenidos en la normativa de los diversos instrumentos internacionales sobre esta materia y asesore en la actualización y modernización de los poderes judiciales de la región. De tal suerte, el presente Proyecto busca generar una cooperación que produzca transformaciones institucionales, así como un conjunto específico de cambios o incorporaciones normativas dentro de la legislación y en el ejercicio cotidiano de la Administración de Justicia en el interior de cada país.

Otro elemento fundamental de cambio es de **carácter educativo** y se fundamenta en las siguientes consideraciones: la experiencia en el ámbito de la normativa internacional de protección de los derechos humanos es, desafortunadamente, disímil. El desconocimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la mayoría de las ocasiones genera una insuficiente aplicación de los derechos constitucionalmente consagrados, los cuales mantienen una estrechísima relación con la normativa internacional⁸ pero que, en niveles prácticos, resultan casi ignorados. Así, la desprotección de los derechos establecidos en una constitución política llevará implícita la desatención de pactos y convenios in-

8 Aspecto reforzado a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos, toda vez que un importante número de constituciones políticas de América Latina datan de la segunda mitad del siglo XX y hacen referencia expresa a los Derechos Humanos consignados en aquella Declaración.

ternacionales que sobre la materia se hayan suscrito y ratificado.⁹ De similar manera, la violación de estos instrumentos internacionales conlleva la inobservancia de normas estatuidas en las constituciones nacionales.

9 Tómense en consideración las opiniones sobre estos aspectos de la Organización de Naciones Unidas contenidas en los siguientes documentos:

- Principios Básicos de las Naciones Unidas Relativos a la Independencia de la Judicatura - Séptimo Congreso de la O.N.U. sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Milán, 26 de Agosto a 6 de Septiembre de 1985, confirmado por resoluciones de la Asamblea General números 40/32 y 40/146 de 29 de Noviembre de 1985 y de 13 de Diciembre de 1985, respectivamente.
- Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre la Función de los Abogados - Octavo Congreso de la O.N.U., sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, La Habana, 27 de Agosto a 7 de Septiembre de 1990.
- Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre la Independencia de la Justicia - Declaración de Singhvi.
- Sobre las relaciones entre normativa internacional en materia de derechos humanos y el derecho interno, ver Cançado Trindade, Antonio. "Reflexiones sobre la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos", *Cuadernos de Derechos Humanos* 3-95. Procuraduría de los Derechos Humanos, Guatemala, 1995, 41 p.

LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN EL DERECHO COMPARADO

Un estudio introductorio sobre sus antecedentes
y situación jurídica actual.

Luis CERVANTES

- A. *Antecedentes.*
 1 Alemania. 2 Italia. 3. España.
 4 Estados Unidos. 5 Francia.
- B. *Situación jurídica.*
 1 Alemania. 2 Italia. 3. España.
 4 Estados Unidos. 5 Francia.

Al estudiar los orígenes de la justicia constitucional se desemboca en el célebre caso *Marbury versus Madison*, el cual establece el principio de supremacía constitucional y con él, al menos, un sistema de control de la constitucionalidad de las leyes, por cuanto corresponde a un sistema difuso.

No obstante, sigue siendo el antecedente primario de los formales y estrictos Tribunales Constitucionales como órganos de competencia exclusiva para el conocimiento de conflictos entre las supremas normas políticas de un Estado y las correlativas normas inferiores de ese ordenamiento jurídico estatal, o, en su nacimiento más próximo, entre las normas de las diversas comunidades correspondientes de un Estado Federal y la Suprema Norma Federal.

La creación y Constitución estricta de estos Tribunales no se presenta en el continente americano sino en el europeo mediante la recepción del control constitucional de la primera concepción norteamericana.

Sin embargo, esta recepción no es inmediata sino todo lo contrario. Llama la atención que aconteciera de esa manera y, aún cuando lo fue tardíamente, no se hizo de manera idéntica a cómo lo habían hecho los norteamericanos sino con dos variantes igualmente significativas.

Esta recepción tardía y la variación del sistema norteamericano obedece a dos razones principales. Por un lado, al fracasar el modelo napoleónico en Europa, y principalmente en Francia, comenzó una restauración del principio monárquico que concebía al monarca como frente preconstitucional del poder. Este es el llamado ataque de derecha.

Por otro parte, el ataque de izquierda, que hace ver a la Constitución como una simple transcripción literaria sin mayor sustento jurídico.

En este punto debe tenerse presente el principio de supremacía constitucional -de referida creación estadounidense-, elaborado y estudiado doctrinariamente en Europa por Hans Kelsen. Kel-

sen era del pensamiento de que la mejor forma de garantizar una efectiva defensa constitucional era confiar la misma a un órgano que no haya tenido que ver con la promulgación de la norma impugnada. Es decir, cree que la aplicación de la Constitución con respecto del resto de la legislación sólo puede garantizarse cuando se confía a un órgano distinto del que las creó, diferente del cuerpo legislativo.

Pensaba, pues, en un sistema concentrado y no difuso como el norteamericano. Concebía un Tribunal Constitucional independiente de los demás poderes del Estado, aunque eso sí, complementario del Parlamento, queriendo evitar el llamado gobierno de los jueces, prohibiendo en este sistema que los jueces inaplicaran la ley tildada de inconstitucional y otorgando al Tribunal Constitucional sólo la facultad de declarar tal vicio con efecto *erga omnes* hacia el futuro y no retroactivos como el sistema norteamericano.

Este sistema fue llevado a la práctica con la promulgación de la Constitución Austriaca de 1920 -confiada a la redacción del mismo Kelsen-, en la cual se crea la Alta Corte Constitucional como sistema concentrado conforme al cual el control de constitucionalidad de las leyes, así como la defensa de la Constitución, se le confía exclusivamente a un Tribunal Constitucional especializado e independiente.

El otro gran impulso dado a la creación de los Tribunales Constitucionales se presenta en la postguerra de los años cuarenta y cincuenta de este siglo, especialmente en Alemania e Italia donde los legisladores del tiempo de conflicto se habían convertido en una seria y grave amenaza para la libertad, ya que tenían en su poder la posibilidad de introducir injusticias sistemáticas.

Por ello cobra popularidad nuevamente el tema de los Tribunales Constitucionales y de una manera casi ecléctica se toma lo principal de los sistemas norteamericanos y kelsenianos para la configuración de los nuevos tribunales.

Este desarrollo, desde los antecedentes hasta la situación jurídica de la que gozan actualmente los Tribunales Constitucionales

en el derecho comparado, constituye el objeto del presente estudio. Por significar el fundamento y referencia de los principales sistemas de justicia y jurisdicción constitucionales en la realidad jurídica actual, el estudio comparativo contenido a continuación comprende los sistemas de control constitucional de Alemania, Italia, España, Estados Unidos y Francia.

A. Antecedentes

1. Alemania

El Tribunal Constitucional Alemán encuentra su primer precedente en la Constitución del 28 de marzo de 1849. Esta Constitución esbozada en los párrafos 125 a 129 la creación del Tribunal del Imperio al que se encomendaron amplias e importantes atribuciones, dentro de las cuales se pueden mencionar:

- a. Dirimir controversias entre el Imperio y sus Estados miembros.
- b. Resolver problemas surgidos entre los Órganos Supremos Imperiales en cuanto al alcance y sentido de los preceptos constitucionales.
- c. Dirimir controversias constitucionales en el seno de los Estados miembros del Imperio.
- d. Un precedente del moderno Recurso de Amparo para los ciudadanos cuyos Derechos Constitucionales fueran lesionados.

Este Tribunal nunca llegó a funcionar. Por lo tanto, el origen de la justicia constitucional alemana se puede encontrar en la Constitución de Weimar del 11 de agosto de 1919, la cual crea un Tribunal encargado de resolver los conflictos entre los Estados individuales reunidos en el Estado Federal: la Corte Estatal de Justicia del Reich.¹

1. La Constitución del Reich Alemán de 1871 delegaba en un organismo político, el Consejo Federal, la tarea de resolver este tipo de conflictos. Fue con la Constitución de Weimar que se creó un tribunal específico para que resolviera este tipo de controversias.

Sus competencias eran las siguientes:

- Ver los litigios entre el Reich y los Estados que lo integraban.
- Ver los litigios constitucionales en el interior de cada uno de los Estados individuales que no tuviesen carácter jurídico privado.
- Ver las controversias constitucionales surgidas dentro de un Estado en el que no existiera ningún tribunal competente para ello.
- Decidir los recursos presentados contra el Presidente, el canciller y los ministros, relativos al desarrollo jurídico del Estado Constitucional.

En su origen, la justicia constitucional alemana fue creada por la necesidad de resolver los problemas que planteaba la estructura federal del Estado. Sin embargo el *Staatsgerichtshof* tenía serias deficiencias que provocaron que esta Corte Estatal no desempeñara un papel importante en el desarrollo constitucional alemán. Su más serio impedimento era que carecía de competencia sobre la constitucionalidad de las leyes y sobre las reclamaciones de los ciudadanos por lesión en sus derechos fundamentales. El único control constitucional que preveía era el de los *Länder*, pero lo atribuía al Tribunal Supremo del Reich. Además este control le quedaba confiado al Parlamento.²

Para no repetir el mismo error, los redactores del proyecto de la Ley Fundamental tuvieron especial cuidado en dotar al nuevo Tribunal Constitucional con facultades mucho más amplias que las de la anterior Corte Estatal.

2. Se dice que el control quedaba confinado al Parlamento porque durante la discusión de las leyes, no sólo podía sino que debía examinarse su constitucionalidad. Pero una vez que la ley era aprobada, su aplicación por los jueces y Tribunales era insoslayable.

Después de que la Ley Fundamental entró en vigor el 24 de mayo de 1949, el Gobierno Federal inició las gestiones necesarias para la elaboración de la Ley del Tribunal Constitucional Federal (*BVerfGG*) la cual fue promulgada el 16 de abril de 1951. Fue con esta ley que se creó el Tribunal Constitucional, con funciones precisas para controlar la constitucionalidad de las leyes. A este Tribunal se le encomendó la función de:

... hacer guardar la Constitución, atribuyéndole para ello unas competencias que abarcan desde la resolución de conflictos federales y el control de las decisiones administrativas y resoluciones judiciales, hasta la declaración de nulidad de las leyes inconstitucionales.³

Los *Länder* disponen de Tribunales Constitucionales propios, salvo uno, el de *Schleswig Holstein* que le ha encomendado esas funciones al Tribunal Constitucional Federal. Por otra parte, Berlín no ha constituido aún su tribunal.

2. Italia

Se puede dividir la evolución constitucional italiana en cuatro períodos:

a. Primera etapa

Se ubica entre los años de 1861 y 1922, año en que el fascismo asume el poder. En esta época no se distingue la ley ordinaria de la constitucional. Pese a que en el preámbulo del Estatuto Albertino de 1948 se le definió como Ley Fundamental, fue considerada en realidad como un tipo de Constitución flexible, puesto que no se establecieron órganos, procedimientos especiales o formas para su modificación.

Por su parte, el Poder Legislativo no tenía límite en el ejercicio de sus actividades, por lo que podía interferir en la materia constitucional aún modificando normas del citado Estatuto.

3. Sainz Moreno, Fernando. "Tribunal Federal Constitucional Alemán". *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, Madrid, N° 8, diciembre de 1981, p. 603.

Considera la doctrina que ya en el Estatuto Albertino existía un Control Judicial de Constitucionalidad de las leyes, pues el juez ordinario al aplicar una norma en la solución de un conflicto, debía observar si existía una ley válida aplicable al caso en cuestión. Se trataba pues de un Control Difuso que correspondía a todos los jueces del Estado, pero que se encontraba limitado a la declaración de la regularidad de la ley desde un punto de vista formal.⁴ Así lo expresa Vásquez del Mercado al afirmar que: "Ningún examen sobre el contenido de la ley, esto es, ningún control en el sentido material, correspondía al juez".⁵

b. Segunda Etapa

Esta se desarrolla durante toda la época fascista. Es aquí donde se empieza a distinguir entre la ley ordinaria y la constitucional por medio de la ley de creación del Gran Consejo que disponía un cierto tipo de control de constitucionalidad al tener que ser consultado dicho órgano sobre materias de carácter constitucional.⁶

La distinción entre ley constitucional y ordinaria trajo como consecuencia la necesidad de un control de las leyes constitucionales que, a diferencia del que se dio en el primer período, debía ser concentrado y más amplio.

c. Tercera Etapa

Comprende desde la caída del régimen totalitario hasta la proclamación de la República Italiana en 1946.

Al caer el fascismo se suprime el Gran Consejo y la legislación se forma a través de decretos y leyes, razón por la cual no podía existir distinción alguna según la materia. Como conse-

-
4. La regularidad de la ley desde el punto de vista formal se verifica con las normas referentes a su aprobación, promulgación y publicación.
 5. Vásquez del Mercado, Oscar. *El control de la constitucionalidad de la ley, Estudio de derecho comparado*. México, Editorial Porrúa, S.A., 1978, p. 67.
 6. Ver al respecto, Vásquez del Mercado, Oscar. *Ibid* p. 66.

cuencia desaparece la separación hecha con anterioridad entre ley constitucional y ley ordinaria. Esta situación se mantuvo hasta el 25 de junio de 1944 cuando por Decreto-Ley se confiere al Gobierno, a través del Consejo de Ministros, la facultad de emitir resoluciones con fuerza de Ley. Dicho decreto fue considerado como Constitución provisional pues establecía que con posterioridad a la liberación del territorio nacional se elegiría popularmente una Asamblea Constituyente encargada de formar la nueva Constitución del Estado Italiano.

d. Cuarta Etapa

Se inicia con la promulgación de la Constitución Italiana, hecha por el Jefe de Gobierno el 31 de enero de 1947.⁷ En ella se estableció por primera vez una Corte Constitucional, cuyo inmediato funcionamiento fue impedido por circunstancias de índole política; y no fue sino hasta 1956 que se integró.

Esta Constitución tiene ciertas diferencias con su anterior homóloga, el Estatuto Albertino, importantes de recalcar:

- Es votada, o sea aprobada, por una Asamblea Constituyente surgida de una elección popular. Esto hace de la Carta Magna un documento solemne que "pone a nuestra Constitución en la línea histórica tradicional de las Cartas constitucionales europeas y americanas de los siglos XIX y XX."⁸
- Es más una Constitución rígida que flexible, ya que las normas contenidas en ella no pueden modificarse sino con base en un procedimiento especial y por mayoría

7. Esta Constitución dedica su Título VI a las Garantías Constitucionales y su sección primera regula lo relacionado con la Justicia Constitucional (arts. 134 a 137), creando un Tribunal Especial llamado De Garantías Constitucionales y, más adelante, Tribunal Constitucional.

8. Mónaco, Ricardo. *La nuova costituzione italiana*, citado por Vásquez del Mercado, *ibid* p. 68.

de la Cámara Legislativa; a diferencia del Estatuto que podía ser modificado por medio de leyes ordinarias, al grado de que las leyes constitucionales no diferían en sus requisitos formales de las comunes.

- También se presenta innovación en cuanto al control de legalidad constitucional de las leyes ordinarias, pues éste será ejercido por la Corte Constitucional que juzga la constitucionalidad de todas las leyes. Por tanto, las disposiciones de la Constitución se configuran como un límite a la competencia normal de los Órganos Legislativos.

Hay quienes ven como antecedente del control de la constitucionalidad esbozado en la presente Carta Fundamental al control concentrado de la derogación de las disposiciones sancionadoras de las violaciones de leyes financieras, control reservado al Tribunal de Casación que, a pesar de no alcanzar aplicación en la práctica, influyó sobre la regulación posteriormente adoptada a propósito del citado control.⁹

También tuvo importancia la labor desarrollada por el Alto Tribunal para la región siciliana que funcionó entre 1948 y 1955 como juez de constitucionalidad de las leyes en las impugnaciones del Estado contra las leyes sicilianas y de esta región frente a las leyes y reglamentos estatales.

Sin embargo, este antecedente se desarrolló con posterioridad a la introducción en el ordenamiento italiano de las principales disposiciones constitucionales reguladoras del Tribunal constitucional y de sus funciones, con lo que su influencia sobre éste se manifestó en las normas posteriores que regularon aspectos de su actuación.

9. Ver al respecto, Pizzorusso, Alessandro. *Lecciones de derecho Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 3ª Ed. T. II, 1987, pág. 1.

Es necesario destacar la influencia que sobre el sistema de justicia constitucional italiano han tenido los modelos extranjeros, tanto para la elaboración de la Constitución Italiana en lo concerniente al control de constitucionalidad ejercido por el Tribunal, como en cuanto a los textos normativos que especificaron sus funciones. En este punto se debe decir que los modelos de más influencia fueron el norteamericano -elaborado por vía jurisprudencial- y también el modelo austríaco "en cuanto a la declaración general de inconstitucionalidad, pero se aparta de este modelo en la forma de plantear la cuestión de inconstitucionalidad en un proceso concreto".¹⁰

3. España

En la historia constitucional española, la primera manifestación de la justicia constitucional se encuentra hasta la Segunda República con la instauración del Tribunal de Garantías Constitucionales, el cual se configuró como un sistema garantizador de la eficacia y vigencia de la Constitución Española, tanto en lo referente a la tutela de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Republicana del 9 de diciembre de 1931, como en lo relativo al control de la constitucionalidad de las leyes.

La organización y funcionamiento de dicho Tribunal como ente especializado en la solución de conflictos constitucionales se inspiró, para muchos autores, en las ideas del fundador de la Escuela de Viena y de la Teoría Pura del Derecho: Hans Kelsen.¹¹

No obstante, algunos tratadistas han pretendido encontrar antecedentes más remotos, los cuales deben ser considerados como simples proyectos constitucionales que no llegaron a tener

10. Fix Zamudio, Héctor. *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*. Madrid, Ed. Civitas, 1982. Pp. 185-186.

11. Ver al respecto, Fix Zamudio, Héctor. *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*. *Ibid* pág. 197.

aplicación. Dentro de los mismos se mencionan el Proyecto de Constitución Federal de la Primera República Española en 1873 y el Proyecto de Constitución de la Dictadura de 1929.

Así, la Segunda República constituye el único antecedente efectivo del sistema de justicia constitucional que funciona actualmente en España.

Enrique Álvarez Conde considera que a pesar de ser el Tribunal de Garantías Constitucionales el único precedente en la historia constitucional española, la valoración que puede hacerse del mismo ha de ser negativa debido a las siguientes razones:

1. La composición excesivamente numerosa del Tribunal, lo cual redundó en su eficacia, máxime cuando muchas de sus decisiones debían ser adoptadas por el Pleno.
2. La creciente politización del mismo, que se refleja tanto en el sistema de designación de sus miembros, como en sus propias decisiones, pudiéndose hablar de sentencias de derechas y sentencias de izquierdas.
3. La amplia legitimación existente para recurrir al mismo, aunque luego se estableciera una restricción de la misma, lo cual paralizó, en cierto modo, su actividad.
4. Su enfrentamiento con otros órganos constitucionales y especialmente con la Generalidad de Cataluña.
5. El arduo problema de la ejecución de sus sentencias.¹²

Otros autores, en contraposición con Álvarez Conde, toman una actitud más positiva hacia el trabajo de dicho Tribunal. Entre ellos, Fix Zamudio, quien considera que:

12. Álvarez Conde, Enrique. *El régimen político español*. Madrid, Ed. Tecnos, 1983, pág 322.

... a pesar del restringido período en que pudo funcionar normalmente el referido Tribunal de Garantías Constitucionales, dicho organismo pronunció varias sentencias importantes al resolver recursos de inconstitucionalidad...¹³

El Tribunal dejó de funcionar como consecuencia de la derogación de la Carta Fundamental de 1931, ante el triunfo del régimen de Francisco Franco.

La actual regulación constitucional en España encuentra su fundamento en la Constitución aprobada por las Cortes el 26 de octubre de 1978 y ratificada por referéndum el 6 de diciembre del mismo año, la cual logró restablecer el orden constitucional con posterioridad a la dictadura franquista.

El sistema de justicia constitucional que se implantó ha sido considerado por su similitud como una continuación de la Carta Fundamental Republicana de 1931, sólo que perfeccionándola en varios aspectos. Además, es necesario apuntar la gran influencia que los modelos constitucionales de Alemania, Francia e Italia ejercieron en su regulación.

El Tribunal Constitucional Español inició sus funciones el 15 de julio de 1980 y en el desarrollo de su labor ha pronunciado gran cantidad de sentencias importantes, tanto en lo que se refiere al Amparo como a la Inconstitucionalidad de las leyes.

4. Estados Unidos

Antes de entrar al análisis del funcionamiento del control de constitucionalidad en un país como los Estados Unidos hay dos aspectos básicos que se deben considerar:

13. Fix Zamudio, Héctor. *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*. *Ibid* pág. 199.

- La supremacía de la Constitución sobre las leyes y actos de cualquier autoridad y
- la facultad de los Tribunales y de la Suprema Corte Federal de hacer valer esa supremacía.

En este sentido, Lucio Cabrera ha expresado que la Constitución Federal cumple así varias funciones.¹⁴ Entre ellas, delimita las esferas de poder respectivas a la Federación y los Estados. Además, establece la división de los poderes entre las tres ramas del Gobierno Federal y reconoce las garantías individuales que tienen por finalidad directa la protección del individuo contra los actos de autoridad arbitrarios y contra cierta clase de leyes.

Este Principio de Supremacía es conocido como *Judicial Review* y podría ser definido como la facultad de los Tribunales de declarar la inconstitucionalidad de una norma de derecho creada por ellos mismos, por un Congreso o por la administración de Gobierno.¹⁵ Este concepto comprende también la facultad que tienen los jueces de interpretar la Constitución y las leyes. De acuerdo con este significado, una ley no es sólo lo que el legislador quiso que fuera, sino lo que resultó de ella después de pasar por la interpretación judicial.

En resumen, *Revisión Judicial* puede significar: la revisión de las leyes en lo que respecta a su concordancia con la Constitución o bien su interpretación para la aplicación según los principios de la Constitución y del *Common Law*.

14. Ver al respecto: Cabrera, Lucio. "Notas sobre la justicia constitucional en México y en los Estados Unidos". *Revista Jurídica Interamericana*. New Orleans, Nº 2, Julio-Diciembre de 1963, pág. 229.

15. Este concepto comprende tanto el que es elaborado por el legislador como el creado por jueces de órganos administrativos.

Sobre esta facultad judicial de anular una ley por su inconstitucionalidad se pueden encontrar ciertos antecedentes en el Derecho Colonial así como en los debates y polémicas en torno a la constituyente.

En la Convención Constituyente de Filadelfia existieron varias iniciativas para implantar expresamente algún mecanismo de control de constitucionalidad de las leyes que dictase el futuro Congreso.¹⁶ Sin embargo, la Constitución Federal emitida como consecuencia de esta Convención no estableció de modo directo la competencia del Tribunal Supremo para juzgar el valor de las leyes en razón de su inconformidad con la Constitución, como dice Bertelsen:

... a excepción del artículo 6º, inciso 2, que obliga a los jueces de cada Estado a aplicar con preferencia a la Constitución y leyes del Estado, la Constitución y leyes Federales, no existe disposición alguna que establezca otro control de constitucionalidad de las leyes ni en el texto primitivo de la Constitución, ni en las enmiendas que se le han efectuado.¹⁷

Los hechos terminaron por conferir a la judicatura federal el control de constitucionalidad de las leyes. Así lo expresa García Pelayo al decir que:

... lo único cierto es que el pensamiento de la revisión judicial no era absolutamente nuevo y que -por las razones que fuere- tal facultad no está contenida en la Constitu-

16. Por ejemplo la de Wilson y Madison, de crear un "Consejo de Revisión" integrado por el Presidente y un número de magistrados con poder de veto sobre el Reglamento; o de remitir las iniciativas de leyes al Presidente (por un lado) y a la Corte Suprema (por el otro), con facultad para cualquiera de ellos de vetarlas.

17. Bertelsen Repetto, Raúl. *El control de la constitucionalidad de la ley*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 1969, pág. 133.

ción, por más que la interpretación de algunos preceptos pueda dar lugar a ella. Dicha facultad se ha formado, pues, al margen del puro texto constitucional, en virtud de una teoría general de las constituciones escritas y de la interpretación de la norteamericana.¹⁸

Para Rubén Hernández esta falta de regulación específica del control de constitucionalidad tiene, como consecuencia, el hecho de que no estén individualizados los actos normativos sujetos al control. La jurisprudencia ha dicho que son objeto de revisión judicial aquellos actos normativos que tengan *force of law*. Este término se entiende como la capacidad de una norma de ser parte constitutiva de un ordenamiento, sin que tenga importancia alguna su jerarquía normativa o su esfera de competencia.¹⁹

Pero el verdadero origen de la jurisdicción constitucional se encuentra en el famoso caso *Marbury vs Madison*. Este fallo -de numerosos estudios y comentarios- es de una importancia trascendental ya que establece los fundamentos en virtud de los cuales corresponde decidir a los jueces sobre la constitucionalidad de las leyes. Por lo tanto, el principio de la revisión judicial tiene un origen judicial y no legislativo, ya que el caso *Marbury vs Madison* no presentó como problema jurídico una violación de las garantías individuales sino la contradicción entre una Ley Federal y las atribuciones de la Suprema Corte definidas en la Constitución. Es así como este principio no nace con el propósito directo de proteger los derechos del hombre.

Para concluir, se puede decir que el propósito de esta revisión judicial fue siempre sostener la supremacía constitucional mediante la revisión de las leyes y de los actos de gobierno con el ob-

18. García Pelayo, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid. Alianza Universidad Texto, 1984, pág. 421.

19. Ver al respecto: Hernández Valle, Rubén. *La tutela de los derechos fundamentales*. San José, Ed. Juricentro, 1990, pág. 149.

jeto de mantenerlos en el marco de sus competencias restringidas y de invalidarlos si se excedieran de los límites impuestos por el Poder Constituyente.

Actualmente, la revisión judicial en los Estados Unidos está sustentada en función de cualquier precepto constitucional, y no sólo se limita a la acción de los posibles roces o contradicciones entre una ley y los contenidos constitucionales, sino que además se extienden a los diversos principios que informan la Constitución.²⁰

5. Francia

Antes de entrar a estudiar los antecedentes del control de constitucionalidad en este país es importante mencionar que Francia se ha caracterizado por su marcada tendencia hacia el no establecimiento de un control judicial de constitucionalidad. Las razones, cuyas raíces están en la Revolución Francesa, son básicamente dos:

- a. El pensamiento de los franceses de la época pos-revolucionaria con respecto de los jueces se hallaba inspirado en el temor hacia los Parlamentos Judiciales que aplicaron justicia durante el reinado de los Luises y que frecuentemente se excedían en sus funciones. Esta desconfianza hacia los órganos judiciales hace que los revolucionarios decidan eliminar toda posibilidad de que los jueces se excedieran en sus funciones, impidiendo no sólo su intervención en el Poder Legislativo, sino también que pudieran revisar los actos del Poder Ejecutivo.²¹

20. Estos principios son: el federalismo, la limitación de los poderes de los órganos estatales y federales, y la división y coordinación de poderes.

21. Por ejemplo, el Código Penal francés, en su artículo 127, dispone que serán culpables de prevaricación los jueces que se inmiscuyan en el ejercicio del

- b. Como consecuencia de esa desconfianza hacia los órganos judiciales, los franceses llegan a identificar el principio de Soberanía Nacional con el de Soberanía del Parlamento. Como bien lo indica Vanossi:

Si la ley era la expresión más auténtica de la soberanía popular y la sancionaban representantes elegidos directamente por el pueblo, jamás podía un juez-órgano administrativo indirectamente designado, es decir, a través del gobierno- que no dependía de la confianza del pueblo ni de la renovación del pueblo, impedir que se aplicara la expresión soberana del pueblo. Jamás podía un juez-burócrata desconocer a la ley soberana.²²

Por lo tanto, después de la Revolución Francesa, y en el resto de las Constituciones posteriores -hasta las de este siglo inclusive- no se admitió un control sobre las leyes que no fuera de carácter político-legislativo. Así:

... los jueces nunca han tenido la atribución de declarar la inconstitucionalidad o de examinar la constitucionalidad de un acto administrativo o legislativo: han sido, nada más ni nada menos, que los agentes de un servicio público.²³

El primer antecedente de este tipo de control se encuentra en

Poder Legislativo, "sea por reglamentos que contengan disposiciones legislativas, sea interrumpiendo o suspendiendo la ejecución de una o más leyes, sea deliberando para saber si las leyes serán... ejecutadas". Ver al respecto Bertelsen Repetto, Raúl, *ibid* pág. 54.

22. Vanossi, Jorge Reinaldo. *Teoría Constitucional: supremacía y control de constitucionalidad*. Buenos Aires, ed. de Palma, T II, págs. 87-88.

23. Vanossi, Jorge Reinaldo. *Ibid* pág. 77.

el Senado Conservador de la Constitución del Año VIII²⁴ y más tarde en el Senado Imperial de 1852.²⁵

La actuación de estos órganos políticos fue nula. El primero nunca dejó sin efecto una ley, y en cuanto al segundo según Burdeau: "Su existencia fue oscura y no contribuyó a elevar el prestigio de una Institución que la experiencia anterior había desacreditado".²⁶

Durante el período de la Tercera República (1870-1940) no existió ningún órgano de control, ni los jueces asumieron esa función, aunque el punto sí fue discutido ampliamente por la doctrina. Pensadores como Maurice Hariou y Leon Duguit encabezaron una tendencia que buscaba lograr que los Tribunales pudieran conocer y resolver sobre estas cuestiones. No es sino hasta 1946 que se crea el Comité Constitucional, órgano con facultades suficientes para decidir sobre la legalidad constitucional de las leyes. Acerca de este órgano dice Bertelsen lo siguiente:

...no puede en rigor decirse que era un control de constitucionalidad de la ley, porque su función consistía más en obtener la conformidad de la Constitución a las leyes que la de éstas a aquella (...)

La competencia del Comité Constitucional (...) tenía una limitación de importancia: no podía determinar si la ley

24. Según el art. 21 de esta Constitución, al senado le correspondía anular todos los actos que le eran referidos como inconstitucionales por el tribunalado o por el gobierno. Los particulares no podían recurrir ante este cuerpo para alegar la inconstitucionalidad de una ley. Ver al respecto: Bertelsen Repetto, Raúl, *ibid* pág. 54.

25. Según la Constitución, el senado es el guardián del Pacto Fundamental y de las libertades públicas, por lo que se debían someter a su consideración todas las leyes antes de su promulgación a fin de que éste se pronunciase acerca de su constitucionalidad. Ver al respecto Bertelsen Repetto, Raúl, *ibid* pág. 55.

26. Burdeau, *ibid* pág. 64, citado por Vásquez del Mercado, Oscar, *ibid* pág. 54.

sometida a su consideración se oponía al Preámbulo de la Constitución, que era el lugar donde se reafirmaban los derechos del hombre y del ciudadano (...) de esta forma, la utilidad e importancia de la labor del organismo constitucional al que nos estamos refiriendo era escasa y quedaba limitada a apreciar la conformidad de las leyes con las competencias y procedimientos constitucionales, pero no con las garantías personales.²⁷

Finalmente, la Constitución Francesa de 1958, que es la Constitución de la Quinta República, crea un Consejo Constitucional u órgano de control de Constitucionalidad de las leyes que se encuentran vigente a la fecha.

Este órgano había sido visto como un defensor del ejecutivo por los constitucionalistas franceses debido no sólo a sus atribuciones, sino principalmente al modo de designación de sus miembros e incluso a su proceso de funcionamiento. Pero esta situación varía a partir de una decisión tomada por el Consejo en 1971. Para Rivero:

... la decisión antes citada de 1971 ponía fin a una etapa: "el Consejo se erige, no en defensor de las prerrogativas del Ejecutivo contra el Parlamento, sino en guardián de las libertades constitucionales contra la coalición del gobierno y su mayoría parlamentaria". A pesar de ello, el Consejo Constitucional, su reforma, e incluso su propia subsistencia, siguen estando en cuestión.²⁸

27. Bertelsen Repetto, Raúl, *ibid* págs. 58-59.

28. Rivero, citado por López Garrido, Diego. "El Consejo Constitucional francés". Boletín de Jurisprudencia Constitucional, Madrid N° 6. Octubre-diciembre de 1981, pág. 470.

B. Situación jurídica

1. Alemania

Según el artículo 92 de la Ley Fundamental "El Poder Judicial estará confiado a los jueces, siendo ejercido por el Tribunal Constitucional Federal, así como por los Tribunales Federales previstos en la presente Ley Fundamental y por los Tribunales de los *Länder*".²⁹

El artículo 1 de la *BVerfGG* describe la situación jurídica del organismo diciendo que: "El Tribunal Constitucional Federal es un tribunal de la Federación, autónomo e independiente frente a los demás órganos constitucionales."³⁰

Por lo tanto, este Tribunal tiene en la ley una doble configuración:

a. Como Órgano Constitucional

Está situado al mismo nivel que la Asamblea Federal, Consejo Federal y el Gobierno Federal. Además no está subordinado a ningún otro órgano estatal, por lo cual no depende organizativamente de ningún ministerio, no está sometido a ningún tipo de vigilancia sobre su personal ni a intervención estatal directa, elabora su propio presupuesto y además sus jueces tienen un estatuto peculiar distinto de los demás jueces federales.

b. Como Tribunal Judicial

El artículo 92 de la Ley Fundamental lo integra al Poder Judicial.³¹ Se han presentado algunas objeciones acerca del carácter de

29. Ley Fundamental de la República Federal Alemana, del 24 de mayo de 1949. En: *Constituciones Europeas*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1960, art. 92.

30. Ley del Tribunal Constitucional Federal, del 16 de abril de 1951, art. 1.

31. Ver al respecto: Ley Fundamental de la República Federal Alemana, art. 92.

sus decisiones, ya que en ocasiones éstas son más políticas que jurisprudenciales, pero su carácter institucional de Tribunal es indiscutible ya que "mediante jueces imparciales, especialmente independientes (independencia judicial) decide vinculantemente y, en base a (sic) normas jurídicas, lo que es conforme a derecho en cada caso."³²

Por lo tanto, el Tribunal no es una instancia política sino un órgano de justicia constitucional que se encarga no sólo de proteger a la Constitución de los atentados que contra ella se produzcan, sino también de unificar interpretativa y jurisprudencialmente la materia constitucional, ya que le corresponde decidir en forma definitiva las controversias jurídicas que se le sometan.

2. Italia

Acerca de la situación jurídica que ocupa el Tribunal Constitucional italiano se puede afirmar que constituye un órgano jurisdiccional, puesto que así se desprende de la Ley que lo organiza, del 9 de febrero de 1948, dictada por la propia Asamblea Constituyente. A la vez se ubica como un órgano fuera del Poder Judicial:

En su Constitución de 1947, Italia adoptó una Corte Constitucional (*fuera del Poder Judicial*), que juzga 'las controversias acerca de legitimidad constitucional de las leyes y de los actos con fuerza de ley del Estado y de las regiones', y cuyas decisiones son inapelables (art. 134 y 137).³³ (el resaltado es nuestro).

Con respecto de su situación como órgano jurisdiccional parece no haber mayor discusión en la doctrina. Sin embargo hay quienes acogen tal criterio con algunas reservas. Dentro de ellos se encuentra Pizzorusso, quien señala que tanto las funciones co-

32. Sáinz Moreno, Fernando, *ibid* pág. 606.

33. Sagüés, Néstor. *El recurso extraordinario*, Buenos Aires, ed. de Palma, 1984. Pág. 40.

mo el órgano son de naturaleza jurisdiccional, pero también señala algunos puntos que deben ser observados para que tal tesis sea válida:

- a) que ello no significa que el Tribunal haya de encasillarse necesariamente en la estructura tradicional de la división de poderes, doctrina parcialmente desmentida, precisamente, por la misma entronización de un órgano como éste;
- b) que tampoco se deriva de lo anterior, la aplicación de las reglas del "Derecho procesal general" -siempre que no exista justificación por analogía en los procesos ante el Tribunal;
- c) que tal naturaleza jurisdiccional no supone, en fin, negar el carácter "político" de la actividad del Tribunal...³⁴

Con respecto de la posición de dicho órgano, ya sea dentro o fuera del Poder Judicial, lo más frecuente en la doctrina es admitir que este órgano se sitúa fuera y por encima de la tradicional división de poderes, ejerciendo así una función de supergarantía de la Constitución. Sin embargo, se encuentran en la doctrina criterios divergentes acerca de su localización.

Néstor Sagüés considera, desde una perspectiva muy particular, que junto a los órganos judiciales se encuentran los que como el Tribunal Italiano no componen el Poder Judicial pero tienen fisonomía judicial. Son aquellos a los que la Constitución llama Tribunales y se asimilan en su operatividad a los órganos judiciales propiamente dichos. Agrega, además, que muchos de estos tribunales ajenos al Poder Judicial, pueden ser vistos como un Cuarto Poder.³⁵

34. Ver al respecto: Pizzorusso, Alessandro. *Ibid* págs. 30-31.

35. Sagüés, Néstor, *ibid* pág. 34.

Para aquellos que opinan que se ubica fuera del Poder Judicial, la Corte Constitucional es un órgano con independencia, imparcialidad y procedimiento desarrollado con las formalidades judiciales, lo cual no basta para decir que se está frente a un órgano judicial, puesto que se corre el riesgo de ser adulterados los juicios constitucionales y obstaculizado el control respectivo con las exigencias y las formas de la justicia ordinaria. Así, aunque el tribunal, al resolver los conflictos, aplica normas jurídicas dotadas de generalidad, como suele ocurrir con los principios constitucionales- "son claras las diferencias con las actividades análogas desarrolladas por los jueces ordinarios (...), a la vista de la mayor politicidad de esta función constitucional".³⁶

De este modo, pese a orientar sus funciones según las modalidades propias de un procedimiento ordinario-judicial-, el carácter de la función desempeñada por el órgano y su carácter propio son independientes, negando así que dicho ente tenga naturaleza judicial.

Por otro lado, están quienes a pesar de indicar que la Corte Constitucional asegura la división de poderes, ubican dicho ente dentro del Poder Judicial. De este modo, Ramella opina que:

El carácter judicial de la Corte es indudable, lo contrario de lo que ocurre con el Consejo Constitucional francés que más vale es un organismo político. (...) La creación de la Corte constitucional representa una innovación profunda en el ordenamiento jurídico italiano. Es una forma de asegurar las garantías constitucionales, como la división de poderes y la descentralización.³⁷

36. Pizzorusso, Alessandro. *Ibid* pág. 11.

37. Ramella, Pablo. *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, ed. de Palma, 1982. Pág. 209.

La Corte Constitucional no ha sido instituída para sustituir alguno de los otros órganos jurisdiccionales ya existentes, ni sustraer a éstos parte de las funciones que entran dentro de su competencia. De tal modo:

La Corte Constitucional desarrolla su actividad sobre materias que hasta ahora estaban totalmente fuera del campo jurisdiccional, o bien se atribuían a la competencia de especialísimos órganos jurisdiccionales que actualmente ya no existen. La institución de la Corte Constitucional representa por lo tanto, una extensión de la actividad jurisdiccional del Estado, extensión que caracteriza el progreso constante del ordenamiento jurídico en los tiempos modernos.³⁸

Así, este órgano realiza una función de tipo negativo abrogativo- que obliga a anular una ley, no para sustituirla por una considerada políticamente más conveniente sino porque la misma contradice un canon constitucional que debe ser respetado. Esto es, una anulación por causas estrictamente jurídicas.

Para Pizzorusso, las normas de organización de dicho tribunal lo perfilan como un órgano que muestra junto con características propias de los órganos judiciales algunas otras peculiares de los de tipo parlamentario, como lo es el papel de mediador o árbitro en los conflictos de atribuciones:

En este sentido resulta evidente la intención de los legisladores por establecer un órgano que estuviese en condiciones de garantizar el respeto efectivo de los derechos fundamentales del ciudadano- de los sujetos de derecho individuales o colectivos, en general- y que fuese, al tiempo, una instancia capaz de desarrollar un

38. Vásquez del Mercado, Oscar, *ibid* págs. 72-73.

papel arbitral en los conflictos entre órganos y entes constitucionales.³⁹

En otro orden de ideas, se puede afirmar que, en términos generales, el contenido del control de constitucionalidad es altamente político, por lo que los recursos sobre los que debe pronunciarse el tribunal pueden ser utilizados con tal propósito, pero ello representa un riesgo que no es propio del procedimiento constitucional y que no lesiona su carácter neutral.

Cabe destacar que de las materias asignadas a la competencia del tribunal quizás la que más llama la atención por su contenido político es aquella en la que el tribunal resuelve los juicios promovidos contra el Presidente de la República y los Ministros.

Así se expresa Pizzorusso al afirmar que:

... las acciones judiciales a las que nos referimos habrán de acusar, en su ejercicio y desarrollo concreto, una fuerte influencia política, no sólo por el hecho de tener como protagonistas a sujetos políticos destacados sino también porque las contravenciones mismas imputadas se habrán realizado en el ejercicio de poderes políticos.⁴⁰

Lo anterior no quiere decir que el control que realiza la Corte Constitucional es político, pues como ya se estableció, es un control jurisdiccional ya que en la Constitución misma se le da tal carácter. Lo que es importante notar es que en un sistema de control como el italiano, por el tipo de materias que son sometidas al conocimiento de dicha Corte, la influencia política es inevitable.

Por último, es importante hacer notar que el control de constitucionalidad no corre siempre a cargo de un solo tipo de órgano

39. Pizzorusso, Alessandro. *Ibid* págs. 3 y 4.

40. Pizzorusso, Alessandro. *Ibid* págs 29-30.

sino de varios. Así, en Italia, la Corte Constitucional asume el control de constitucionalidad por excelencia, pero la Corte de Casación y el Consejo de Estado han atendido igualmente asuntos que conciernen a la protección de derechos humanos reconocidos por la Constitución y relativos a la supremacía de ésta:

En tales condiciones, corresponde esencialmente a la mencionada Corte Constitucional (...) tutelar los derechos humanos consagrados constitucionalmente, al declarar la inconstitucionalidad, con efectos generales, de aquellos ordenamientos nacionales o regionales que contradigan los citados derechos fundamentales (...) la tutela procesal de los derechos humanos no descansa en Italia únicamente en la Corte Constitucional mencionada, sino también en otros dos organismos, que se crearon desde el siglo anterior por influencia francesa, nos referimos a la Corte de Casación y al Consejo de Estado,...⁴¹

3. España

El Tribunal Constitucional es considerado como "un órgano de naturaleza jurisdiccional." Su procedimiento, el estatuto de sus miembros y el valor de sus decisiones están en la órbita de la jurisdicción. Además, dicho Tribunal está compuesto por auténticos jueces con una formación jurídica sólida quienes realizan su labor por medio de procedimientos jurisdiccionales, adoptando así sus decisiones el carácter de sentencias, autos y providencias, y no pueden actuar de forma oficiosa, sino únicamente a instancia de parte como sucede en los demás Tribunales.

Sin embargo, es importante hacer notar que el Tribunal Constitucional se encuadra como una jurisdicción de naturaleza especial, pues el mismo no se encuentra ubicado dentro de la común organización judicial, sino que la Constitución de 1978, la cual le

41. Fix Zamudio, Héctor. *Ibid* págs. 188-189.

dio origen, lo sitúa como un órgano fuera de la estructura del mencionado poder. Es por ello que para algunos autores tales como Eduardo García de Enterría y Jesús González Pérez, el Tribunal viene a ser un superpoder o un verdadero cuarto poder, materialmente jurisdiccional pero distinto del Poder Judicial estricto.

Toda esta situación ha dado lugar a que algunos tratadistas consideren a dicho Tribunal como un órgano político. No obstante, es criterio de la generalidad que el Tribunal Constitucional no tiene ese carácter ya que la misma Constitución le ha asignado una función materialmente jurisdiccional en el sentido de que su labor está encaminada a realizar la interpretación y aplicación de una norma previa, es decir, la Constitución misma.

Así, se ha estimado que por no ser un Tribunal de carácter político sus actuaciones deben apartarse de cualquier consideración de ese tipo, ya que:

Si bien es cierto aplica un cuerpo de Derecho - el ordenamiento constitucional- de contenido político, esto no impide su tratamiento exclusivamente jurídico. Tampoco es obstáculo el carácter político de ciertos actos que deba controlar para que ese control sea un control jurídico y no político.⁴²

Por otra parte, el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional dispone que:

1. El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica.

42. Campos Arias, José Alberto y otros. "La Corte Constitucional de Costa Rica". San José. Seminario de graduación para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1983, pág. 400.

2. Es único en su orden y extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional.⁴³

Tal artículo evidencia la cualidad que define al Tribunal de ser el intérprete supremo de la Constitución, lo que trae como consecuencia la responsabilidad de la tutela jurídica de la misma y que la interpretación que sobre ella realice deberá necesariamente imponerse con carácter vinculante a todos los órganos que componen el Poder Judicial. Al respecto, Francisco Fernández Segado opina que:

Si, en efecto, el Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución, no es el único sino, precisamente, sólo el "supremo". Y, en efecto, (...) la Jurisdicción Constitucional no es, ni mucho menos, la única en aplicar los preceptos constitucionales (...) ya que, de hecho, sólo conocerá en exclusiva de los recursos directos de inconstitucionalidad, esto es, del control abstracto de normas legales.⁴⁴

Por otra parte es importante destacar su carácter de órgano constitucional independiente de otros órganos, sometido únicamente a la respectiva Ley Orgánica y a la Constitución Política, la cual ha determinado todos los aspectos fundamentales de su condición, organización y funciones.

Así, se puede concluir con Alfonso Pérez Gordo que:

... el Tribunal Constitucional es un órgano jurisdiccional, de carácter constitucional, independiente, único y exclusivo en su orden, y que va a tener como función la de imponer y actuar las sanciones que correspondan en el or-

43. Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Nº 2 del 3 de Octubre de 1979. Art. 1.

44. Fernández Segado, Francisco, *ibid* págs. 52-53.

den constitucional, en garantía de la observancia de la norma jurídica.⁴⁵

4. Estados Unidos

La situación jurídica del Control de Constitucionalidad en los Estados Unidos deriva del hecho de que en este país la facultad para realizar dicho control corresponde al Poder Judicial, pero no a un Tribunal determinado, sino a todos los Tribunales que lo conforman. Por lo tanto, se hace necesario analizar la forma en que está conformado dicho Poder.

De acuerdo con la Constitución Federal, artículo tercero, sección segunda: "el Poder Judicial se extenderá a todos los casos de ley y de equidad resultantes de esta Constitución, de las leyes de los Estados Unidos y de tratados que se celebren o que se lleguen a celebrar bajo su autoridad".⁴⁶

Esta facultad tan amplia conferida al Poder Judicial es la que se encarga de mantener y asegurar la vigencia del Principio de Supremacía Constitucional, según el cual la Constitución es una regla de derecho superior a la ley ordinaria.

Este principio tiene en los Estados Unidos un doble efecto. El primero es que una norma federal sólo puede violar la Constitución Federal, y el segundo es que una norma estatal está doblemente controlada, ya que su constitucionalidad puede ser declarada en relación con la Constitución Estatal o con la Federal.

Así, la Constitución Federal es considerada como constitutiva de una regla de derecho superior a todas las demás -federales o lo-

45. Pérez Gordo, Alfonso. *El Tribunal Constitucional y sus funciones*. Barcelona. Ed. Bosch, 1982, pág. 11.

46. Constitución Federal de los Estados Unidos de América. Art. 3, sección 2.

cales-, y debe ser respetada tanto por los órganos del Estado Federal como por los demás Estados miembros.

En lo que respecta al Poder Judicial, la convención de Filadelfia, al crear un Gobierno simultáneo de coexistencia de poderes locales y centrales, ubica al Poder Judicial como un Poder del Estado encargado principalmente de velar por el mantenimiento de la separación de poderes y de mantener ambas órbitas- central y local- en sus respectivas competencias y sin excederse. Para lograr este cometido se le asigna la facultad de decidir y conocer todas aquellas causas que versen sobre puntos o asuntos regidos por la Constitución, los tratados y las leyes.

Estas competencias del Poder Judicial norteamericano encuentran sustento en las manifestaciones de Hamilton, quien afirmó que la negación del control de constitucionalidad de las leyes por parte del Poder Judicial:

Equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres que obran en virtud de determinados poderes pueden hacer no sólo lo que estos no permiten, sino incluso lo que prohíben.⁴⁷

Según el artículo tercero de la Constitución Federal, "el Poder Judicial de los Estados Unidos residirá en el Tribunal Supremo y en tantos Tribunales inferiores como el Congreso juzgue necesario crear y establecer".⁴⁸

El Tribunal Supremo está compuesto por nueve jueces vitalicios que actúan en una sola Sala, designados por el Presidente con

47. Hamilton, Alexander y otros. *El federalista*. México, ed. Fondo de Cultura Económica, 1943, pág. 339, citado por Campos, Arias, José Alberto y otros, *ibid* págs. 1-2-5.

48. Constitución Federal de los Estados Unidos de América. Art. 3.

el consejo y consentimiento del Senado. Para algunos autores, este carácter vitalicio al mismo tiempo que asegura la independencia judicial, hace que pierda significación la influencia que tiene el Presidente a la hora de nombrar a los jueces.⁴⁹

Los Tribunales Federales inferiores son los Tribunales de Apelación de Circuito y los Tribunales de Distrito, cuya demarcación puede o no coincidir con los límites de los Estados.

Para comprender la labor de todos estos Tribunales hay que tener presente que las materias que deben ser reguladas por leyes federales se encuentran establecidas en el artículo primero de la Constitución que fija el ámbito en el que el Congreso Federal puede actuar válidamente siempre que respete las limitaciones que le imponen los párrafos de la sección nueve del artículo primero y las enmiendas que se han introducido a la Constitución.⁵⁰

5. Francia

El Consejo Constitucional Francés se rige por la Constitución de la Quinta República Francesa, cuyo Título VII -artículos 56 a 63- regula la función del Consejo Constitucional, encargado no sólo de la función de contralor constitucional sino que además tiene funciones de contralor de la legitimidad de las elecciones presidenciales y parlamentarias, entre otras atribuciones especiales. Se rige además por una Ley Orgánica del 7 de noviembre de 1958.⁵¹

Su naturaleza jurídica ha sido un punto discutido en doctrina, ya que no hay acuerdo sobre si su carácter es político o jurisdiccional. Para algunos autores -por ejemplo Vanossi- el Consejo Constitucional es un:

49. Ver al respecto García Pelayo, Manuel. *Ibid* pág. 218.

50. Ver al respecto: Constitución Federal de los Estados Unidos de América. Art. 1 y Enmiendas del 15 de Diciembre de 1991.

51. La cual fue reformada por Ley del 26 de diciembre de 1958.

... órgano de control político no jurisdiccional (ni en el sentido judicial ni en el sentido de una jurisdicción especial) que es muy *sui generis* (sic), muy atípico dentro de los procedimientos de control o de aseguramiento de la defensa de la Constitución que existen en la actualidad.⁵²

Para Hauriou, en cambio, este Consejo tiene un carácter ambiguo. Sin embargo, se decide por considerar que predomina en él un carácter jurisdiccional.

El Consejo Constitucional es un organismo nacido y desarrollado bajo el signo de la ambigüedad: sus atribuciones presentan, en lo esencial, un carácter jurisdiccional, pero por el modo de designación de sus miembros y por su composición de hecho, tiene marcado carácter político. Sin embargo, cabe señalar que esta última característica tiende a atenuarse y, como es necesario tomar partido, nosotros lo consideramos como un órgano jurisdiccional.⁵³

Por último se debe mencionar a Néstor Sagüés, quien hace una interesante clasificación de los sistemas de control de constitucionalidad en función del órgano de control que se aparta de la tradicional división en políticos y judiciales. Para él, existen órganos judiciales y no judiciales y ubica dentro de éstos últimos al francés como un órgano *sui generis* por su peculiar integración y operatividad.⁵⁴

52. Vanossi, Jorge Reinaldo. *Ibid* pág. 104.

53. Hauriou, André. *Derecho Constitucional e instituciones políticas*. Barcelona. Ed. Ariel, 2ª ed. 1980, pág. 716.

54. Ver al respecto: Sagüés, Néstor. *Ibid* págs. 34-35.

Además, es importante mencionar cómo es que está integrado el Consejo y cómo son designados sus miembros pues son dos notas predominantes a la hora de definir el carácter de este órgano.

El Consejo está compuesto por nueve miembros nombrados por el Presidente de la República, el Presidente de la Asamblea Nacional y el Presidente del Senado, por partes iguales. Se renueva por tercios cada 3 años. Está integrado también por los ex-presidentes de la República de modo vitalicio.

El Presidente de la República dispone de la facultad de designar al Presidente del Consejo. Esta facultad cobra importancia al establecer la Constitución que el Presidente del Consejo tiene preponderancia en caso de división de opiniones.

Finalmente, el funcionamiento de este Consejo está adecuado a la concepción del principio del Congreso Soberano. Esto es que en Francia la representación legislativa o parlamentaria tiene un valor absoluto como reflejo de la soberanía nacional.

En conclusión, es indiscutible el carácter político de este Consejo, esto si se parte de la división tradicional de los sistemas de control y del análisis histórico de esta institución en Francia que, como se estudió, es un país donde el control de constitucionalidad de las leyes, cuando ha existido, siempre ha estado vedado a los órganos judiciales y por lo tanto encomendado a órganos de carácter político. Así lo ha considerado Rubén Hernández al expresar que:

La naturaleza política del *Conseil Constitutionnel* y la forma en que ejerce sus funciones serían suficientes para configurar el control sobre las leyes en Francia como de naturaleza estrictamente política. Sin embargo, lo que definitivamente le confiere tal sello es el hecho de que el control, sobre todo en relación con las leyes orgánicas y respecto de las leyes ordinarias cuando son impugnadas por alguna de las autoridades políticas competentes para ello, se realiza sin el ejercicio de un verdadero recurso de parte. Además,

el control tiene un carácter exclusivamente preventivo.⁵⁵ (el resaltado es nuestro)

Es así como en el desarrollo de los Tribunales Constitucionales se han adoptado diversos tipos de control, básicamente el Difuso o el Concentrado, pero, cualesquiera que ellos sean, siempre se ha tenido presente la diversidad de condiciones que hacen que se opte por uno de ellos.

La raíz y el germen de los Tribunales Constitucionales están dados. Su concreción depende de las necesidades, intereses, riesgos y temores de cada Sistema Jurídico particular.

55. Hernández Valle, Rubén. *El control de la constitucionalidad de las leyes*. San José, ed. Juricentro, 1978, pág. 33.

BALANCE SOBRE LA LABOR DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Con atención especial al caso de Haití

Bertha SANTOSCOY

- *Introducción.*
- *Antecedentes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.*
- *La Convención Americana sobre Derechos Humanos.*
- *Disposiciones de fondo de la Convención.*
- *Disposiciones de carácter institucional.*
- *Comisión Interamericana de Derechos Humanos.*
- *Competencia de la Comisión.*
- *Informes especiales sobre la situación de derechos humanos y las visitas in loco : la labor de la Comisión en el caso concreto de Haití.*
- *Antecedentes sobre la situación de Haití.*
- *Procedimiento de la Comisión para elaborar un informe especial.*
- *La práctica de la Comisión durante sus visitas in loco.*
- *Resultados que generan los informes especiales de la Comisión.*
- *Peticiones individuales.*
- *Corte Interamericana de Derechos Humanos.*
- *Competencia de la Corte.*
- *Participación indirecta de los individuos en el procedimiento contencioso ante la Corte.*
- *Conclusión.*

Introducción

Cuando hablamos de derechos humanos a nivel universal partimos de la afirmación de que esos derechos son comunes a todos los individuos; esa concepción se encuentra en la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas adoptada en 1948.¹ Sin embargo, las necesidades de encontrar soluciones basadas en una comprensión específica y una mejor percepción de problemas particulares a ciertas regiones llevó a los Estados a concluir convenciones sobre la protección de los derechos humanos a un nivel regional. Cabe señalar, que esto no significa que los derechos humanos sean diferentes según las regiones, sino que ellos se desarrollan en entornos diferentes, por lo que el regionalismo no atenta contra el carácter universal de los derechos humanos.

Los sistemas regionales de protección de derechos humanos fundamentan su existencia en la necesidad de crear sistemas internacionales de protección que reúnan a Estados que compartan las mismas concepciones políticas, económicas y sociales, concepciones que derivan de las mismas tradiciones históricas y jurídicas que provienen de realidades culturales, ideológicas y de criterios filosóficos similares. Así, el sistema interamericano de derechos humanos, en tanto que sistema regional da a los pueblos del Continente americano un nivel de protección adaptado a las concepciones culturales y a las tradiciones políticas y jurídicas que se reflejan en sus Constituciones.

Antecedentes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos, del cual se me ha pedido exponer ante este foro, es el resultado de una larga evolución, cuyos orígenes se remontan a la

1 Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por Resolución 217 A (III) Asamblea General de la ONU, del 10 de diciembre de 1948.

época de las Conferencias Interamericanas. La Novena Conferencia Interamericana que tuvo lugar en Bogotá, el 30 de marzo de 1948, fue de una importancia particular. En esa conferencia los Estados americanos institucionalizaron el panamericanismo, mediante la creación de la Organización de los Estados Americanos (OEA).²

Igualmente en la Conferencia de 1948 los Estados adoptaron la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Res. XXX).³ Esta Declaración es el instrumento que traduce las aspiraciones y los ideales de los Estados americanos, así como la realidad política de ese momento. Es conveniente señalar que, si bien la Declaración no fue concebida como un documento con fuerza obligatoria, constituyó el instrumento necesario para crear más adelante un sistema de protección de los derechos humanos.⁴ Desafortunadamente, la ausencia de un órgano encargado de proteger los derechos consagrados en la Declaración impidió toda acción práctica durante once años.

En 1959, los gobiernos de los Estados miembros de la OEA convocaron la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores⁵, en Santiago de Chile, quienes preocupados por

2 Carta de la Organización de los Estados Americanos, en: Serie sobre tratados N° 1. Unión Panamericana, Washington, DC 1948, doc. OEA/Ser.A/2 (341-1-1-5-4274).

3 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en: Acta Final de la Novena Conferencia, Washington, DC, Unión Panamericana, 1948, doc. ref. 341-1-S-4679, págs. 39-46.

4 Sepúlveda, César, "México, la Comisión Interamericana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos", La Protección Internacional de los Derechos del Hombre, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983, págs. 194-195.

5 La Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores es el órgano específicamente político de la OEA. Véase artículo 60 de la Carta de la OEA.

la situación de las violaciones de los derechos humanos que prevalecían en la República Dominicana⁶, decidieron crear la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), cuyo objetivo sería promover el respeto de esos derechos.⁷

Esta Comisión fue concebida para aportar una solución provisional y parcial a un problema urgente en tanto no se exploraran otras vías a nivel convencional. Sin embargo, la posibilidad de crear una Convención Americana sobre Derechos Humanos no fue considerada en ese momento. De esta manera, la Comisión Interamericana entró en funciones el 6 de junio de 1960.

Para hablar de un balance sobre la labor de la Comisión, es necesario precisar que inicialmente esa entidad autónoma fue dotada de una competencia muy limitada, pero gracias a la interpretación dinámica de su Estatuto en la práctica y al apoyo político implícito de los Estados miembros de la OEA, la Comisión logró extender su competencia, pasando de la función de promoción a la de protección de los derechos humanos. Desde su primera reunión ordinaria, la Comisión decidió conocer y tramitar las denuncias individuales que le eran enviadas, a pesar de que esa función no estaba contemplada ni en su Estatuto ni en su Reglamento. Pero no fue hasta la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, que se reunió en Río de Janeiro, en 1965, que la Comisión obtuvo el reconocimiento de los Estados para conocer sobre denuncias individuales.⁸

6 Gros Espiell, Héctor, "Le système interaméricain comme régime régional de protection internationale des droits de l'homme", R.C.A.D.I., vol. II, 1975, pág.17.

7 Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, Resolución VIII, en: Acta Final, Washington, D.C., Secretaría General de la OEA, 1960, doc. OEA/Ser.C/II.5, págs. 10-11.

8 Segunda Conferencia Extraordinaria, (Río de Janeiro, 1965), Resolución XXII, en: Acta Final, Washington, DC, Secretaría General de la OEA, 1965, doc. OEA/Ser.C/I.13. págs. 33-35.

Ese reconocimiento por parte de los Estados fue particularmente importante para la Comisión, dado que a través de las peticiones individuales ella pudo demostrar la gravedad de la situación de los derechos humanos en determinados países del Continente americano y de la necesidad de crear un sistema de protección eficaz y verdaderamente adaptado a las necesidades de nuestro continente.

Posteriormente, otra etapa importante en la evolución de la protección de los derechos humanos, fue la consolidación de la Comisión a nivel convencional. Durante la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria⁹ reunida en Buenos Aires en 1967, se adoptó el Protocolo de Buenos Aires, que enmendaba la Carta de la OEA, elevando a la Comisión al rango de órgano principal de la OEA.¹⁰ Este reconocimiento permitiría a la Comisión ejercer su jurisdicción sobre todos los Estados de la OEA, aún de aquellos que no devinieran parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual como veremos enseguida fue adoptada dos años más tarde.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos¹¹

En efecto, el 22 de noviembre de 1969, la Conferencia Especializada, realizada en San José, Costa Rica, aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como

9 Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria, Buenos Aires, Argentina, en: Acta Final, Secretaría General, Washington, D.C., 1967, doc. OEA/Ser.C./1.14.

10 Artículo 52 de la Carta revisada en 1985.

11 Véase a propósito de la Convención Americana: Buergenthal, Thomas, "The Inter-American System for the Protection of Human Rights", in: Meron, Theodor (ed), *Human Rights in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1984, págs.439-493; "The American and European Conventions on Human

Pacto de San José.¹² La Convención representa el tratado más importante en materia de derechos humanos en nuestro continente. Ella entró en vigor nueve años más tarde, el 18 de julio de 1978, día en que el Gobierno de Grenada depositó el décimo primer instrumento de ratificación.¹³ Cabe destacar que el primer país que ratificó la Convención fue Costa Rica. Como podemos darnos cuenta, los pasos dados por los Gobiernos de los Estados miembros de la OEA en la creación de un sistema de protección de los derechos humanos fueron lentos. No obstante, debe tenerse en consideración que a lo largo de esos años varios países del continente conocieron serios problemas y fueron objeto de regímenes dictatoriales que no tenían interés en enfocar su atención en esa materia.

Actualmente, la Convención ha sido ratificada por 25 Estados miembros de la OEA.¹⁴ Algunos países no han firmado ni ratificado: Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Canadá, Guyana, Santa Lucía, St. Kitts y Nevis, y San Vicente y las Granadinas (esos países se han adherido recientemente a la OEA). Estados Unidos firmó la Convención el 1º de junio de 1977, pero no la ha ratificado.

Al entrar en vigor la Convención Americana se fortaleció considerablemente la protección de los derechos humanos, es-

Rights: Similarities and Differences", *The American University Law Review*, 1980, págs. 155-166; Camargo, Pedro, "The American Convention on Human Rights", *Revue des droits de l'homme*, 1970, págs. 333-356; Frowein, Jochen, "The European and the American Convention on Human Rights- A Comparison", *Human Rights Law Journal*, 1980, págs. 44-65; *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Washington, D.C., Secretaría General de la OEA, 1980, 248 p.

- 12 Convención Americana sobre Derechos Humanos, en: Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, doc. OEA-/Ser.L/V/11.82, doc. 6, rev. 1, del 1º de julio de 1992.
- 13 Art. 74, inciso 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- 14 Ellos son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Dominica, Chile, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

pecialmente por la ampliación de la competencia de la Comisión, la creación de un órgano judicial y la institución de nuevos mecanismos. Con la Convención, la Comisión obtuvo una base jurídica sólida que le había hecho falta hasta ese momento. Así el control del respeto de la Convención fue confiado por una parte a la Comisión (prolongando la existencia de la Comisión creada en 1960 y asegurando la continuidad en la labor de la misma)¹⁵ y, por otra parte, a un nuevo órgano: la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El tema más importante que surge con la entrada en vigor de la Convención Americana y que constituye la parte neurálgica del funcionamiento de la Comisión, es el de la doble competencia. La originalidad de esta concepción consiste en un cúmulo de funciones que se fundamentan en bases jurídicas diferentes, pero que no atentan contra la unidad del órgano.¹⁶ De esta manera, la Comisión es competente para recibir denuncias individuales contra los Estados que han ratificado la Convención¹⁷ y por otra parte, gracias a las disposiciones de su Estatuto, ella continúa tramitando las denuncias en contra de los Estados que no son Parte de la Convención¹⁸; conservando así su antigua competencia y adquiriendo al mismo tiempo una nueva.

Esta solución fue posible gracias al Protocolo de Buenos Aires, que entró en vigor en 1970, y mediante el cual la Comisión ad-

15 Véase García Amador F.V., "Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Relación con los Estados Miembros de la OEA que no son Partes en la Convención de 1969", *Derechos Humanos en las Américas*, Homenaje a la memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches, Washington, D.C., OEA 1984, págs. 181-182.

16 Santoscoy, Bertha, *La Commission interaméricaine des droits de l'homme et le développement de sa compétence par le système des pétitions individuelles*, Paris, Presses Universitaires de France, 1995, págs. 31-34.

17 Artículos 41 de la Convención y 19 del Estatuto de la CIDH.

18 Artículo 20 del Estatuto de la CIDH.

quirió un rango de órgano principal de la OEA.¹⁹ Así, la Comisión no está destinada a funcionar solamente en el ámbito de la Convención sino que su competencia, en tanto órgano de la OEA, es igualmente reconocida por todos los Estados de la OEA. Esta dualidad de funciones resulta de la coexistencia de dos sistemas: el de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Disposiciones de fondo de la Convención

La Convención, en su primera parte enuncia los derechos y libertades protegidos, detallando sobre todo los derechos civiles y políticos que ella enumera en los artículos 3 al 25. Con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, la Convención hace una descripción breve y restrictiva en el artículo 26, ya que los Estados sólo se comprometen a adoptar providencias tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, en la medida de los recursos disponibles.²⁰

La falta de precisión del artículo 26 fue solucionada por el Protocolo Adicional de la Convención sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado el 17 de noviembre de 1988.²¹ Sin embargo, de 15 Estados que firmaron dicho instrumento sólo tres países lo han ratificado: Suriname, Panamá y Ecuador. Esperamos que el Protocolo entre en vigor en un futuro cercano, para asegurar una protección más completa de los derechos humanos en la región, siguiendo el ejemplo de la Carta Social Europea de 1961 y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas de 1966.

19 *Supra.*, notas 9 y 10.

20 Cf. el artículo 33 de la Carta de la OEA es más detallado en esta materia. Serie sobre Tratados No. 1-E, doc. OEA/Ser.A/2. Rev. 3.

21 Serie sobre Tratados No. 69. Documentos Oficiales OEA-Ser-A-44 (SEPF).

Disposiciones de carácter institucional

En su segunda parte, la Convención enuncia los órganos encargados de vigilar la protección de los derechos humanos. Ella menciona a la Comisión y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las cuales son competentes para conocer de las cuestiones relativas a la ejecución de los compromisos aceptados por los Estados en la presente Convención (artículo 33).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Para llevar a cabo sus funciones, la Comisión se reúne en su sede en Washington D.C, pero puede reunirse también en alguno de los Estados miembros de la OEA, con la anuencia o invitación del Estado concernido.²² En realidad han sido muy pocas las veces en que la Comisión ha hecho uso de esa posibilidad. En el pasado la Comisión, después de haber tenido una presencia permanente durante un año en la República Dominicana para observar la situación de derechos humanos en ese país, llevó a cabo una reunión ordinaria, el 1º de junio de 1966, coincidiendo con la fecha de las elecciones de ese país. Ella terminó su misión el 6 de junio de 1966, después de que el Presidente electo, Joaquín Balaguer asumiera sus funciones.²³ Más recientemente, la Comisión se reunió

22 Art. 16 del Estatuto de la CIDH.

23 Véase Bianchi, Manuel, "Misión Cumplida". *La Comisión de Derechos Humanos en la República Dominicana* (Relatorio y Documentos) 1960-1966, Santiago de Chile, Editorial Andrés Bello, 1967, 180 p.; DUPUY, René-Jean, "Les Etats-Unis, l'OEA et l'ONU à Saint-Domingue", *Annuaire française de droit international*, vol XI, 1965, págs. 71-110; Sandifer, D.V., "The Inter-American Commission of Human Rights in the Dominican Republic", *Hammaraskjold Forum*, 1966, et Schreiber, Anna, *The Inter-American Commission on Human Rights*, Leyden, Sijthoff, 1970, 187 p. Ver también Docs. OEA/Ser.L/V/II.13, doc. 14, del 1º de junio al 31 de agosto de 1965 y OEA/Ser.L/V/II.15, doc. 6, del 1º de septiembre de 1965 al 6 de julio de 1966.

en Mar de Plata, por invitación del Gobierno argentino, en diciembre de 1993, con la única finalidad de tratar temas para reforzar los mecanismos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Dicha reunión coincidió con la celebración de los 10 años de democracia en Argentina.

Esa reunión constituyó el inicio de una serie de reuniones destinadas a analizar el papel que debe jugar actualmente la Comisión en el marco de la OEA y en el contexto de una nueva visión de los derechos humanos. La Comisión está consciente de los obstáculos que ella encuentra para llevar a cabo su labor. Un ejemplo de los mismos es: ¿qué puede hacer la Comisión cuando un Gobierno no le permite entrar a su territorio para observar la situación de los derechos humanos? Otro tema es la posición de ciertos países para que se amplíe el número de miembros de la Comisión que en la actualidad cuenta con siete. Durante la Asamblea General de la OEA, celebrada en Montrouis, Haití, del 5 al 9 de junio de 1995, se presentó un proyecto de resolución para que se aumentara a once el número de miembros.²⁴ Cabe preguntarse aquí si esto representaría, más que una repartición geográfica, una politización de los derechos humanos. Si la repartición geográfica es el fundamento pretendido, resulta inconsistente, ya que el cuerpo colegiado de siete miembros elegidos a título individual representan a todos los países del hemisferio. Por otra parte, un número mayor de Comisionados, tomando en cuenta el hecho de que ellos viven en distintos países, haría aún más difícil la coordinación. A ello se agrega la escasez de recursos financieros de la Comisión. Finalmente, la Asamblea General decidió referir el tema a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA, la cual continuará la consideración de este asunto.

Otro problema de tipo práctico que la Comisión ha venido enfrentando últimamente y que también ha sido considerado en esas reuniones es el de las audiencias: la Comisión recibe en au-

24 Véase doc. OEA/Ser.P AG/doc.3272/95, del 9 de junio de 1995.

diencia, durante sus sesiones plenarias, tanto a los representantes de Gobiernos como a los representantes de grupos de derechos humanos y cada vez las solicitudes de audiencia son más numerosas, ocupando así el tiempo que debería ser destinado para el examen de los casos individuales. Como puede observarse en el Informe Anual de la Comisión de 1995 se aprobaron sólo seis casos. En informes anteriores la Comisión ha llegado a considerar hasta 40 casos.²⁵

Con respecto a la composición de la Comisión, cabe abordar también el tema de la incompatibilidad. La Convención establece que la Comisión estará compuesta por siete miembros elegidos a título personal por la Asamblea General de la OEA por un período de 4 años pudiendo ser reelegidos una sola vez.²⁶ La calidad de miembro de la Comisión es incompatible con el ejercicio de otra función que pudiera afectar su independencia, su imparcialidad o, también, el prestigio de su función.²⁷ Desafortunadamente, el Estatuto de la Comisión no precisa las causas de incompatibilidad tal y como lo hace el Estatuto de la Corte.²⁸ Si bien es cierto que ha habido miembros que han tenido alguna vinculación con sus gobiernos o que han sido miembros del Parlamento o, incluso, autoridades del Estado, en la práctica nunca se han planteado problemas de incompatibilidad con otras funciones de los miembros.

En ese sentido es importante señalar que el Reglamento de la Comisión prohíbe a los miembros emitir su voto sobre los casos de peticiones individuales que se refieran al país del cual ellos son nacionales.²⁹ Aún más, en la práctica, los miembros no solamente

25 Véase Informe Anual de la CIDH de 1992 y 1993.

26 Artículos 34 y 37 de la Convención Americana.

27 Artículo 8 del Estatuto de la CIDH.

28 Artículo 18 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

29 Artículo 19 del Reglamento de la CIDH.

se abstienen de votar o dar su opinión sino que se retiran de la sala de reuniones cuando esos casos son discutidos.

Durante la Asamblea General de la OEA, realizada en Haití en junio de 1995, se consideró la conveniencia de establecer normas en el Estatuto de la Comisión para garantizar la independencia, imparcialidad, dignidad y decoro de los miembros de la CIDH. Al final de la reunión se decidió que fuera la misma Comisión quien propusiera modificaciones a su Estatuto relativas a las incompatibilidades de los miembros y las presentara al próximo período ordinario de la Asamblea General, es decir, en junio de 1996.³⁰

Competencia de la Comisión

La Comisión tiene como función general promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, función establecida en la Carta de la Organización de los Estados americanos y reiterada posteriormente por la Convención y por el Estatuto y el Reglamento de la Comisión.

La Convención, en su artículo 41 precisa esta amplia función de la siguiente manera:

- a. estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;
- b. formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales,

30 "Proyecto de Reglamento de incompatibilidades de los miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, asesores externos de la Comisión y estudiantes que prestan sus servicios gratuitos como parte de su entrenamiento en la Comisión", OEA/Ser.P AG/doc. 3273/95, del 9 de junio de 1995.

- al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;
- c. preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;
 - d. solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos;
 - e. atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten;
 - f. actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones que en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los Artículos 44 a 51 de esta Convención, y
 - g. rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados americanos.

El Estatuto de la Comisión ha hecho una distinción de las funciones señaladas y en sus artículos 18, 19 y 20, organizando y agregando las funciones que ejerce con respecto a los Estados que son partes en la Convención o con respecto a los Estados que no son partes de la misma.

Entre esas funciones, vamos a dirigir nuestra atención a las tareas más importantes: la elaboración de los informes especiales sobre la situación de los derechos humanos en ciertos países, las visitas *in loco* y la tramitación de las peticiones individuales, las cuales han constituido su mayor actividad, ayudándonos así a comprender la labor de la Comisión y los resultados obtenidos en el transcurso de los años.

Informes especiales sobre la situación de derechos humanos y las visitas *in loco* : la labor de la Comisión en el caso concreto de Haití

Los informes especiales sobre la situación de los derechos humanos y las visitas *in loco* están fuertemente entrelazadas, éstas últimas constituyen el método más apropiado para obtener el material substantivo para la elaboración de dichos informes.

Desde que la Comisión iniciara sus funciones en 1960, ha elaborado más de 40 informes especiales sobre la situación de los derechos humanos en diferentes países del continente.³¹ A manera de ilustración, y considerando tanto la actualidad del tema así como el papel desempeñado por la Comisión en la protección de los derechos humanos en Haití, la presente sección se enfocará principalmente en analizar, desde un punto de vista práctico, la labor desarrollada por la CIDH en la observación y verificación del cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el caso concreto de ese país.

La Comisión ha venido observando la situación de los derechos humanos en Haití desde antes de la salida de Jean Claude Duvalier en 1986; no obstante, ella ha dado una atención prioritaria a ese país a partir del golpe de Estado del 29 de septiembre de 1991, a través del cual tomó el poder el General Raoul Cédras y ha presentado cada año ante la Asamblea General de la OEA un informe especial sobre la situación de los derechos humanos en Haití.

Antecedentes sobre la situación de Haití

Desde el derrocamiento del Presidente Aristide y el agravamiento de la situación de los derechos humanos en Haití, la Orga-

31 Documentos Básicos en **Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano**, OEA/Ser.L/V/II.82, doc. 6 rev. 1, del 1º de julio de 1992, págs. 177 y ss.

nización de los Estados americanos realizó diversas gestiones tendientes a solucionar la crisis. El 8 de octubre de 1991, la Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores pidió a los Estados miembros de la OEA la aplicación de un embargo comercial.³² Posteriormente la OEA auspició varias reuniones con la finalidad de iniciar un diálogo político entre las partes: en Cartagena, en noviembre de 1991 y en Washington, en febrero de 1992, en esa última, las partes firmaron dos acuerdos, comprometiéndose a crear las condiciones necesarias para el retorno del Presidente Aristide. Dichos acuerdos fueron desconocidos más tarde por las autoridades *de facto*.

La OEA continuó las gestiones para la creación de una Misión Civil, la que inició sus funciones en septiembre de 1992. La cooperación entre la OEA y la ONU condujo al fortalecimiento de dicha Misión. A partir de febrero de 1993, se llegó a un acuerdo con las autoridades *de facto*, permitiendo el despliegue de 400 observadores de la Misión Civil OEA/ONU, la que tenía como mandato el de ayudar a garantizar el respeto a los derechos humanos.

Ante la falta de voluntad de las autoridades *de facto* para llegar a un arreglo sobre la crisis política, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas impuso un embargo mundial el 23 de junio de 1993. Mediante la Resolución 841 se prohibió el envío de petróleo y armas, al mismo tiempo que se congelaron los bienes en el extranjero de aquellos que apoyaban al gobierno *de facto*. La presión del Consejo de Seguridad situó a las autoridades que detenían el poder en Haití ante una carencia total de productos energéticos y produjo la negociación de más alto nivel, aunque indirecta, entre el Presidente Aristide y el Jefe de las Fuerzas Armadas, General Raoul Cédras, en Governors Island en Nueva York.

En el Acuerdo de Governors Island, firmado el 3 de julio de 1993, las partes se comprometieron, entre otras cosas, a la reinsta-

32 Doc. MRE/RES. 2/91.

lación del Presidente Aristide en sus legítimas funciones, fijada para el 30 de octubre de 1993 y el retiro anticipado del General Cédras. Poco después de haberse suscrito el Acuerdo de Governors Island, la Asamblea Nacional de Haití ratificó, el 25 de agosto de 1993, a Robert Malval, candidato propuesto por el Presidente Aristide como Primer Ministro. Simultáneamente a ésto, la OEA y la ONU suspendieron las sanciones impuestas anteriormente.

A pesar de las medidas tomadas por la comunidad internacional con respecto al levantamiento del embargo, la situación de los derechos humanos en Haití siguió degradándose. La mayoría de las violaciones registradas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se refieren a crímenes cometidos por agentes de las Fuerzas Armadas, grupos paramilitares y miembros del llamado "Frente Revolucionario para el Avance y el Progreso de Haití" (FRAPH)³³, quienes actuaban en operaciones coordinadas con el Ejército y la Policía. Desde el golpe de Estado de 1991, se estima que 3.000 personas fueron asesinadas. En 1993, después de la firma del Acuerdo de Governors Island, la represión escaló niveles alarmantes cuando la población, alentada por dicho acuerdo, expresó públicamente su apoyo al Presidente Aristide. Los casos de detenciones arbitrarias, palizas, allanamientos ilegales, confiscación de bienes e incendios, desapariciones forzadas y torturas se incrementaron, obligando a las víctimas y familiares a abandonar sus hogares y vivir en la clandestinidad.

A partir del mes de septiembre de 1993 la situación se tornó crítica. Los actos de violencia se dirigían a obstaculizar el funcionamiento del nuevo gobierno del Primer Ministro Malval. Dentro de esa ola represiva, civiles armados conocidos como "attachés" asesinaron, el 11 de septiembre, a Antoine Izmary, amigo personal del Presidente Aristide. El 11 de octubre, las manifestaciones de

33 El Frente Revolucionario para el Avance y el Progreso de Haití (FRAPH), surgió a mediados del año de 1993 y era considerado el brazo político de los militares.

violencia organizadas por el FRAPH y por otros grupos paramilitares impidieron el desembarco de la Misión de Naciones Unidas (MINUHA)³⁴ que transportaba el buque Harlam County. Posteriormente se produjo el asesinato del Ministro de Justicia, Guy-François Malary, que agravó aún más la situación. Ese atentado tuvo lugar en la víspera de la esperada renuncia del Jefe del Ejército, la cual se preveía para el 15 de octubre.

Ante esos acontecimientos, el Consejo de Seguridad de la ONU, a través de la Resolución 873, del 13 de octubre de 1993, restableció las sanciones anteriormente levantadas y dispuso un bloqueo naval después de que el General Cedras se negara a renunciar. Igualmente, la OEA pidió que se observara el cumplimiento del embargo a través de la Resolución 610.³⁵ Los observadores de la Misión Civil OEA/ONU fueron evacuados a la República Dominicana.

Como parte de los esfuerzos para resolver la crisis en Haití, el Consejo de Seguridad de la ONU aprobó la Resolución 917, el 6 de mayo de 1994, mediante la cual se ampliarían las sanciones del embargo, a excepción de la ayuda humanitaria. Antes de que venciera el plazo para que entrara en vigor dicha resolución, y en franco desafío, los militares designaron un nuevo Presidente Provisional.

A mediados del año de 1994, el Presidente Aristide declaró que el número de muertes de haitianos, como resultado de la represión, había ascendido a 5.000. Ante el recrudecimiento de la violencia, el Consejo de Seguridad adoptó la Resolución 940, el 31 de julio de 1994, calificando la situación en Haití como una amenaza contra la paz y la seguridad de la región. Bajo los términos

34 El 23 de septiembre, el Consejo de Seguridad de la ONU aprobó mediante la Resolución 867 el envío de una misión a Haití (MINUHA) compuesta por 1300 hombres, quienes actuarían como supervisores de la policía, instructores militares e incluía una unidad de ingeniería de construcción.

35 "Situación en Haití", CP/RES.610 (968/93), del 18 de octubre de 1993.

del Capítulo VII de la Carta de la ONU autorizó la formación de una Fuerza Multinacional y, dentro de ese marco, a recurrir a todos los medios necesarios para facilitar la partida de los dirigentes militares.

El 15 de septiembre, ante la negativa de los militares de abandonar el poder, el Presidente Clinton anunció la invasión a Haití. Sin embargo, al día siguiente informó que, como último esfuerzo para evitar la intervención armada, enviaría una Misión compuesta por el ex Presidente James Carter, el General Colin Powell y el Senador San Nunn para tratar sobre la salida de los militares. El 18 de septiembre el Gobierno de los Estados Unidos informó que las partes habían llegado a un acuerdo y que los jefes militares abandonarían el Ejército una vez que el Parlamento hubiera aprobado una ley de amnistía, para lo cual tenía un plazo hasta el 15 de octubre. El 19 de septiembre, la Fuerza Multinacional compuesta por 20,000 soldados comandados por los Estados Unidos llegó a Haití para garantizar el cumplimiento del acuerdo y asegurar el retorno del Presidente Aristide.

Después de que la cúpula militar abandonara el país, Jean Bertrand Aristide fue reinstalado en sus funciones el 15 de octubre de 1994.

Procedimiento de la Comisión para elaborar un informe especial

En general, la Comisión decide la elaboración de un informe especial teniendo en cuenta el gran número de denuncias recibidas sobre violaciones sistemáticas de los derechos humanos, en virtud de la competencia que le confiere la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En el caso de Haití, sin embargo, la situación resultó tan conflictiva que también llamó la atención de los órganos políticos de la OEA, tales como la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores y del Consejo Permanente, quienes solicitaron en diversas ocasiones a la Comisión que

los informase sobre la situación de derechos humanos en ese país.³⁶

En mayo de 1994, por ejemplo, el Consejo Permanente de la OEA solicitó a la Comisión que informase a la Asamblea General sobre las graves violaciones que estaban ocurriendo en Haití.³⁷ La Comisión se trasladó inmediatamente a Puerto Príncipe y dos semanas más tarde presentó ante la Asamblea General de la OEA, en Belem do Pará, Brasil, un informe sobre los casos de masacres, violaciones sexuales perpetrados en contra de las esposas de militantes políticos y sobre la represión en general de la cual estaban siendo víctimas algunos sectores de la población haitiana. Ese informe complementó el informe especial sobre Haití que la Comisión había preparado sobre el año de 1993.³⁸

Normalmente la Comisión elabora informes especiales que cubren períodos entre tres y cinco años, según la situación, y para ello se efectúa una sola visita *in loco*.³⁹ Sin embargo, en el caso de Haití la Comisión llegó a realizar hasta tres visitas *in situ* en un solo año. Esto le permitió presentar información sobre hechos recientes en forma expedita.⁴⁰

36 Véase "Apoyo al Gobierno Democrático", doc. MRE/RES.1/91; "Restauración de la Democracia en Haití", doc. I MRE/RES.3/92; "Llamado al Retorno a la Democracia en Haití", doc. MRE/RES.6/94; Doc. OEA/Ser. G, CP/RES 630 (987/94) y Doc. CP/DEC.21 (1006/94).

37 Doc. OEA/Ser.G, CP/RES 630 (987/94), del 9 de mayo de 1994.

38 Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Haití, Doc. OEA/Ser.L/V/II.85, doc. 9 rev. del 11 de febrero de 1994.

39 A veces no se efectúa ninguna visita, porque los gobiernos no le permiten entrar a su territorio.

40 En algunas ocasiones la Comisión ha sido criticada por la lentitud de sus informes, pero ella ha ido evolucionando sus técnicas de trabajo y superando problemas de personal y en cierta medida de recursos financieros, que le han permitido actuar con la rapidez que ameritan algunas situaciones.

La práctica de la Comisión durante sus visitas *in loco*

Cuando la Comisión decide realizar una visita *in situ* para observar la situación de los derechos humanos en determinado país, la primera medida que adopta es la de solicitar la anuencia al gobierno para visitar el país concernido. En algunas ocasiones, sin embargo, los gobiernos han rehusado dar su consentimiento para llevar a cabo dichas visitas. En 1992, por ejemplo, el Gobierno *de facto* de Haití señaló que la visita de la Comisión "no era necesaria"⁴¹, aún en esa ocasión la Comisión elaboró un informe especial basándose principalmente en información obtenida por la Secretaría en su sede. Otras veces, son los mismos gobiernos quienes invitan a la Comisión a efectuar visitas *in loco*. En mayo de 1994, la Comisión fue invitada por el Gobierno Constitucional del Presidente Aristide para que observara la situación de los derechos humanos en Haití. Cabe mencionar que tanto el Presidente Aristide como parte de su Gabinete se encontraban exiliados en Washington D.C., de manera que la invitación resultaba simbólica, toda vez que no podían garantizar la entrada de la Comisión al país y toda tentativa de realizar esa visita era improbable dada la hostilidad de los militares y la violencia que imperaba en el país.

Por otra parte, en ese momento, el Gobierno *de facto* no contaba con un Presidente o Primer Ministro, a quien la Comisión podía solicitar la anuencia para visitar el territorio haitiano y, en consecuencia, toda gestión tenía que contar con la aprobación de los militares, quienes detentaban el ejercicio absoluto del poder. En ocasiones anteriores, la Comisión, fundada en razones prácticas, se había dirigido al Gobierno *de facto* requiriendo la autorización para visitar el país. Sin embargo, en esa oportunidad la situación resultaba delicada pues tanto la Organización de los Estados americanos como la Organización de las Naciones Unidas habían declarado que no reconocerían al Presidente que designaran los militares.⁴² De este modo, la simple solicitud de anuencia podía ser

41 Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Haití, 1994, p. 12.

42 Doc. OEA/Ser.G CP/DEC.18 (986/94), del 11 de mayo de 1994.

interpretada como un reconocimiento al gobierno *de facto*, y la Comisión, por su parte, no podía otorgar ningún tipo de credibilidad internacional a la cúpula militar a la que se había referido en sus informes como “aquellas personas que detentan el poder”.⁴³

La Comisión antes de tomar la decisión de realizar la visita *in loco* consideró todas las posibles consecuencias. En primer lugar, la Resolución 917 del Consejo de Seguridad de la ONU⁴⁴, aprobada el 6 de mayo de 1994, mediante la cual se ampliaban las sanciones del embargo impuesto a Haití en octubre de 1993, y el cual no había tenido el efecto deseado de presionar la salida de los militares. A través de esas nuevas sanciones se prohibía la entrada de los militares haitianos a los Estados miembros y los vuelos provenientes de Haití. Estaba previsto que esa resolución entraría en vigor el día 21 de mayo, fecha que la Comisión había fijado para estar en Haití. La Comisión también tomó en cuenta las dificultades logísticas a que se vería enfrentada en la práctica. Días antes de que los miembros de la Comisión llegaran a Puerto Príncipe y en franco desafío a la comunidad internacional, los militares designaron un nuevo Presidente provisional, Emile Jonassaint.⁴⁵

Luego de evaluar los obstáculos que se le presentaban a la Comisión para cumplir con los objetivos de su visita, ella decidió ir a Haití, aún sin haber solicitado el consentimiento del Gobierno *de facto*. Se había previsto que la visita se llevaría a cabo entre el 16 y 21 de mayo de 1994 y, no obstante habersele impedido realizar parte de su agenda de trabajo -dado que la autoridades se rehusaron a recibirla y tampoco se le permitió el ingreso a las

43 *Ibid.*, Informe sobre Haití de 1994.

44 Consejo de Seguridad de la ONU, doc. S/RES/917 (94-20796), del 6 de mayo de 1994.

45 El 11 de mayo de 1994 fue designado como Presidente provisional de Haití el Sr. Emile Jonassaint, quien a raíz del golpe de Estado en 1991 había sido nombrado Presidente de la Corte Suprema de ese país.

cárceles- la Comisión logró entrevistar a un gran número de víctimas y obtuvo abundante información. Frente al hecho de que numerosas personas manifestaron temor de encontrarse con la Comisión en lugares públicos, ésta se reunió con ellas en lugares clandestinos a los efectos de proteger la seguridad de los denunciantes. En una ocasión, el hotel donde se encontraba alojada la Comisión fue rodeado por grupos paramilitares fuertemente armados, impidiendo la llegada de denunciantes y también la salida de aquellos que se encontraban dando su testimonio. Gracias a la ayuda de algunas Embajadas y la presencia de la prensa internacional, la Comisión logró sacar a la gente en pequeños grupos y conducirlos hasta lugares alejados donde pudieran regresar a sus domicilios sin ser perseguidos.

Antes de partir de Haití, la Comisión declaró en rueda de prensa que entre los meses de febrero y mayo de 1994 se habían registrado 210 casos de ejecuciones sumarias.⁴⁶ Por motivos de seguridad la Comisión decidió adelantar su viaje un día antes de que entrara en vigor la ampliación del embargo. Dos semanas más tarde la Comisión rindió su informe ante la Asamblea General de la OEA en Belem do Pará.

La mayoría de los informes sobre Haití han sido el resultado de las observaciones efectuadas en su territorio. Estas observaciones *in loco* fueron de gran valor porque permitieron a la Comisión corroborar en el terreno mismo las denuncias recibidas a través de los testimonios de las víctimas o de sus familiares. Asimismo, la Comisión pudo dialogar con todos los sectores de la sociedad de ese país: con las autoridades del gobierno, con la cúpula militar, con los dirigentes de los partidos políticos, con las organizaciones de derechos humanos, con dirigentes sindicales, con representantes de la iglesia, en fin con todos aquellos que pudieran ayudar a la Comisión a obtener un panorama claro y objetivo sobre la situación de los derechos humanos.

46 Comunicado de Prensa de la CIDH No. 11/94, del 20 de mayo de 1994.

Durante sus visitas a Haití, la Comisión viajó al interior del país para verificar por sí misma en los lugares donde se cometieron alegadas masacres y entrevistarse con los pobladores del lugar. La Comisión también visitó las cárceles e investigó sobre el status jurídico de los prisioneros, constatando que la gran mayoría había estado en prisión por 2 ó 3 años sin haber sido procesados. Algunos no sabían de qué se les acusaba. Otros señalaron que estaban en prisión por el solo hecho de ser "Lavalasien", es decir, miembros del movimiento político Lavalas que apoyaba el retorno del Presidente Jean-Bertrand Aristide. Las autoridades de las prisiones visitadas no pudieron responder con exactitud a las preguntas de la Comisión, dado que no existía un registro de los prisioneros. En su último informe sobre Haití, la Comisión señaló que: "el sistema judicial haitiano se compara a un mercado en donde todo se vende y todo se compra; hay que pagar para evitar ser enviado a prisión o para salir de ella; al igual que para enviar a prisión a alguien y asegurarse que permanezca indefinidamente".⁴⁷ La Comisión pudo observar también las dramáticas condiciones de insalubridad y de hacinamiento en que vivían los reos, quienes denunciaron no recibir comida. Los escasos alimentos que recibían eran proporcionados por algún familiar y lo compartían entre ellos.⁴⁸

Entre todas las personas que la Comisión entrevistó en Haití, cabe ponderar la actuación que tuvieron las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos, quienes desarrollaron una vigilancia permanente de esos derechos, en forma clandestina y a riesgo de sus propias vidas. En ese sentido resulta importante señalar que el trabajo de la Comisión no es un trabajo aislado, es un trabajo de conjunto, con las organizaciones no gubernamentales y con los gobiernos. En la práctica, el sistema interamericano de pro-

47 Informe Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos en Haití, doc. OEA/Ser.L/V/II.88, doc. 10 rev., del 9 de febrero de 1995, p. 88.

48 *Ibid.* p. 92.

tección de los derechos humanos no es automático, ya que el órgano encargado de vigilar por el respeto de esos derechos no cuenta con los medios necesarios para conocer de todas las violaciones que ocurren en los países de nuestro continente. Es por ello, que el papel que juegan los organismos no gubernamentales en el sistema es sumamente valioso, como también lo es el de los gobiernos cuando deciden aceptar las visitas *in loco* y las recomendaciones de la Comisión contenidas en sus informes especiales.

Resultados que generan los informes especiales de la Comisión

Cabe ahora preguntar, cuál es el impacto o el resultado de los informes especiales. En varias ocasiones, las recomendaciones que la Comisión formula en sus informes han servido a los gobiernos para modificar su conducta. En otros casos, los informes han sido simplemente ignorados por los gobiernos aludidos pero, en última instancia, es en base a esos informes que los órganos políticos de la OEA han adoptado resoluciones condenando las violaciones de derechos humanos, las que han movilizado a su vez a la comunidad internacional. Esto último aconteció en el caso de Haití, cuando la Asamblea General de la OEA, celebrada en Belem do Pará, después de haber considerado los informes presentados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Misión Civil Internacional OEA/ONU⁴⁹, la Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores emitió la Resolución 6/94 "Llamado al Retorno

49 La Misión Civil Internacional OEA/ONU en Haití constituye un ejemplo importante de cooperación entre la OEA y la ONU. La Misión conjunta amplió la presencia civil de la OEA en Haití iniciada en septiembre de 1992. La Misión se estableció en febrero de 1993 como consecuencia de la solicitud que el Presidente Jean-Bertrand Aristide presentó en una carta fechada, el 8 de enero de 1993, dirigida a los Secretarios Generales de la OEA y de la ONU, y sobre la base de los mandatos de la Reunión Ad-hoc de Ministros de Relaciones Exteriores sobre Haití y de las resoluciones de la Asamblea General de la ONU con respecto a ese país. La Misión estaba formada por observadores civiles de ambas organizaciones, distribuidos en los nueve Departamentos de Haití y su mandato era observar la situación de los derechos humanos en ese país.

a la Democracia en Haití", mediante la cual condenó la persistencia de maniobras dilatorias e intimidación de las autoridades *de facto*, así como la represión ejercida por éstas contra los partidarios de la democracia.⁵⁰

A través de sus informes, la Comisión ha puesto en conocimiento de la comunidad internacional los principales acontecimientos en materia de derechos humanos. En sus Informes Especiales sobre Haití de 1994 y 1995, la Comisión efectuó un análisis detallado de las principales violaciones de derechos humanos, como son el derecho a la vida, a la libertad personal, a la integridad física, a la libertad de expresión y de reunión. Destacando que el grave deterioro de la situación de los derechos humanos en Haití obedeció a un plan de intimidación y terror en contra de un pueblo indefenso. La Comisión responsabilizó por esas violaciones a las autoridades *de facto* que detentaban el poder en Haití, quienes incurrieron en conductas que permiten la acusación por crímenes internacionales que generan responsabilidades individuales.⁵¹⁻⁵²

En su informe de 1995, la Comisión analizó la represión sistemática ejercida por los militares y por grupos paramilitares conocidos como "attachés" o "zenglentos" y por miembros del FRAPH, a través de nuevos métodos, particularmente efectivos para sembrar el terror en la población, incluyendo prácticas como las masacres cometidas contra poblaciones rurales, como fue el caso de Raboteau en Gonaives, la aparición de cadáveres mutilados y desfigurados en las calles de Puerto Príncipe y las violaciones

50 Doc. OEA/Ser.F/V.1 MRE/RES. 6/94, del 9 de junio de 1994.

51 Docs. OEA/Ser.L/V/II.85, doc. 9 rev., del 11 de febrero de 1994 y OEA/Ser.L/V/II.88, doc. 10 rev., del 9 de febrero de 1995, págs. 36 y 37.

52 A este propósito, véase Martin, Claudia, "Crimes de 'Lèse-Humanité' commis contre la population civile haïtienne", La défense des droits de l'homme, Concours international de plaidories, Memorial Caen Normande, 1995, págs. 89-102.

contra niños. Asimismo, la destrucción de los movimientos democráticos en Haití creó un clima de terror, utilizando para eso a las mujeres como víctimas. Los instrumentos principales de represión y persecución política, a partir de enero de 1994, fueron las violaciones sexuales cometidas contra las esposas o familiares de militantes en favor del retorno del Presidente Aristide. Mujeres de diferentes edades y condiciones, desde mujeres embarazadas hasta niñas de 5 años, se encontraron entre las víctimas de la violencia sexual. Las mujeres, que desempeñaron un papel importante en la formación de instituciones democráticas en Haití, fueron identificadas a causa de esas actividades políticas; numerosas organizaciones de mujeres haitianas fueron atacadas y otras destruidas. En ese sentido, la Comisión determinó que las violaciones sexuales constituyeron no sólo un tratamiento inhumano que atenta contra la integridad física, psíquica y moral, bajo el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino además una forma de tortura según el artículo 5 (2) del citado instrumento.⁵³

En el mismo contexto de la represión y sus consecuencias, la Comisión se refirió al fenómeno del desplazamiento masivo interno de haitianos, conocido como "marronage", el cual se convirtió en una estrategia de los militares para eliminar todo tipo de oposición, llegando a alcanzar un número aproximado de 300.000 personas que se desplazaban constantemente buscando refugio, al grado de vivir como fugitivos en su propio país.⁵⁴ El clima de inseguridad que prevalecía en Haití propició un flujo de miles de refugiados haitianos, quienes se lanzaban al mar en frágiles embarcaciones con la esperanza de llegar a las costas de los Estados Unidos. El éxodo masivo de los haitianos fue también la causa de un gran número de muertes.⁵⁵

53 Doc.OEA/Ser.L/V/II.88, doc. 10 rev. págs. 39-46.

54 *Ibid.*, págs. 37 a 39.

55 *Ibid.*, págs. 69 a 77.

Igualmente, en su último informe de 1995, la Comisión señaló los cambios ocurridos tras el retorno del régimen democrático a Haití y su impacto en la salvaguardia de las garantías individuales y manifestó que la salida del régimen dictatorial puso fin al clima general de terror y violaciones a los derechos humanos que existían en Haití, reanudándose la actividad política en muchas zonas del país y estableciéndose una amplia libertad de los medios de información. Sin embargo, en su análisis global, ella no omitió mencionar los principales problemas a los cuales debía hacer frente la naciente democracia haitiana, entre ellos: 1) los estallidos de violencia y de criminalidad común que amenazaban la fragilidad de las instituciones; 2) la necesidad de tomar medidas concretas e inmediatas que permitieran llevar a cabo un desarme total y que continuaran los esfuerzos de búsqueda de armas ocultas que seguían en poder de grupos paramilitares y les permitían seguir promoviendo la violencia; 3) la necesidad urgente de llevar a cabo una reforma substancial del sistema judicial y otorgar una atención inmediata al sistema carcelario, a fin de subsanar los problemas más graves como eran la insuficiente alimentación, la falta de atención médica y la ausencia de procesos judiciales de los reclusos.⁵⁶

Además del impacto político y la labor de promoción que resultan de los informes especiales de la Comisión, cabe mencionar que la documentación contenida en ellos constituye un antecedente histórico muy importante, sobre todo cuando los países recuperan su sistema democrático. Esos informes han servido para dar a conocer lo que pasó en países como Argentina, Chile, Uruguay y El Salvador. Recientemente, la Comisión Nacional de la Verdad y Justicia de Haití⁵⁷ establecida por el Gobierno constitucional, solicitó a la Comisión Interamericana los informes elaborados durante el período del régimen *de facto*.

56 *Ibid.*, págs. 95-100.

57 La Comisión Nacional de la Verdad y Justicia fue creada por Decreto Presidencial, el 28 de marzo de 1995.

A este respecto, la Comisión ha manifestado un gran interés en los procesos de la verdad, entendiendo que es necesario conocer exactamente lo que ocurrió durante los tres años de dictadura militar y, en particular, contar en detalle las violaciones de derechos humanos que sufrió el pueblo haitiano para que ese país pueda reconstruir su sociedad y su gobierno. La Comisión ha venido dando un fuerte apoyo a la Comisión de la Verdad y Justicia de Haití y ha instruido a su Secretaría para que preste una asesoría jurídica permanente a esa institución.

Peticiones individuales

La Convención Americana, al igual que la Convención Europea de Derechos Humanos y el Pacto de Naciones Unidas relativo a los derechos civiles y políticos establece un sistema de denuncias individuales, pero a diferencia de ellos la Convención Americana consagra el recurso individual de manera obligatoria, es decir, sin que haya necesidad de una declaración de reconocimiento especial de los Estados partes. Ella establece un régimen internacional por el cual el individuo tiene derecho a poner en movimiento un mecanismo de carácter regional si estima que sus derechos fundamentales han sido violados y si el sistema de protección estrictamente nacional no puede remediar su situación. Así la Convención otorga al individuo cierta capacidad jurídica en el plan internacional que le permite poner en juego la responsabilidad de un Estado parte a la Convención, ya sea contra el Estado del cual el individuo es nacional o contra cualquier otro Estado que haya violado sus derechos.

La *competencia ratione personæ* de la Comisión en materia de denuncias individuales es muy extensa. El artículo 44 de la Convención estipula que toda persona o todo grupo de personas, o toda entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o varios Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones conteniendo denuncias por la violación de esta Convención por un Estado parte. La Convención ha excluido las personas morales o abstractas del campo de su protección, indicando que a los fines de la Convención es considerada como

persona todo ser humano. A este respecto la Comisión rechazó una petición formulada a nombre del Banco de Lima (durante la época del Presidente Alan García), en la cual se argumentaba que el derecho de propiedad estaba en juego, pero la Comisión, interpretando el artículo 1° de la Convención consideró que el sistema tal y como había sido establecido no permitía la protección de la persona moral en cuestión.

La Convención Americana establece una competencia más extensa que su homóloga, la Convención Europea, aceptando denuncias no solamente de parte de las víctimas o de miembros de su familia, sino también de terceros.⁵⁸

Las entidades no gubernamentales, de acuerdo con la Convención, deben estar legalmente reconocidas en uno o más Estados miembros de la OEA.⁵⁹ Sin embargo, en la práctica, esta exigencia no ha representado ningún problema, ya que existe siempre la posibilidad de presentar la denuncia a título individual o como grupo de personas. Cabe señalar que los Estados nunca han impugnado la falta de reconocimiento de los organismos no gubernamentales recurrentes, y esto se debe al hecho de que como regla general la Comisión omite revelar la identidad del denunciante, excepto en aquellos casos en que los denunciantes lo soliciten *expressis verbis*.

Por otra parte, la Comisión ha ampliado su competencia al establecer en su Reglamento (art. 26.2) actuar a *motu proprio*, es decir, iniciar la tramitación de un caso con base en la información que ella ha obtenido, sin que exista propiamente un reclamante. Este sistema ha sido poco utilizado porque en la práctica surgen problemas de representación.

58 Artículos 44 de la Convención y 26 del Reglamento de la CIDH.

59 Idem.

Teóricamente, el procedimiento de las peticiones individuales ante la Comisión es similar al utilizado en el plano europeo y universal; pero, en la práctica, ella ha dado una interpretación liberal a la Convención Americana y ha actuado con mucha flexibilidad en la tramitación de las peticiones. De esta manera, la Comisión Interamericana no se entrega a un examen previo sobre la admisión de las peticiones, contrariamente a lo que ocurre en el marco de la Comisión Europea y del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas⁶⁰, en donde sólo un número muy reducido de peticiones logra pasar la primera etapa de la admisibilidad.

La Convención y el Reglamento de la Comisión Interamericana precisan las condiciones de admisibilidad siguientes: a) de forma y contenido; b) el agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna; c) presentación de la denuncia dentro del plazo de los seis meses; d) que no exista duplicidad del procedimiento ante otra instancia internacional y e) que la petición no resulte manifiestamente infundada. No obstante, ninguno de los instrumentos citados indican en qué momento la Comisión debe pronunciarse sobre la admisibilidad de la petición.⁶¹ En otros términos, no hay disposiciones que prevean la existencia de dos etapas del procedimiento: una sobre el examen de la admisibilidad y la otra sobre el examen de fondo.

A excepción de muy pocos casos, la Comisión Interamericana estudia la cuestión de la admisibilidad al mismo tiempo que el fondo del asunto. Esta flexibilidad ha llevado a la Comisión atender un gran número de peticiones que quizás no habría podido conocer si hubiera tratado en primer lugar el tema de la admisibilidad. Esto le ha permitido en repetidas ocasiones obtener resultados positivos, especialmente en situaciones graves o de emergencia, en donde la Comisión, sin prejuzgar sobre la admisibilidad de

60 Artículos 39-44 del Reglamento de la Comisión Europea y 87-92 de las Disposiciones relativas a las funciones del Comité (doc.A/32/44).

61 Artículos 46 y 47 de la Convención Americana.

una denuncia, realiza todas las gestiones necesarias ante el gobierno concernido tendientes a solucionar el asunto. Un ejemplo de estas gestiones ha sido la de solicitar al gobierno aludido medidas cautelares para proteger la vida de algún denunciante o testigo o para que se proporcione la asistencia médica a prisioneros enfermos o para que se permita al peticionario entrar a su país de origen.⁶²

Actualmente la Comisión tramita alrededor de 700 casos, después de que en su reunión de septiembre de 1994 decidiera cerrar 300 casos que habían permanecido inactivos por largo tiempo o porque no reunían los requisitos de admisibilidad. A pesar de que la práctica de la Comisión sobre la admisibilidad fue confirmada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su sentencia del 26 de junio de 1987, sobre las excepciones preliminares opuestas por el Gobierno de Honduras en el caso Velásquez Rodríguez⁶³, este procedimiento nos lleva a formular algunas observaciones sobre la tramitación de las peticiones individuales. Sería conveniente que la Comisión adopte una posición uniforme en cuanto a la admisibilidad y se pronuncie *prima facie* en cada una de las denuncias en una declaración separada antes de conocer el fondo del asunto. Esto evitaría que se utilice el tema de la admisibilidad en la última etapa del procedimiento como excusa dilatoria.⁶⁴ Por otra parte, eso daría más transparencia al sistema de peticiones y permitiría sobre todo a los peticionarios saber cuáles pueden ser sus expectativas en cuanto al caso. En síntesis, esto daría mayor credibilidad al sistema, en el sentido de guardar un balance entre las expectativas y los resultados, respondiendo así a las nuevas tendencias en el continente en materia de derechos humanos.

62 Artículo 29 del Reglamento de la CIDH.

63 Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares, Sentencia No. 1, del 26 de junio de 1987. Doc. Serie C:Resoluciones y Sentencias, Corte Interamericana de Derechos Humanos, págs. 18 y 19.

64 Santoscoy, *op. cit.*, págs. 52-54.

El punto más importante que surge sobre el sistema interamericano de peticiones individuales, es ciertamente el de su eficacia. Una de las críticas que se hacen a este sistema es que el procedimiento no termina necesariamente con una decisión obligatoria como sucede en el marco de la Convención Europea.⁶⁵

Cabe señalar que aún cuando las resoluciones sobre las peticiones individuales de la Comisión sean consideradas como "recomendaciones" y que su sanción máxima sea la publicación de un informe sobre el caso, esta situación es corregida, en cierta medida, por el impacto político y moral que pueden ejercer estas resoluciones. La publicación de la resolución podrá dirigirse, llegado el caso, a movilizar a la opinión pública, la cual ejercerá una presión política sobre el gobierno reticente para que respete los derechos humanos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶⁶

La Corte Interamericana de Derechos Humanos fue creada como consecuencia de la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 1969. Sin embargo, la primera composición de la Corte se integró un año después que la Convención entrara en vigor, el 18 de julio de 1978.⁶⁷

65 Artículo 31, inciso 4 de la Convención Europea.

66 Con respecto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, véanse los autores siguientes: BUERGENTHAL, Thomas, "The Inter-American Court of Human Rights", *American Journal of International Law*, vol. 76, 1982, págs. 231-245; DUNSHEE DE ABRANCHES, Carlos, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos", *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Washington, D.C., OEA, 1980, págs. 91-147; NIETO NAVIA, Rafael, "La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1986, págs. 115-154 y ZOVATTO, Daniel "Antecedentes de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Ibid.*, págs. 207-254.

67 Artículos 81 y 82 de la Convención.

La Corte al igual que la Comisión está compuesta por siete miembros, que actúan a título personal y son elegidos "entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del que sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos".⁶⁸ Sólo los Estados partes en la Convención pueden presentar candidatos y votar en su elección.

Competencia de la Corte

Según lo dispuesto por las normas de la Convención, la Corte Interamericana cuenta con dos competencias bien diferenciadas: la consultiva y la contenciosa. En relación a la primera, el artículo 64 de la Convención establece que los Estados miembros de la OEA podrán consultar a la Corte sobre la interpretación de ésta o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultar a la Corte los órganos enumerados en el capítulo VIII de la Carta de la OEA⁶⁹, entre éstos la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pero sólo en cuanto les competa.

A través de las distintas opiniones consultivas emitidas por la Corte, ésta ha definido los límites de su competencia. En este sentido, ha manifestado:

[1] La función consultiva de la Corte no puede desvincularse de los propósitos de la Convención. Dicha función tiene por finalidad coadyuvar al cumplimiento de

68 Artículo 52 de la Convención.

69 Modificada por el Protocolo de Cartagena de Indias en 1985.

las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos, así como al cumplimiento de las funciones que en ese ámbito tienen atribuidas los distintos órganos de la OEA. Es obvio que toda solicitud de opinión consultiva que se aparte de ese fin debilitaría el sistema de la Convención y desnaturalizaría la competencia consultiva de la Corte.⁷⁰

No obstante la amplia competencia consultiva de la Corte, el segundo párrafo del artículo 64 establece una limitación al señalar que sólo los Estados miembros de la Organización están facultados para solicitar una opinión acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales. En este sentido, la Corte ha manifestado:

No es facultad de la Corte en ejercicio de su función consultiva interpretar o definir los ámbitos de validez de las leyes internas de los Estados partes, sino respecto de su compatibilidad con la Convención u otros tratados referentes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos y siempre y cuando medie un requerimiento expreso por parte de alguno de esos Estados, según lo establecido en el artículo 64.2 de la Convención Americana. En los supuestos o hipótesis de violación de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados partes y que resulten de una eventual contradicción entre sus normas de derecho interno y las de la Convención, aquellas serán evaluadas por la Corte en los procesos contenciosos como simples hechos o manifestaciones de voluntad susceptibles de ser ponderados solo respec-

70 Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Otros Tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (artículo 64 de la Convención Americana), Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, Serie A No.1, párr. 25.

to de las convenciones y tratados involucrados y con prescindencia de la significación o jerarquía que la norma nacional tenga dentro del ordenamiento jurídico del respectivo Estado.⁷¹

Desde su conformación, la Corte Interamericana ha emitido 14 opiniones consultivas. Entre ellas, cinco fueron solicitadas por la Comisión Interamericana⁷², cuatro por Costa Rica⁷³, tres por Uruguay (una junto con Argentina)⁷⁴, una por Perú⁷⁵, una por Colombia⁷⁶ y una por Argentina (junto con Uruguay)⁷⁷.

En relación a la última opinión consultiva, es decir la N° 14 del 9 de diciembre de 1994, la Comisión planteó dos preguntas en los siguientes términos:

1. Cuando un Estado parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos dicta una ley que viola manifiestamente las obligaciones que el Estado ha contraído al ratificar la Convención, ¿cuáles serían en ese caso los efectos jurídicos de esa ley en vista de las obligaciones internacionales de ese Estado?

71 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Responsabilidad internacional por la expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, párr. 22.

72 La OC-2; OC-3; OC-8; OC-11 y la OC-14.

73 La OC-4; OC-5; OC-7 y la OC-12.

74 La OC-6, OC-9 y la OC-13 (junto con Argentina).

75 La OC-1.

76 La OC-10.

77 La OC-13.

2. Cuando un Estado parte en la Convención dicta una ley cuyo cumplimiento por parte de los agentes o funcionarios de ese Estado se traduce en una violación manifiesta de la Convención, ¿cuáles son las obligaciones y responsabilidades de dichos agentes o funcionarios?

La Corte respondió:

1. Que la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención, constituye una violación de ésta y, en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera la responsabilidad internacional de tal Estado.
2. Que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención, genera responsabilidad internacional para tal Estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya *per se* un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que ejecutaron el acto.

En relación a la competencia contenciosa, la Corte sólo tiene jurisdicción en relación a aquellos Estados que han reconocido como obligatoria su competencia para conocer de casos relativos a la aplicación o interpretación de la Convención Americana.⁷⁸ Hasta ahora, 17 Estados han declarado reconocer la jurisdicción obligatoria de la Corte, a saber: Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador⁷⁹, Guatemala, Honduras, Nicara-

78 Artículo 62 de la Convención Americana.

79 El Salvador aceptó la jurisdicción obligatoria de la Corte, durante la 25ª Asamblea General de la OEA, en Montrouis, Haití, el 6 de junio de 1995.

gua, Panamá, Paraguay, Perú, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

El artículo 61 de la Convención establece que sólo los Estados partes en la Convención y la Comisión Interamericana tienen derecho a someter un caso ante la Corte. Sin embargo, para que un caso pueda ser conocido por la Corte es preciso que se hayan agotado los procedimientos previstos en los arts. 48 a 50 de la Convención, es decir que se haya cumplido con el trámite del caso ante este organismo, incluida la tentativa de solución amistosa y, en última instancia, si el procedimiento de arreglo no hubiese prosperado, la adopción del informe correspondiente.

En sus primeros dieciséis años de trabajo, la Corte ha entendido en diez casos contenciosos y cinco más se encuentran pendientes. Entre ellos, sólo un caso fue sometido a conocimiento de ésta por un Estado, los casos restantes fueron presentados por la Comisión Interamericana.

Entre 1979 y 1989, es decir la primera década de trabajo de la Corte, la Comisión remitió únicamente los casos Velázquez Rodríguez, Godínez Cruz y Fairén Garbi, todos ellos contra Honduras, los que fueron sometidos ante la Corte el 24 de abril de 1986. Desde 1990 ante la fecha, la Comisión refirió a la Corte once casos, a saber: Aloeboetoe y otros c/Suriname, Gangaram Panday c/Suriname, Neira Alegría y otros c/Perú, Cayara c/Perú, Caballero Delgado y Santana c/Colombia, Genie c/Nicaragua, Guerrero y otros (El Amparo) c/Venezuela, Maqueda c/Argentina, Loayza c/Perú, Castillo Páez c/Perú y Paniagua y otros (Panel Blanca) c/Guatemala.

La Corte asimismo tiene competencia para dictar medidas provisionales en casos de extrema gravedad y urgencia, cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas. Estas medidas pueden ser dictadas en relación a asuntos que la Corte esté conociendo en ese momento o, si se tratare de casos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.⁸⁰ En relación al primer supuesto, la Corte adoptó medidas provisionales para proteger a aquellas personas que habían

concurrido o estaban citadas para concurrir a testificar en relación a los casos Velásquez Rodríguez, Fairén Garbí y Solís Corrales y Godínez Cruz.⁸¹ Las medidas fueron adoptadas luego de que dos personas, una que estaba citada para testificar y la otra que había testificado ante la Corte, fueran asesinadas. En cuanto al segundo supuesto, la Corte ha adoptado medidas provisionales solicitadas por la Comisión en varios casos. Entre otros, la Corte adoptó medidas provisionales en relación al caso Hugo Bustíos y Eduardo Rojas (Perú) en 1990⁸², en relación al caso Chunimá (Guatemala) el 1º de agosto de 1991⁸³, en relación al caso Reggiardo Tolosa (Argentina) el 19 de noviembre de 1993⁸⁴, y en relación al caso Colotenango (Guatemala).⁸⁵

Participación indirecta de los individuos en el procedimiento contencioso ante la Corte

Como se ha señalado anteriormente, sólo la Comisión o los Estados partes en la Convención pueden referir un caso a la Corte. De este modo, a diferencia del sistema europeo de protección de los derechos humanos luego de la entrada en vigor del Proto-

80 Artículos 63.2 de la Convención Americana y 24 del Reglamento de la Corte.

81 Informe Anual de la Corte I.D.H. correspondiente al año 1988, O E A - /Ser.L/V/III.19, doc.13, del 31 de agosto de 1988, pág. 25.

82 Informe Anual de la CIDH 1990-1991, OEA/Ser.L/V/II.79. rev. 1, doc. 12, del 22 de febrero de 1991, p. 28.

83 Informe anual de la Corte I.D.H. correspondiente al año 1991, O E A - /Ser.L/V/III.25, doc.7, del 15 de enero de 1992, pág. 71.

84 Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos correspondiente al año 1993, OEA/Ser.L/V/III.29, doc.4, del 10 de enero de 1994, pág. 99.

85 Las medidas provisionales fueron originalmente adoptadas el 22 de junio de 1994. Mediante resolución del 1 de diciembre de 1994, la Corte prorrogó las medidas y las amplió en favor de una nueva persona.

colo 9⁸⁶, en el sistema interamericano las víctimas no están facultadas para presentar un caso ante la Corte. No obstante ello, el Reglamento de la Corte permite a las víctimas o sus representantes participar limitadamente en el proceso. Su participación indirecta ha sido posible gracias a que la Comisión, en virtud del artículo 22 del Reglamento de la Corte, ha integrado a sus representantes en las delegaciones ante la Corte como "asistentes ad hoc".⁸⁷ De acuerdo al citado instrumento, la Corte debe oír a dichos representantes cuando se someta a su consideración el desistimiento de la acción o una solución amistosa que pudiera dar fin al proceso.⁸⁸ Finalmente, la Corte podrá solicitar a los representantes de las víctimas que presenten alegatos, con independencia de la opinión de la Comisión, en relación a las medidas de reparación y compensación que deban aplicarse a un Estado responsable por la violación de derechos protegidos por la Convención.⁸⁹

La participación limitada de las víctimas y sus representantes legales en el proceso contencioso ante la Corte ha generado cierta preocupación de parte de algunas organizaciones no gubernamentales que litigan en el sistema interamericano. Principalmente

86 El Protocolo 9 es un protocolo adicional a la Convención Europea para la Salvaguarda de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Establece que aquellos individuos que hayan presentado una denuncia a la Comisión tienen derecho a referir su caso a la Corte dentro de un plazo de tres meses contados desde la fecha de adopción del informe por la Comisión.

87 El artículo 22 del Reglamento de la Corte establece:

1. La Comisión será representada por los delegados que al efecto designe. Estos delegados podrán hacerse asistir por cualesquiera personas de su elección.
2. Si entre quienes asisten a los delegados... figuran abogados representantes designados por el denunciante original, por la presunta víctima o por los familiares de ésta, esta circunstancia debe comunicarse a la Corte.

88 *Ibid.*, artículo 43.

89 *Ibid.*, artículo 44.2 del Reglamento de la Corte.

se ha señalado que la práctica vigente resulta desgastante para la Comisión pues ésta, en un primer momento, debe actuar en calidad de órgano cuasi judicial, neutral y predispuesto a la conciliación, para luego, al representar los intereses de las víctimas, convertirse en parte acusatoria en el proceso contradictorio ante la Corte. En ese sentido, se ha considerado que esta situación impide a la Comisión asumir un papel neutral en el proceso contencioso ante la Corte y, en consecuencia, le impide, por ejemplo, acercarse a las partes con el fin de promover una solución amistosa.

La propuesta presentada por las organizaciones no gubernamentales ha sido la de adoptar un sistema según el cual, una vez que la Comisión decida enviar el caso a la Corte, las víctimas y sus representantes legales puedan participar autónomamente en el proceso, es decir en condiciones de igualdad procesal con la Comisión y el Estado. Asimismo, se ha indicado que la Comisión, una vez remitido el caso a la Corte, no debe dejar de ser un órgano técnico-jurídico imparcial sino más bien cumplir una función fiscalizadora del proceso, aportando su opinión en derecho pero dejando a los individuos la carga de producir la prueba y responder a los argumentos del Estado. Esencialmente, se ha propuesto que la Comisión desempeñe el papel de "Ministerio Público", dejando el de acusador en manos de las víctimas y sus representantes legales.⁹⁰

90 Este sistema se aplicaba en el sistema europeo hasta la entrada en vigor del Protocolo 9, según el cual, como ya se ha señalado, el individuo tiene derecho de remitir su caso a la Corte Europea de Derechos Humanos.

Conclusión

Una evaluación sobre la labor del sistema interamericano de protección de los derechos humanos nos lleva a concluir que ésta ha sido muy constructiva. Desde 1960, año en que la Comisión inició sus funciones, ella ha luchado por el restablecimiento de la democracia en países sometidos a regímenes dictatoriales. Particularmente, durante la década de los años 70 y a principios de los años 80, cuando un cierto número de Estados miembros de la OEA estaban dirigidos por regímenes autoritarios, la Comisión pudo, gracias a la objetividad de sus informes, hacer conocer a la comunidad internacional de las graves y sistemáticas violaciones de derechos humanos que se producían en algunos países de la región.

Actualmente, con la excepción de Cuba y hasta el año pasado de Haití, el panorama político de la región ha cambiado debido al establecimiento de nuevos gobiernos democráticos, lo cual ha inaugurado una nueva era para la protección de los derechos humanos en el Continente americano. La mayoría de los gobiernos democráticos han decidido ratificar la Convención Americana, tomando así el compromiso de respetar los derechos humanos que en ella se consagran.

Los cambios políticos ocurridos en la región han llevado a la Comisión a recurrir a otros procedimientos para el examen de las denuncias de violaciones de derechos humanos, lo cual le ha permitido establecer un espacio para el diálogo con los nuevos gobiernos democráticos y ponerse a disposición de las partes para concluir un procedimiento de solución amistosa, como ha sido el caso de Argentina.

Con el establecimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el carácter jurisdiccional del conjunto del procedimiento se ha afianzado, incluso si hasta hace algunos años la Comisión no había enviado a la Corte un gran número de casos, debido a que por largo tiempo muy pocos Estados habían aceptado la competencia facultativa de la Corte. Actualmente 17 países han reconocido la jurisdicción de la Corte; resta desear que más Esta-

dos sigan ese ejemplo a manera de colocar a todos los Estados en un nivel de igualdad, dotando de mayor fuerza a la Corte.

En definitiva, en la situación actual, tanto la Comisión como la Corte han hecho progresar de forma notable la causa de los derechos humanos en el Continente americano; esperamos que en un futuro cercano se amplíen y se creen nuevos mecanismos procedimentales que permitan una mayor protección de los derechos humanos.

**EL SISTEMA INTERAMERICANO
DE DERECHOS HUMANOS
Y SU EFICACIA**

Evaluación y perspectivas futuras

Felipe GONZALEZ

La falta de coercibilidad del Derecho Internacional constituye un lugar común en las discusiones sobre esta disciplina jurídica. En el caso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos esta polémica se reproduce, a veces con mayor intensidad, debido a la gravedad de las situaciones envueltas. No obstante, es posible apreciar las diferencias claras en el grado de eficacia de los distintos sistemas internacionales de protección de los Derechos Humanos. Así, mientras el Sistema Europeo de protección goza de un grado de eficacia bastante alto, el Sistema de Naciones Unidas y el Sistema Interamericano se debaten en torno a un permanente esfuerzo por dar cumplimiento a las resoluciones emanadas de sus órganos. Ello obedece, como es evidente, a la mayor homogeneidad que presentan los estados europeos occidentales y a los fuertes vínculos económicos que los ligan.

En el caso del Derecho Interamericano de los Derechos Humanos, la eficacia de las resoluciones de sus órganos es todavía parcial. Es cierto que se advierte un progresivo mejoramiento de la situación al respecto, en especial debido al surgimiento de más gobiernos democráticos en el continente. Sin embargo, el sistema aún presenta muchas insuficiencias y se ve expuesto a continuos y serios riesgos de retroceso.

En esta presentación esbozaré una evaluación acerca de la eficacia del Sistema Interamericano, formulando algunas propuestas para su fortalecimiento. Estas reflexiones son fruto tanto de mi experiencia personal como de encuentros entre representantes de organizaciones no gubernamentales para discutir esta materia.

Entre 1959 y 1979, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue el único órgano especializado en materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. En ese lapso, una proporción muy grande de sus tareas estuvo dedicada al tratamiento de violaciones graves y masivas a los derechos humanos. Se trataba, fundamentalmente, de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y torturas. Aparecían, así, dos tipos de gobiernos: aquéllos correspondientes a estados donde se practicaban violaciones graves y masivas y aquéllos en los que no se daban esas prácticas. Los primeros, los gobiernos de los estados cuestio-

nados, a menudo ponían en tela de juicio la legitimidad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para preparar informes y resoluciones al respecto. Los segundos, brindaban respaldo a la Comisión.

La situación se volvió más compleja en la década de los ochenta y continúa siéndolo en la de los noventa. En los últimos años, América Latina ha pasado de estar mayoritariamente regida por gobiernos dictatoriales a poseer una abrumadora mayoría de gobiernos elegidos en las urnas. Algunos de estos estados presentan rasgos genuinos de sistemas democráticos. Otros, sin embargo, conservan una dualidad de poderes, manteniéndose en ellos un poder militar fuerte, capaz de imponer ciertos criterios en aspectos muchas veces cruciales de la organización política y social. En este contexto, los órganos interamericanos de control en materia de derechos humanos han debido redoblar sus esfuerzos para perseverar en su cometido a pesar de que tener que lidiar, en la mayoría de los casos, con gobiernos elegidos en las urnas, los cuales disponen de una importante presencia y legitimidad en el marco de los órganos políticos de la OEA (Consejo Permanente y Asamblea General de la Organización).

Además, dado que las violaciones graves y masivas han disminuido (si bien permanece muy extendida la tortura -que ahora afecta a detenidos y presos comunes- y subsisten las ejecuciones extrajudiciales en no pocos países y las desapariciones forzadas en algunos), tanto la Comisión como la Corte, sin perjuicio de resolver casos que envuelven tal clase de violaciones, han comenzado a conocer crecientemente de casos cuyos problemas jurídicos son más complejos y en los cuales ciertos tipos de violaciones que antes no llegaban a ellos sí lo hacen ahora. Por ejemplo, en sus opiniones consultivas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre asuntos tales como el problema de naturalización, la colegiación obligatoria de periodistas, la situación de los indigentes frente a la exigencia de agotar los recursos de la jurisdicción interna antes de llevar un caso a un órgano internacional, etc.

De este modo, la diferencia con la situación europea emerge no sólo de las violaciones masivas sino de la relación de los esta-

dos con los órganos de control internacionales en materia de derechos humanos. Aún actualmente, cuando la mayoría de los estados de la región posee gobiernos civiles, continúan produciéndose fricciones de importancia con los organismos interamericanos especialmente con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que es la que tiene que lidiar en el día a día con las violaciones a estos derechos que se producen a través del continente. En cuanto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sólo se aboca a la resolución de casos seleccionados, por lo que su papel resulta menos polémico que el de la Comisión.

Algunos gobiernos han llegado a plantear que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue creada para lidiar exclusivamente con violaciones ocasionadas por dictaduras y no por regímenes democráticos, una afirmación que no encuentra respaldo ni en la historia de la Comisión Interamericana ni en los instrumentos interamericanos de derechos humanos.

En otros casos se ha planteado por los gobiernos que la Comisión no estaría facultada para evaluar la transparencia y autenticidad de procesos electorales. Así lo hizo, por ejemplo, México, alegando intromisión en sus asuntos internos. En su informe al respecto, la Comisión destacó el papel central, explícita y reiteradamente asignado en el contexto del Sistema Interamericano, a la democracia representativa y al estado de derecho como elementos indisolubles de la protección de los derechos humanos. "La elaboración jurídica hemisférica ha insistido, por su parte -señaló la Comisión-, en la existencia de una relación directa entre el ejercicio de los derechos políticos así definidos y el concepto de democracia representativa como forma de organización del Estado, lo cual a su vez supone la vigencia de otros derechos fundamentales. En efecto, el concepto de democracia representativa se asienta sobre el principio de que es el pueblo el titular de la soberanía política y que, en ejercicio de esa soberanía, elige a sus representantes -en las democracias indirectas- para que ejerzan el poder político (...)".

Añadió la Comisión: "La vigencia de los derechos y libertades mencionados requiere un orden jurídico e institucional en el que las leyes se antepongan a la voluntad de los gobernantes y en el

que exista un control de unas instituciones sobre otras con el objeto de preservar la pureza de la expresión de la voluntad popular -estado de derecho-."

En 1993, la Corte Interamericana de Derechos Humanos hubo de reafirmar las facultades de los órganos interamericanos de pronunciarse sobre una cuestión tan elemental como lo es la de los procesos electorales. Con ocasión de la Opinión Consultiva N° 13 (OC-13/93), sistematizando elementos de varias Opiniones previas, señaló que "como ya lo ha dicho la Corte, 'el concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías [según el Pacto de San José] es... inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira'. (El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías). Dentro de tales valores y principios aparece que 'la democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte'. (La expresión 'leyes' en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Ha señalado también la Corte que 'el principio de la legalidad, las instituciones democráticas y el estado de derecho son inseparables' y que '[en] una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el estado de derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define completamente y adquiere sentido en función de los otros'. (El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías)."

Por su parte, la Asamblea General de la OEA, reunida en este mismo lugar en 1993, adoptó la Resolución de Santiago, mediante la cual se estableció que cada vez que se produzca una crisis de la democracia en un Estado Miembro de la OEA se convocará de manera urgente a los Ministros de Relaciones Exteriores para que éstos adopten, en nombre de la Organización, las medidas del caso, que podrían alcanzar incluso hasta la suspensión de la participación de un estado en la OEA cuando su gobierno esté actuando en violación de la democracia representativa.

Es cierto que existen sectores importantes de las sociedades civiles de los países de la región que consideran que la concepción de los derechos humanos debería ocupar un lugar preponderante

en la organización política del estado. En algunos países, estos movimientos han cobrado mayor fuerza que en otros.

Lo que salta a la vista es que la concepción de los derechos humanos escasamente ha encontrado un arraigo social suficiente, dado que las prácticas violatorias han sido persistentes y masivas, resurgiendo de tiempo en tiempo y con mayor o menor intensidad. Tampoco se puede estar cierto de cuán arraigada se encuentre esta concepción en los grupos que luchan por ella: se trata de procesos recientes. De hecho, en varios países de la región, las organizaciones no gubernamentales (ONG) de derechos humanos, que han cumplido un papel central en la defensa de los derechos de las personas, se han visto debilitadas notablemente, al pasar muchos de sus miembros de importancia a formar parte de los nuevos gobiernos democráticos.

No obstante, conviene destacar que, a diferencia de lo que ocurre en las Naciones Unidas, en el Sistema Interamericano no son comunes las invocaciones a un relativismo cultural para poner en tela de juicio la universalidad de los derechos humanos. Incluso, los pueblos indígenas se valen de la concepción de los derechos humanos para hacer resaltar sus propias demandas frente a gobiernos opresores. Obviamente, los pueblos indígenas reivindican sus propias especificidades, pero sin que ello signifique entrar en conflicto con la concepción de los derechos humanos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha tramitado numerosos casos individuales referidos a indígenas que se veían afectados en los derechos que les reconoce la Convención Americana. En el último Informe Anual de la Comisión se contiene la resolución en el caso de Alejandro Piché, en el cual tuve la oportunidad de participar como denunciante. El señor Piché fue secuestrado y reclutado forzosamente en el ejército guatemalteco, en lo que constituye una práctica sistemática que afecta a campesinos indígenas de ese país (Informe N° 36/93, Caso 10.975, Guatemala, 6 de octubre de 1993).

Como decíamos, la eficacia de las decisiones emitidas por órganos interamericanos de derechos humano ha sido parcial. Varios gobiernos han reformado las normas internas de sus estados a raíz de pronunciamientos de la Comisión o de la Corte. Así ocu-

rió, por ejemplo, con Guatemala, después de la Opinión Consultiva OC-3/83, que declaró contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos una norma interna guatemalteca por entender que ella extendía la pena de muerte a delitos para los cuales no se hallaba prevista anteriormente. Lo propio ocurrió con Nicaragua a propósito de la Opinión Consultiva que declaró que de la interpretación de la Convención Americana sobre derechos Humanos se desprendía que el *habeas corpus* no podía suspenderse ni aún en estados de excepción constitucional.

Otras importantes decisiones, en cambio, no han sido cumplidas. Así ocurrió con dos resoluciones de la Comisión sobre leyes de amnistía de crímenes graves contra los derechos humanos dictadas en Argentina y Uruguay. Se trataba de las leyes argentinas conocidas como "Punto Final" y "Obediencia Debida" y un indulto presidencial, y de la ley uruguaya "de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado". No obstante, las resoluciones de la Comisión sirvieron, de todos modos, para dejar bien asentado el importante principio de que, ni siquiera cuando emanadas de gobiernos democráticos, las normas de amnistía de crímenes graves contra los derechos humanos son compatibles con la Convención Americana.

Los órganos políticos de la OEA, en particular el Consejo Permanente y la Asamblea General, no han contribuido significativamente a dotar de eficacia a las resoluciones de la Comisión y la Corte Interamericanas. En el Sistema Europeo es habitual que el Consejo de Ministros vea maneras de implementar las decisiones de los órganos de derechos humanos. Típicamente, la Asamblea General de la OEA aprueba de manera global los Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sin adoptar medidas específicas para que el estado correspondiente aplique las recomendaciones de la Comisión, que pueden ir desde el pago de indemnizaciones a la necesidad de adoptar reformas legales internas. Aún más, la Comisión es a menudo objeto de fuertes críticas en la Asamblea General de parte de gobiernos que se sienten afectados. En relación con la Corte Interamericana, es sintomático que la Asamblea General no haya adoptado medidas para el cumplimiento a cabalidad de parte del Gobierno de Honduras de las pri-

meras decisiones de la Corte en casos contenciosos (casos Velázquez Rodríguez y Godínez Cruz), que le impuso la obligación de pagar indemnizaciones. En estos casos, la Corte condenó a Honduras a pagar indemnizaciones a los familiares de las personas mencionadas que fueron objeto de desapariciones forzadas. También requirió de Honduras la creación de un fondo para los hijos menores de las víctimas, del que ellos podrían disponer cuando fueran mayores de edad. La Corte dispuso que los pagos debían hacerse reajustados. A esta última parte de la resolución, Honduras aún no da cumplimiento.

Revisión de algunas propuestas

Algunos gobiernos han venido formulando en el último tiempo ciertas propuestas destinadas en apariencia a fortalecer el Sistema Interamericano. Sin embargo, en el contexto actual, lejos de fortalecerlo, lo debilitarían. Tal es el caso de una propuesta que el Gobierno de Nicaragua ha venido impulsando en orden a **ampliar el número de integrantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 7 a 11**, fundándose en que es necesaria una mejor distribución geográfica en el interior de la Comisión. No obstante, el fundamento invocado carece de sentido en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ya que los comisionados son elegidos a título individual, es decir que no representan a los estados de los cuales son nacionales. En esta misma línea, el Estatuto de la Comisión establece que la misma "representa a todos los estados miembros de la Organización" (art. 2.2). Dado que en las actuales condiciones los comisionados sólo se reúnen unas pocas veces al año, ello resultaría aún más difícil con un mayor número de comisionados, dificultando su coordinación. Además, es notoria la carencia de recursos suficientes por parte del *staff* permanente de la Comisión. La decisión de este asunto continúa pendiente. Algunos estados se han pronunciado favorablemente y otros en contra. Sería conveniente que el Gobierno de Chile se opusiera a esta iniciativa que, de concretarse, sólo dificultaría el trabajo de la Comisión.

Tampoco parece adecuada la propuesta de crear una suerte de **Alto Comisionado de Derechos Humanos** para el continente. Ello podría socavar las facultades de la Comisión y la Corte y, en la medida que fuera nombrado por el Secretario General de la OEA y no emanara de un tratado, podría politizar el tratamiento del tema de derechos humanos y restar eficacia al trabajo de protección y control de la Comisión y la Corte, que se funda en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Quisiera, en cambio, formular algunas propuestas que, creo, sería interesante discutir. Pienso que ellas contribuirían a fortalecer la eficacia del Sistema Interamericano:

En primer lugar, **debería posibilitarse que la Comisión acudiera a la Corte cuando sus decisiones no son cumplidas**. Dado que el carácter jurídicamente vinculante de las resoluciones de la Corte en casos contenciosos está claramente establecida en la Convención Americana, esto dotaría de mayor fuerza a las decisiones originalmente emanadas de la Comisión.

En segundo lugar, contribuiría enormemente a la eficacia de las resoluciones de la Comisión, el **permitir exigir su cumplimiento en la jurisdicción interna** del estado respectivo una vez que se haya agotado su tramitación y no habiendo sido enviado el caso a la Corte.

Un tercer aspecto tiene relación con la **protección de la democracia**. Es indispensable que en las Reuniones de Consulta de los cancilleres en el ejercicio de la Resolución de Santiago de 1991 se respalde y facilite de manera decidida el trabajo de la Comisión Interamericana, dado que su función primordial es la de proteger los derechos humanos y que, durante las crisis de la democracia, éstos se ven seriamente afectados.

En cuarto lugar, sería sumamente positivo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por vía interpretativa de la Convención Americana, facultase a las víctimas a tener sus propios representantes una vez iniciado el caso contencioso. Esto facilitaría el trabajo, ya que evitaría los conflictos de intereses que,

en ocasiones, se han presentado entre la Comisión y los abogados de las víctimas que han actuado como asesores de la Comisión en casos contenciosos ante la Corte. Existe el antecedente del Sistema Europeo, donde la Corte reconoció tal facultad a las víctimas sin que existiese un texto expreso de la Convención al respecto.

Por último, quisiera referirme a las ONG y la eficacia del Sistema Interamericano. A las ONG les ha cabido un papel central en la tramitación de casos ante la Comisión y la Corte y, en general, han sido un mecanismo fundamental para proveer de información a la Comisión en sus visitas *in loco* así como en la preparación de informes generales sobre países. En una medida importante, la eficacia de las resoluciones de la Comisión y la Corte depende de la actitud de los órganos políticos del Sistema (Consejo Permanente y Asamblea General). El reconocimiento formal, la posibilidad de obtener un status jurídico por parte de las ONG ante los órganos políticos, contribuiría a la eficacia del Sistema, ya que las ONG respaldarían el trabajo destinado a dar importancia al Sistema. Es muy posible que muy pronto se presente una iniciativa al respecto ante el Consejo Permanente; sería muy importante el apoyo del Gobierno de Chile en tal sentido.

EL SISTEMA AFRICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS

José H. FISCHER DE ANDRADE

- I *Evolución de la protección de los derechos humanos
y de los pueblos en África.*
- II *Análisis de la Carta de Banjul.*
- III. *Consideraciones finales.*

El presente artículo es una versión de "O Sistema Africano de Proteção dos Direitos Humanos e dos Povos" (16/17(1) Africa: Revista do Centro de Estudos Africanos da Universidade de São Paulo (1993/94), pp. 23-57), presentado por el autor el 11.XI.92 en el Seminario Internacional "La Protección Internacional de los Derechos Humanos", realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo, del 09-13.XI.92, bajo los auspicios de las representaciones del ACNUR y del CICR en Brasil. Actualizaciones e investigación adicional fueron hechas por el autor, en la condición de Visiting Scholar, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Nottingham, Inglaterra, en 1994.

Introducción

La puesta en vigencia de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, también conocida como Carta de Banjul¹, el 21 de octubre de 1986, consolidó el tercer sistema regional de protección internacional de los derechos humanos². Sin duda se trata de un marco frente a los esfuerzos que han sido hechos, tanto a nivel global como regional, con miras a la promoción y al respeto de los derechos humanos. No obstante, el sistema africano encuentra obstáculos de orden histórico, político, estructural y jurídico que pueden comprometer su eficacia.

El análisis de estos factores es considerablemente importante para la comprensión de este sistema como un todo; lo que debe ser hecho respetando sus peculiaridades y dando especial atención a las comparaciones con los sistemas regionales³ y global⁴.

-
- 1 De ahora en adelante, "Carta Africana" o "Carta de Banjul"; cf., a propósito de su correcta denominación, nota 47. Para el texto íntegro, cf. Cançado Trindade, A.A. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, São Paulo, Saraiva, 1991, pp. 486-503.
 - 2 Para un estudio profundo de los sistemas europeo e interamericano, cf., respectivamente, van Dijk, P. y van Hoof, G.H.J. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 2nd. ed., Dordrecht/Boston, Kluwer, 1990, y la colección de artículos en *Derechos Humanos en las Américas* (Libro Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches), Washington, OEA, 1984.
 - 3 De los varios trabajos comparativos entre los sistemas regionales, merecen especial consideración los de Gros Espiell, H. *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos: Comparativo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991, y de Okere, O. *The Protection of Human Rights in Africa and the African Charter on Human and Peoples' Rights: A Comparative Analysis with the European and American Systems*, 6(2) *Human Rights Quarterly* (1984), pp. 141-159.
 - 4 El sistema global general, desarrollado en el centro de la Organización de las Naciones Unidas, contiene, además de los artículos pertinentes a los derechos humanos comprendidos en la Carta de la ONU (1945), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), los Pactos

Con respeto a lo señalado, el objetivo de este artículo es examinar la evolución de la protección de los derechos humanos y de los pueblos en África, realzando sus particularidades -principalmente las de carácter histórico-político-, así como también analizar la Carta de Banjul, especialmente bajo el prisma de su eficacia jurídica real.

I EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS EN ÁFRICA

A) Los Derechos Humanos y de los Pueblos en los Períodos Pre-Colonial y Colonial

Durante el período pre-colonial, África estaba subdividida en ciudades independientes y principados, reinos e imperios, siendo sus relaciones basadas en la soberanía, independencia y cooperación⁵. A pesar de no ser homogénea, ni cultural ni políticamente⁶, había una serie de características comunes que, todavía hoy, se diferencian de los patrones occidentales.

Esas características pueden ser resumidas *grosso modo* en el concepto de *ideal comunitario*. Este se distingue del mundo occidental en tres puntos cruciales, los cuales son: a) las personas no se ven como individuos, ni se preocupan por sus derechos indi-

Internacionales, de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo a este último, todos los tres de 1966. Para la totalidad de los instrumentos citados, cf. A.A. Cançado Trindade, *op. cit.* nota 1.

5 Cf. Ndam Njoya, A. "The African Concept", in *International Dimensions of Humanitarian Law*, Dordrecht, Henry Dunant Institute/UNESCO/Martinus Nijhoff, 1988, p. 5.

6 Cf. L. Merasinghe, "Traditional Conception of Human Rights in Africa", in Welch, Jr, C.E. y Meltzer, R.I. (eds.), *Human Rights and Development in Africa*, Albany, State University of New York Press, 1984, p. 32.

viduales, siendo la ciudadanía alcanzada en virtud del papel de la persona en relación con la comunidad, preocupándose por los intereses del grupo, con sus derechos étnico-culturales; b) las decisiones políticas son tomadas a través del consenso de la comunidad, debiendo el jefe consultar a los más ancianos que representan al pueblo -descartándose la posibilidad de "oposición leal", i.e. los leales hacen parte del grupo y los que hacen oposición, por definición, no son leales; c) la riqueza es automáticamente redistribuida, no habiendo concepto de propiedad privada -lo que hace que el hombre rico sea respetado solamente si divide sus pertenencias con sus familiares y partícipes de su grupo étnico-social⁷. Se nota, por lo tanto, que el concepto de comunidad tiene como contrapartida de los derechos y privilegios ciertos deberes, que podrían o no reflejarse en la violación de otros derechos⁸.

Otros factores de extrema importancia en cualquier organización socio-política pre-colonial africana es la familia y la aldea, o tribu. La tierra contaba poco y, por esa razón, para los Estados africanos, las fronteras eran algo móvil, flexible e indefinido⁹.

Discutir si estos conceptos son típicamente africanos o no, si son encontrados en la mayoría de las sociedades típicamente agrarias, marcadas por las relaciones pre-capitalistas en estructuras no estatales, no es importante. Lo que es esencial es darse cuenta de que estas concepciones se mantuvieron por siglos y que, todavía

7 Cf. Howard, R. "Evaluating Human Rights in Africa: Some Problems of Implicit Comparisons", 6(2) *Human Rights Quarterly* (1984), p. 174.

8 Como, por ejemplo, el deber de no ser oposición, ya que ésta no es "leal". Esto contraría *inter alia* el derecho a la libertad de pensamiento y expresión. Este artificio todavía es utilizado en la actualidad, teniendo como fundamentación los mismos principios que dirigían las relaciones políticas en la época precolonial.

9 Cf. Ndam Njoya, A. *op. cit.* nota 5, p. 6.

hoy, influyen en la toma de decisiones -sean políticas o jurídicas- de las sociedades africanas.

La dominación e influencia extranjeras -consolidadas a través de la colonización -tuvieron un impacto inconmensurable en el continente africano. Un conceptuado jurista, ex-Ministro de la República de Camerún, define bien algunas de las consecuencias del período colonial: la participación del continente en la vida internacional fue reducida abruptamente extinguiéndose prácticamente el desarrollo de ideas, conceptos y principios políticos; el concepto tradicional de que la vida humana era sagrada fue ridiculizado; el nuevo sistema social mostró un aspecto diferente, distante del individuo y del espíritu familiar; el respeto por la dignidad humana pasó a significar respeto por el hombre blanco puesto que los valores dominantes pasaron a ser occidentales; en consecuencia se terminó con la creencia en los valores humanos¹⁰.

El período colonial significó no sólo la disminución sino también la extinción por completo del ejercicio de los derechos humanos¹¹. No había respeto ni por los derechos civiles y políticos ni por los económicos, sociales y culturales. No hubo, en general, preocupación por parte de los Estados colonizadores con relación al desarrollo económico de sus colonias -por lo menos hasta el inicio de la II Guerra Mundial, cuando las exigencias de los Estados beligerantes forzaron una consideración más racional de sus recursos¹².

10 *Ibid.*, p. 9.

11 Cf. Gye-Wado, O. "The Rule of Admissibility under the African Charter on Human and Peoples' Rights", 3(4) *Revue Africaine de Droit International Comparé* (1991), p. 743.

12 Principalmente en el caso de las colonias inglesas; cf. Howard, R. *op. cit.* nota 7, pp. 171 y 172.

No obstante, a pesar de que las potencias colonizadoras no estaban preocupadas por conceder a los ciudadanos de las tierras colonizadas los mismos derechos facultados a los de sus territorios, y aún tomando en consideración todas las atrocidades cometidas, no se pueden negar ciertos aspectos positivos que tuvieron lugar durante la época de la colonización. Entre ellos, cabe mencionar la eliminación de diversos conflictos inter étnicos, la abolición, donde existía, de la esclavitud doméstica africana y la detención de la expansión de los imperios africanos¹³.

Después de la II Guerra Mundial, la situación política en el continente africano cambió considerablemente, debido a la adquisición de la independencia de sus Estados -proceso ocurrido principalmente durante las décadas del sesenta y setenta. La independencia de estos Estados dio oportunidad al establecimiento de una organización regional bajo los moldes ya existentes en otros continentes y, al igual que sus análogas, tuvo un papel fundamental en el desarrollo de la protección de los derechos humanos -a pesar de la diversidad, muchas veces, de objetivos y métodos utilizados.

B) Los Derechos Humanos y de los Pueblos frente a la Independencia de los Estados Africanos y el Papel de la OUA en su Promoción y Protección hasta mediados de los años setenta

Cuando la Carta de las Naciones Unidas fue adoptada y abierta a suscripción, en 1945, solamente cuatro Estados africanos eran independientes: Egipto, Liberia, Etiopía y África del Sur. A medida que los nuevos Estados africanos adquirían su independencia era natural que fuesen manifestando su adhesión a todos los instrumentos globales -no solamente para afirmar su nueva posición de Estados soberanos sino también para insertarse en el escenario mundial. Entre tanto, existía una cierta artificialidad con relación al grado de compromiso real de estos nuevos Estados con

13 *Ibid.*, p. 172.

ciertos instrumentos internacionales convencionales (*biding*) concertados en el plano global. Un ejemplo pertinente es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, a la cual los Estados africanos siempre manifestaron su adhesión, respetándola sólo ocasionalmente¹⁴.

Las causas que motivaron este comportamiento fueron de origen histórico-político y/o económico. El argumento, siempre esgrimido, es de que los Estados africanos no estaban presentes en el momento de la redacción de estos documentos, lo cual, consecuentemente, hizo que estos no tuvieran legitimidad global reconocida. Fuera de ello, hay una serie de otros problemas de orden interno, que resultan en la no observancia de esos instrumentos. Ejemplo de ello lo constituyen el desmantelamiento de los sistemas políticos multipartidarios heredados de la época colonial y su sustitución por sistemas unipartidarios o dirigidos por dictaduras militares; la imposibilidad, en función de los sistemas políticos mencionados, del respeto a los derechos civiles o políticos, tales como la libertad de asociación, de prensa, elecciones regulares, derecho a la vida, a la propiedad, etc; violaciones masivas de derechos en razón de golpes de estado y situaciones de emergencia; el no reconocimiento de realidades étnicas y religiosas distintas de la adoptada oficialmente, sólo para mencionar algunos fenómenos¹⁵.

Los Estados africanos, se presentan entonces, en el período de pos guerra, con dos realidades difíciles de conciliar: la mundial, de (re)construcción, de (re)estructuración de los esfuerzos con el propósito, *inter alia*, de protección, en los más diversos aspectos, de los derechos humanos; y la continental, de paulatina liberación de

14 Cf. Kodjo, E. "The African Charter on Human and Peoples' Rights", 11(3/4) in *Human Rights Law Journal* (1990), p. 272.

15 Para un análisis de los varios factores que dificultan el reconocimiento y la protección de los Derechos Humanos y de los Pueblos en África, cf. Ojo y Sessay, "The OUA and Human Rights: Prospects for the 1980's and Beyond", 8(1) *Human Rights Quarterly* (1986), pp. 89-91.

las metrópolis, que traía consigo una construcción, una estructuración completa, iniciada casi de la nada, tanto política como económica y jurídica -si se la analiza con patrones occidentales-. Hubo, por lo tanto, un momento en el cual los valores y la realidad occidentales iban en dirección a un encuentro con los africanos.

Fue en ese escenario perturbado, de emancipación y afirmación políticas, que tomó fuerza, principalmente alrededor de 1958, el movimiento panafricano que culmina con la adopción de la Carta de la Organización de la Unidad Africana¹⁶, en 1963, cuando 32 Estados africanos ya eran miembros de la Organización de las Naciones Unidas. Hoy en día son 52 los Estados miembros de la OUA¹⁷, no participando de esta organización África del Sur.

La Carta de la OUA ha sido definida como "una Carta para la Liberación"¹⁸, debido a que las verdaderas preocupaciones de los Estados africanos, que en ella se intuyen, son relativas a la unidad africana, a la no injerencia en los asuntos internos de los países -tomados individualmente- y a la liberación¹⁹, no sólo de el sistema colonial sino también del sistema neocolonial. Esta perspecti-

-
- 16 En adelante OUA. Para la totalidad de la Carta de la OUA, conocida también como Carta de Addis-Abeba, cf. Oliveira, Fernando (org.), *Textos de Direito Internacional*, Luanda, Imprensa Nacional, s/f, pp. 83-94. Sobre la adopción de la Carta de la OUA, cf. Elias, T.O. "The Charter of the Organization of African Unity", 59(2) *American Journal of International Law* (1965), pp. 243-267 y, para un estudio completo sobre la OUA, cf. Naldi, Gino J. *The Organization of African Unity: An Analysis of its Role*, London/New York, Mansel, 1989.
- 17 Cf. Buergenthal, Th. y Kiss, A.Ch. *La Protection Internationale des Droits de L'Homme: Précis*, Kehl/Strasbourg, Engel, 1991, p. 127.
- 18 Cf. Dugard, C.J.R. "The Organization of African Unity and Colonialism: An Inquiry into the Plea of Self-Defense as a Justification for the Use of Force in the Eradication of Colonialism", 16(1) *International and Comparative Law Quarterly* (1967), pp. 157 y 158.
- 19 Cf. M'Baye, K. "Os Direitos Humanos em Africa", in Karel Vasak (ed.), *As Dimensões Internacionais dos Direitos dos Homens*, Lisboa, UNESCO/Ed. Portuguesa de Livros Técnicos e Científicos, 1983, p. 625.

va hizo con que la Carta de la OUA fuera constantemente criticada por ser sólo una formulación de los derechos de los jefes de Estado, una institucionalización de un sindicato de presidentes africanos²⁰, cuya tarea principal sería la normalización de las relaciones de sus "miembros feudales"²¹.

Un eminente jurista nigeriano afirma que la alta calidad de vida prometida por los líderes africanos, antes y durante la creación de la OUA, no solamente fracasó en su totalidad, sino también que se encuentran en rápida declinación las características africanas de vida y cultura. Sustenta igualmente que los patrones mínimos que antes existían -como, *inter alia*, la disponibilidad de agua, de un lugar para vivir, del derecho a la vida familiar y a un empleo -no son ya tan fácilmente adquiridos por la mayoría de los africanos, encontrándose estos bajo constreñimiento, tanto interno como externo, lo que no deja mucho espacio para el desarrollo²².

La falta de *afinidad* entre la OUA y los derechos humanos debe ser analizada tanto histórica como políticamente. La expresión "Derechos Humanos" no figuraba en el proyecto etíope, del 17 de mayo de 1963, que sirvió como base de discusión y que fue preferido en relación al proyecto de Ghana²³. Lo más que se consiguió introducir en la Carta de la OUA fue la siguiente cláusulas preambular:

20 Cf. Howard, R. *op. cit.* nota 7, p. 165.

21 Cf. Adegbite, L.O. "African Attitudes to the International Protection of Human Rights", in Eide, A. y Schou, A. (ed.), *International Protection of Human Rights* (Proceedings of the VII Nobel Symposium, Oslo, 1967), Stockholm, Almqvist & Wiksell, 1968, p. 80. Con respecto de la continuidad de esta competencia de la OUA, cf. Naldi, G.J. "Peace-Keeping Attempts by the Organization of African Unity", 34(3) *International and Comparative Law Quarterly* (1985), pp. 593-601.

22 Cf. Bello, E.G. "The African Charter on Human and Peoples Rights: A Legal Analysis", 194(V) *Recueil des Cours de la Académie de Droit International de la Haye* (1985), p. 168.

23 Cf. Ndiaye, B. "Lugar dos Direitos do Homem na Carta da Organização da Unidade Africana", in Karel Vasak (ed.), *op. cit.* nota 19, p. 635.

Persuadidos de que la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, a cuyos principios reafirmamos nuestra adhesión, ofrecen una base sólida para una cooperación pacífica y fructuosa entre nuestros Estados...

La referencia hecha a la Carta de las Naciones Unidas y a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la disposición preambular, tenía como propósito no comprometer a los Estados miembros en relación con la observancia de estos derechos, colocándolos bajo la rúbrica de "deseos", sin que hubiera una obligación jurídica de efectuarlos en la práctica. No obstante, la mención que figura en la Carta constitutiva de la OUA, en relación con los principios de instrumentos concertados en forum global, imposibilita todo y cualquier rechazo por parte de los miembros de la OUA de los derechos allí enunciados (en la Carta de la ONU y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos), bajo el argumento de que estos mismos Estados africanos no participaron en sus elaboraciones (*supra*); lo que, consecuentemente, consolida el principio de la universalidad de los derechos humanos.

Las esperanzas de respeto a los derechos humanos, sustentados en la disposición preambular mencionada, no encontraron respaldo en la realidad, principalmente debido a los principios enunciados en el Artículo III de la Carta de la OUA, que destacan *inter alia* la no injerencia en los asuntos internos de los Estados y el respeto por la soberanía²⁴.

Fueron precisamente estos dos principios los causantes de que los derechos humanos no fuesen objeto de discusión por casi

24 El artículo 3º de la Carta de la OUA menciona, *inter alia*, que "Para alcanzar los objetivos (de la Organización), los Estados Miembros afirman solemnemente los siguientes principios: 1. Igualdad soberana de todos los Estados Miembros; 2. La no injerencia en los asuntos internos de los Estados; 3. Respeto por la soberanía y por la integridad territorial de cada Estado y por su derecho inalienable a una existencia independiente (...)" (énfasis agregado).

dos décadas en los órganos de la OUA. De esta forma, la OUA se mantuvo indiferente ante las constantes y masivas violaciones a los derechos humanos, enfatizando siempre que se trataba de asuntos internos de los Estados en cuestión, que el principio de no injerencia era un obstáculo para cualquier acción por parte de la organización y que la OUA no era un tribunal que pudiese juzgar a sus miembros por sus políticas internas²⁵.

La importancia dada a los principios de soberanía y de no injerencia revela que en la práctica de la OUA hubo constante ausencia de interés por parte de la mayoría de los gobiernos africanos en actuar conjunta o individualmente con el propósito de asegurar el efectivo respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. En realidad, al ampararse en el principio de no injerencia en los asuntos domésticos de los otros Estados, los gobiernos africanos no observaron el principio básico de responsabilidad colectiva que existe en el campo de la protección de los derechos humanos²⁶.

Este tipo de actitud por parte de los Estados africanos comenzó a entrar en contradicción con los propios objetivos de la OUA. Ello se debió a que los derechos humanos, que eran utilizados como el *punctum saliens* de la lucha contra el colonialismo y el *apartheid*, al ser violados por los Estados miembros de la OUA no encontraran protección -pudiéndose considerar como única excepción la tutela del derecho a la auto determinación²⁷.

25 Cf. Umozurike, U.O. "The African Charter on Human and Peoples' Rights", 77(4) *American Journal of International Law* (1983), pp. 902 y 903. Para ejemplos del argumento de dominio reservado (asuntos internos) ante la OUA, cf. Cançado Trindade, A.A. *O Estado e as Relações Internacionais: o Domínio Reservado dos Estados na Prática das Nações Unidas e Organizações Regionais*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1979, pp. 27-31.

26 Cf. Dieng, A. *The Protection of Human Rights in Africa* (paper delivered at the Conference on Significance of Regional Human Rights Promises), University College Galway Law Faculty/Irish Centre for the Study of Human Rights, 26.XI.88 (mimeo), pp. 6 y 7.

27 *Ibid.*, pp. 5 y 6.

La frecuencia con que estas contradicciones ocurrían era preocupante. Los líderes africanos usaban el slogan "Respeto por la dignidad humana" para fortalecer la lucha por la independencia, pero lo olvidaban al asumir el poder²⁸.

La década del setenta fue testigo de violaciones condenadas por gobiernos de países de distintos continentes, por ejemplo, la expulsión de Uganda, ordenada por el General Idi Amim Dada, de británicos de origen asiático²⁹ o también la expulsión de Gabón, ordenada por el Presidente Omar Bongo, de ciudadanos de Benin³⁰. A pesar del rechazo de la comunidad internacional, la OUA -basándose siempre, como motivo para este procedimiento, en el respeto por el principio de no injerencia- no se manifestó en ninguno de estos episodios, lo cual, naturalmente, resultó en una gradual neutralización de cualquier simpatía internacional que existía en relación a causas como el antirracismo y el anticolonialismo³¹.

A pesar del excesivo sentimiento de celo por parte de los gobiernos de los Estados africanos en relación con su recién adquirida soberanía³², algunos acontecimientos, tanto de orden interno como externo, proporcionaron una seria reflexión y evaluación de su papel -así como del principio de no injerencia- en el contexto

28 Cf. Esimokhai, E.O. "Towards Adequate Defense of Human Rights in Africa", 21(1) *Indian Journal of International Law* (1981), p. 144.

29 Cf., a propósito, Sharma, V.D. y Wooldridge, F. "Some Legal Questions arising from the Expulsion of the Ugandan Asians", 23(2) *International and Comparative Law Quarterly* (1974), pp. 397-425.

30 Cf., al respecto, Changani, R.C. "Expulsion of Benin Nationals and International Law", 21(1) *Indian Journal of International Law* (1981), pp. 148-154.

31 Cf. Akinyemi, A.B. "The Organization of the African Unity and the Concept of Non-Interference in Internal Affairs of Member-States", 46 *British Yearbook of International Law* (1972/73), p. 393.

32 Cf. del Russo, A.L. *International Protection of Human Rights*, Washington, Lerner, 1971, p. 247.

político africano. Internamente, con excepción de las violaciones cometidas por los Estados, que por sí solas llamaban la atención mundial, tuvo fundamental importancia la caída, en 1978, de tres dictaduras: la del emperador Jean Bokassa, de la República Centro-Africana, la del Presidente Nguéma Macias, de Guinea Ecuatorial, y la del General Idi Amim Dada, de Uganda. Como factor externo de real importancia, se resalta la "cruzada por los derechos humanos" iniciada, en 1979, por el entonces Presidente de USA, Jimmy Carter, como parte de la política externa norteamericana. Los Estados Unidos, así como diversos países occidentales, comenzaron a condicionar sus programas de asistencia al respeto efectivo de los derechos humanos en los países beneficiarios. Todavía a nivel externo, las Naciones Unidas tuvieron un papel de suma importancia, principalmente a través de la promoción de eventos que llamaron la atención sobre la necesidad de conciliar un sistema regional propio para la protección de los derechos humanos en África (*infra*).

Estos acontecimientos condujeron a los Estados africanos a la conclusión ponderada de que solamente con la erosión (por lo menos parcial) del principio de no injerencia y de soberanía³³ sería viable hablar de un sistema eficaz de promoción y protección de los derechos humanos.

Estas fueron las principales barreras superadas, en el contexto de la OUA, para el surgimiento de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos en África.

C) La OUA y la Exégesis de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul)

La Conferencia de Lagos, Nigeria, de 1961, evento de suma importancia histórica de la OUA e igualmente en cuanto a la protección de los derechos humanos, debe ser destacada

33 Esta ya había sido parcialmente renunciada en función de la creación de la OUA; cf. *ibid.*, p. 248.

principalmente por su carácter precursor. De esta Conferencia, en la cual participaron 194 jueces, abogados y profesores de Derecho de 23 países africanos, así como de 9 países fuera del continente, una de las declaraciones de mayor importancia es la que afirma:

b) Que, con el objetivo de dar total aplicación a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, esta Conferencia invita a los Gobiernos africanos a que estudien la posibilidad de que se adopte una Convención Africana de Derechos Humanos, de tal forma que las Conclusiones de esta Conferencia sean amparadas a través de la creación de una Corte de jurisdicción apropiada, a la cual todas las personas bajo la jurisdicción de los países signatarios tendrán recurso³⁴.

Sólo después de dos décadas se implementó, aunque parcialmente, este dispositivo³⁵.

En mayo de 1963, en la Conferencia de los Jefes de Estado y de Gobierno Africanos, cuando treinta Estados africanos firmaron la Carta Constitutiva de la OUA, la propuesta de una Convención Africana de Derechos Humanos fue discutida nuevamente. Sin embargo, los gobernantes africanos prefirieron desviar sus esfuerzos hacia otros asuntos, considerados prioritarios³⁶.

Desde la institucionalización de la OUA hasta la segunda mitad de la década de los setenta, todas las acciones dirigidas a la protección de los derechos humanos se limitaron a seminarios y

34 Cf., sobre la Conferencia en general, *African Conference on the Rule of Law* (Lagos, Nigeria, 3-7.I.61: A Report on the Proceedings of the Conference), Geneva, International Commission of Jurists, 1961.

35 Otros, por ejemplo el establecimiento de la Comisión Africana de Juristas, afiliada a la Comisión Internacional de Juristas, fueron implementados en un corto espacio de tiempo; cf. Elias, T.O. *New Horizons in International Law*, Alphen aan den Rijn/New York, Sijthoff/Oceana, 1979, p. 165.

36 Cf. del Russo, A.L. *op. cit.* nota 32, p. 248.

conferencias cuyos intentos operativos de protección se vieron obstaculizados por los principios de no injerencia y de soberanía. El pensamiento de varios intelectuales era el de que estos eventos de carácter académico no producían los resultados positivos esperados, volviéndose poco probable una transformación de perspectivas y prevaleciendo, por tanto, el pesimismo³⁷.

No obstante, en 1978, una resolución promovida por Nigeria fue adoptada en la sesión de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, cuyo propósito era precisamente solicitar a las Naciones Unidas asistencia para el establecimiento de instituciones regionales de derechos humanos³⁸.

Después de transcurrido casi un año, durante la 16ª Conferencia de los Jefes de Estado y de Gobierno Africanos, realizada en Monrovia, Liberia, del 17-20 de julio de 1979, el Presidente Leopold Sedar Senghor, de Senegal, propuso una Resolución que culminó en la Decisión 115/XVI (1979). Esta ponderaba la preparación de un bosquejo preliminar por un grupo de expertos, de una Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la cual vislumbraría, *inter alia*, el establecimiento de órganos para la promoción y protección de dichos derechos³⁹.

De inmediato, entre el 10 y 21 de septiembre de 1979, a pedido de la Asamblea General y de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, y a invitación del gobierno de Liberia, el Secretario General de las Naciones Unidas organizó en Monrovia un seminario sobre el establecimiento de comisiones regionales de derechos humanos, con especial referencia al África. Una de sus más importantes conclusiones sustenta que el principio de la no

37 Cf., a este propósito, Bello, E.G. "Human Rights: The Rule of Law in Africa", 30(3) *International and Comparative Law Quarterly* (1981), pp. 631 y 632.

38 Cf. Bello, E.G. *op. cit.* nota 22, p. 26.

39 Cf. *ibid.*, p. 28 y Dieng, A. *op. cit.* nota 26, p. 10.

injerencia en los asuntos internos de un Estado soberano no debería excluir la acción internacional al ocurrir violación de derechos humanos⁴⁰. No obstante, se consideró que la función principal de la Comisión Africana de Derechos Humanos debería ser primariamente promocional, puesto que se constituiría en la información a la población de sus derechos⁴¹.

Fue en Dakar, del 28 de noviembre al 8 de diciembre de 1979, que el grupo de expertos, mencionado en la decisión 115/XVI (1979), se reunió con el objetivo de preparar un bosquejo preliminar de la Carta Africana. Se sorprendieron al encontrarse con un borrador hecho con anterioridad por el Secretario de la OUA y que contenía dispositivos semejantes a los de las Convenciones Europea y Americana de Derechos Humanos⁴². Al revisar la situación, la consultoría jurídica de la OUA y el grupo de expertos llegaron a la conclusión que la OUA necesitaba de un instrumento de derechos humanos diferente y especial, el cual tratara específicamente los problemas africanos; con énfasis en los derechos de los pueblos, en los deberes de los individuos, en el órgano que promovería y protegería los derechos mencionados en la Carta, en la creación de obligaciones pertinentes a la seguridad del Estado y en los métodos de aplicación de los dispositivos de la Carta⁴³. Otros factores que influyeron en la redacción de la Carta fueron *inter alia* la necesidad de darle importancia al principio de no discriminación, de enfatizar los principios y objetivos de la OUA, de demostrar que la moral y los valores africanos todavía tienen importancia en la sociedad africana, así como de dar el merecido énfasis a los derechos económicos, sociales y culturales⁴⁴.

40 Cf. D'sa, R.M. "The African Charter on Human and Peoples' Rights: Problems and Prospects for Regional Action", 10 *Australian Yearbook of International Law* (1987), p. 105.

41 *Ibid.*, pp. 105 y 106.

42 Cf. Bello, E.G. *op. cit.* nota 22, p. 28.

43 *Ibid.*

44 Cf. O. Ojo y A. Sessay, *op. cit.* nota 15, pp. 93 y 94.

Una vez concluido el bosquejo preliminar de la Carta Africana, el Secretario General de la OUA convocó una reunión ministerial para aprobarlo. Esta tuvo lugar en Banjul, Gambia, del 9-15 de junio de 1980. En este período, apenas 11 artículos fueron revisados y adoptados. Esto se dio, como bien lo explica Emmanuel G. Bello, en función de dificultades principalmente psicológicas, pudiéndose mencionar, por ejemplo, la falta de consenso entre las delegaciones en cuanto al respeto de la definición política de los derechos humanos, la atmósfera de desconfianza entre las delegaciones y la postura cautelosa, que prefería mantener el *status quo* y no avanzar progresivamente⁴⁵.

Frente al relativo fracaso de esta primera reunión ministerial, otra fue convocada a realizarse entre el 7 y el 19 de enero de 1981, nuevamente en Banjul: 40 de los hasta entonces 50 Estados miembros de la OUA participaron en esta segunda reunión, donde todos los artículos remanentes fueron revisados y aprobados.

En la 18ª Conferencia de los Jefes de Estado y Gobiernos de la OUA, realizada del 17 al 26 de junio de 1981 en Nairobi, Kenia, se procedió a la aprobación *in toto* de la Carta Africana que a partir de entonces permaneció abierta a suscripción, adhesión y ratificación de los Estados miembros de la OUA⁴⁶.

II ANÁLISIS DE LA CARTA DE BANJUL

Poco más de cinco años después de la apertura a la suscripción, entraba en vigor, el 21 de octubre de 1986, la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos⁴⁷. Este lapso fue mu-

45 *Op. cit.* nota 22, p. 30.

46 Procedimientos reglamentados por el artículo 63 de la Carta Africana.

47 Ha habido una considerable incertidumbre con respecto al título de la Carta Africana. Originalmente era "La Carta Africana de los Derechos Humanos y

cho menor de lo esperado por muchos estudiosos, quienes a través de sus escritos se mostraban escépticos en relación con las posibilidades de su pronta vigencia⁴⁸.

La Carta Africana está dividida en un Preámbulo y tres Partes. Tratan éstas, respectivamente, de los Derechos y Deberes, de las Medidas de Amparo y de las Disposiciones Diversas⁴⁹. El análisis que se sigue respetará, por opción didáctica, el mismo orden encontrado en el instrumento en estudio.

A) El Significado del Preámbulo de la Carta de Banjul

El Preámbulo de la Carta de Banjul merece importancia especial al analizarlo. Sirve como un guía para los temas que son tratados en él⁵⁰, ya que fué concebido como un dispositivo orientador de la especificidad de los problemas africanos pertinentes a los derechos humanos⁵¹.

de los Pueblos"; sin embargo, como en la 37ª Sesión del Consejo de Ministros, algunos Estados manifestaron que este título podría ser confundido con el de la Carta de la Organización de la Unidad Africana (1963), los Jefes de Estado y de Gobierno lo cambiaron por "Carta de Banjul de Derechos Humanos y de los Pueblos" -puesto que fue precisamente en Banjul, Gambia, que se realizaron las reuniones ministeriales que resultaron en el texto final del referido instrumento (*supra*). No obstante, en reciente publicación de la Carta, la OUA mantuvo el título original; cf., al respecto, Gittleman, R. "The African Charter on Human and Peoples' Rights: A Legal Analysis", 22(4) *Virginia Journal of International Law* (1982), p. 667. Debido a lo expuesto, se utilizaron, en el desarrollo de este artículo, ambas denominaciones (cf. *supra* nota 1).

48 Cf. *inter alia* Ojo, O. y Sessay, A. *op. cit.* nota 15, p. 101 y Gittleman, R. "The African Commission on Human and Peoples' Rights: Prospects and Procedures", in H. Hannum (ed.), *Guide to International Human Rights and Practice*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1984, pp. 154 y 160.

49 Carta Africana, Arts. 1-29, Arts. 30-63 y Arts. 64-68, respectivamente.

50 Cf. Gittleman, R. *op. cit.* nota 47, p. 677.

51 Cf. Bello, E.G. *op. cit.* nota 22, p. 140.

Todavía, a pesar de constar en el Preámbulo los conceptos africanos concernientes a los derechos humanos y de los pueblos, se debe resaltar que la prudencia hizo que estas nociones no se desviaran mucho de las normas solemnemente adoptadas en varios instrumentos internacionales, con los cuales diversos Estados africanos ya se habían comprometido⁵². De esta manera, se puede afirmar que la Carta Africana, como consecuencia, fue estructurada dentro de un esfuerzo por combinar valores universales con preocupaciones, tradiciones y condiciones africanas⁵³.

No obstante estos esfuerzos, no se puede negar que, a pesar de admitir la mayoría de las normas de los derechos humanos, ciertos valores africanos sirven como un obstáculo para algunos derechos contemporáneos⁵⁴. Ejemplo pertinente es el que se refiere a la democracia. El entonces Secretario General de la OUA, en el momento de la creación de la Carta Africana, afirmaba que ésta rechazaba el argumento de que la experiencia democrática fuese incompatible con la historia de las naciones africanas, una vez que su Preámbulo reconocía la dimensión universal de los derechos humanos, tanto los civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales⁵⁵. Sin embargo, cuando se compara la Carta de Banjul con otros instrumentos regionales, se nota que es la única que no se refiere a la democracia representativa y pluralista como único sistema político que viabiliza el cumplimiento de los derechos humanos...⁵⁶

52 Cf. *The Organization of African Unity and Human Rights* (A.I. Series "Protecting Human Rights: international procedures and how to use them"), London, Amnesty International, 1991 (mimeo), p. 10.

53 Cf. van Boven, Theo. "The Relations between Peoples' Rights and Human Rights in the African Charter", 7(2/4) *Human Rights Law Journal* (1986), p. 186.

54 Cf. nota 8 y Gittleman, R. *op. cit.* nota 47, p. 675.

55 Cf. Kodjo, E. *op. cit.* nota 14, p. 276.

56 Cf. Gros Espiell, H. *op. cit.* nota 3, p. 36. A propósito de la importancia del sistema democrático de gobierno para la promoción y protección de los

Siendo así, se debe tener cierta precaución en la lectura del Preámbulo de la Carta de Banjul, tratando siempre de determinar la dimensión jurídico-política de lo que dispone así como también entender el contexto en el cual fue escrito.

La función de guía, que el Preámbulo de la Carta Africana ejerce (*supra*), introduce algunos dispositivos que son objeto de normatización en el transcurso de aquella. Se puede mencionar, *inter alia*, el principio de la no discriminación, el respeto al derecho de los pueblos, al derecho a la autodeterminación, el derecho al desarrollo y el cumplimiento de los deberes individuales. Estos dispositivos y otros de interés temático -como los relativos a las medidas internas necesarias para la aplicación de los derechos, deberes y libertades enunciadas en la Carta o a las cláusulas de reserva- serán analizados en el capítulo que sigue, relativo al carácter normativo de la Carta de Banjul.

B) El Carácter Normativo de la Carta de Banjul

La Parte I está dividida en dos capítulos. El Capítulo I trata de los derechos humanos y de los pueblos.

El artículo 1º, al comprometer a los Estados partes a que adopten las medidas necesarias (legislativas y otras) para la aplicación de los derechos, deberes y libertades enunciadas en la Carta de Banjul, automáticamente por ellas reconocidas, tiene importancia fundamental. Se trata de una obligación positiva, que se adhiere a la imposición implícita de respetar lo convenido por la Car-

Derechos Humanos, cf. *inter alia* *Democracy and Human Rights (Proceedings of the Colloquy of Thessaloniki, 24-26.IX.87)*, Kehl/Strasbourg, Engel/Council of Europe, 1990 y J.H. Fischel de Andrade, "Da Relação Simbiótica entre Democracia e Direitos Humanos à Luz do Direito Internacional", 16(2) *Contexto Internacional* -Revista do Instituto de Relações Internacionais da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (1994), pp. 295-307.

ta. Esto no altera su visión dualista, la cual hace que el desarrollo legislativo de los Estados-partes pueda afectar todos los derechos y libertades consagrados en la Parte I de la Carta de Banjul⁵⁷.

El artículo 2º. fue redactado de manera similar al referente al derecho a la no discriminación en los demás instrumentos internacionales⁵⁸, ya que no reconoce este derecho *per se*, vinculando necesariamente al goce de los derechos y de las libertades reconocidos por la Carta. No obstante, se encuentra el artículo 2º complementado significativamente por el artículo 18 -que trata sobre la eliminación de toda discriminación contra la mujer- y el artículo 28 -que pondera el deber de los individuos de respetar y considerar a sus semejantes sin ninguna discriminación. La prohibición a la discriminación, sin un vínculo necesario con el goce de los derechos humanos mencionados en la Carta, es un propósito avanzado, que no encuentra protección ni en la Convención Europea ni en la Americana. Se debe mencionar, del mismo modo, la particularidad del artículo 2, al incluir entre los motivos de no discriminación la distinción étnica -que tampoco consta en los demás instrumentos internacionales⁵⁹ -lo que de cierta forma complementa los dispositivos pertinentes al derecho de los pueblos.

Los artículos 3º a 18º tratan de desarrollar los derechos individuales, los cuales los Estados partes se comprometen respetar. Varios de éstos⁶⁰ contienen cláusulas de protección, de reserva (*clawback clauses*). Por ejemplo, cláusulas que permiten la suspen-

57 Cf. Castro-Rial Garrone, "La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos", 36(2) *Revista Española de Derecho Internacional* (1984), p. 501.

58 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), Art. 2º; Convención Americana sobre Derechos Humanos -en adelante "Convención Americana" -, Art. 1º; Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales" -en adelante "Convención Europea" -, Art. 14.

59 Cf. *ibid.*.

60 Carta Africana, Arts. 6º, 8º, 10, 11, 12 y 14.

sión o violación de los derechos enunciados basadas en determinados imperativos públicos, estampados en la legislación doméstica.

Es interesante notar que la Carta de Banjul no recurre a las cláusulas de derogación, que se encuentran presentes en diversos otros instrumentos⁶¹. Estas pretenden definir, meticulosamente, los límites de acción estatal en situaciones de emergencia, es decir, cuando el Estado está más en condiciones de violar los derechos humanos⁶². De esta forma, las cláusulas de derogación tienen una aplicación *ratione temporis* y *situationis* determinada por el propio instrumento de protección, además de posibilitar el control externo con relación a la pertinencia de la violación o suspensión de los derechos -ejercido normalmente por el órgano de implementación- que sería, en el caso de la Carta de Banjul, la Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (*infra*).⁶³

A pesar de que hay autores que definen las cláusulas de derogación como un tipo de cláusulas de amparo⁶⁴, se cree que el mejor entendimiento es lo que las distingue. De esta manera, las cláusulas de derogación estarían propensas a permitir la suspensión o violación de ciertas obligaciones en circunstancias de guerra o de emergencia pública, mientras que, por otro lado, las cláusulas de reserva darían libertad para el mismo procedimiento sólo que en circunstancias normales⁶⁵. Esta característica de las cláusulas de reserva comprometen considerablemente la eficaz aplica-

61 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), Art. 4º; Convención Americana, Art. 27; Convención Europea, Art. 15.

62 Cf. Gittleman, R.*op. cit.* nota 47, p. 692.

63 En adelante "Comisión Africana" o "Comisión".

64 Cf. inter alia Hartman, J.F. "Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergencies: A Critique of Implementation by the European Commission and Court of Human Rights and the Human Rights Committee of the United Nations", 22(1) *Harvard International Law Journal* (1981), pp. 5 y 6.

65 Cf. Higgins, R. "Derogations under Human Rights Treaties", 48 *British Yearbook of International Law* (1976-77), pp. 281 y 282.

ción de los dispositivos de la Carta Africana, principalmente en relación a los derechos civiles y políticos⁶⁶, debido a los poderes discrecionales de los Estados partes -lo que, naturalmente, las vuelven menos precisas. En función de la fragilidad político-jurídica de las cláusulas de reserva, no es posible en el presente artículo concordar con la afirmación de que su redacción, como sustentan algunos autores⁶⁷, volvió innecesaria la inclusión de una cláusula derogativa. Esta, a pesar de la existencia de cláusulas de reserva, debe tener su existencia asegurada en todos los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos⁶⁸, para que se les de mayor precisión. En la hipótesis de que aparezca una duda con relación a la legitimidad de la violación o suspensión de un derecho, previsto en la Carta Africana, llevada a cabo por la legislación nacional de uno de los Estados-partes, corresponderá a la Comisión Africana interpretar su validez⁶⁹. Al hacerlo, se recurrirá al artículo 60 de la Carta de Banjul, según el cual:

La Comisión se inspira en el Derecho Internacional relativo a los derechos humanos y de los pueblos, principalmente en las disposiciones de los diversos instrumentos africanos relativos a los derechos humanos y de los pueblos, en las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, de la Carta de la Organización de la Unidad Africana, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en las disposiciones de los otros instrumentos adoptados por las Naciones Unidas y por los países africanos en el área de los derechos humanos y de los pueblos, así

66 Cf. D'Sa, R.M. *op. cit.* nota 40, p. 129.

67 Cf. D'Sa, R.M. "Human and Peoples' Rights: Distinctive Features of the African Charter", 29(1) *Journal of African Law* (1985), pp. 75 y 76.

68 A excepción de los atinentes al derecho internacional humanitario, que tiene su aplicación exactamente en situaciones calificadas como "de emergencia".

69 Carta Africana, Art. 45(3).

como en las disposiciones de diversos instrumentos adoptados en el centro de las agencias especializadas de las Naciones Unidas de la cual son miembros las Partes de la presente Carta..

Así, no solamente es razonable sino también jurídicamente legítimo acudir a los patrones establecidos por las Naciones Unidas cuando las disposiciones de la Carta Africana carezcan de claridad y precisión. Por lo tanto, cuando la Comisión Africana analice hasta qué punto una ley nacional de un Estado-parte puede violar o suspender un derecho protegido por la Carta Africana, el dispositivo y la jurisprudencia pertinentes, por ejemplo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) -si el Estado violador está con él comprometido⁷⁰- deberán servir de subsidio para la opinión final. Existen, al respeto, autores que afirman que la influencia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) debe darse de igual manera cuando los Estados partes de la Carta Africana no estén con él comprometidos⁷¹. Parece, por lo tanto, que la única manera de restringir el amplio margen de apreciación que se concedió a los Estados-partes con relación a las cláusulas de reserva, es el confrontamiento con los dispositivos y la jurisprudencia de los otros instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos⁷².

70 Mitad de los Estados partes de la Carta Africana lo están, cf. A.A. Cançado Trindade, *op. cit.* nota 1, pp. 644-647, o J.-B. Marie, "International Instruments Relating to Human Rights: Classification and Status of Ratifications as of 1 January 1992", 13(1/2) *Human Rights Law Journal* (1992), p. 60.

71 Cf. Gittleman, R. *op. cit.* nota 48, p. 160.

72 Cf., para un exhaustivo estudio de las medidas procesales internacionales de protección de los derechos humanos, siendo dado un especial énfasis a su coordinación y coexistencia, Cançado Trindade, A.A. "Co-Existence and Co-Ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (at global and regional levels)", 202(II) *Recueil des Cours de la Académie de Droit International de la Haye* (1987), pp. 9-435.

La Carta Africana, que reconoce los derechos humanos y los derechos de los pueblos en su relación dialéctica⁷³, incluye estos últimos en sus artículos 19 al 24.

A pesar de que la Carta Africana es el único instrumento internacional coherente, a nivel global o regional, que hace mención normativa de los derechos de los pueblos, existe una serie de documentos de las Naciones Unidas que lo hicieron anteriormente. Hay varios ejemplos como, *inter alia*, la propia Carta de la ONU, la cual reconoce en su artículo 1(2) el derecho de todos los pueblos a la autodeterminación; la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos (Declaración de Argelia), que elaboró una lista de los mencionados derechos⁷⁴, y la Resolución 32/130 de la Asamblea General, del 16 de diciembre de 1977, que en su párrafo 1.c) afirma que "*Todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de la persona humana y de los pueblos son inalienables*". Sin embargo, a pesar de que las Naciones Unidas han tenido un papel muy importante en la conceptualización de los derechos humanos y en la promoción del derecho de los pueblos, no hubo preocupación por evitar las mezclas terminológicas⁷⁵.

La Carta Africana, a su vez, no definió lo que se entiende por "pueblos", lo que ciertamente hubiera retardado su preparación, en función de las interminables discusiones que tendrían lugar. No obstante, algunos de sus dispositivos tienen importancia extrema para poder comprender lo que la Carta de Banjul considera co-

73 Cf. United Nations, *Manual on Human Rights Reporting*, Geneva/New York, UN Centre for Human Rights/UN Institute for Training and Research, 1991 (Doc. HR/PUB/91/1), p. 5.

74 Con relación a la importancia de la Declaración de Argelia, así como para referencias bibliográficas, cf. Kiwanuka, R.N. "The Meaning of 'People' in the African Charter on Human and Peoples' Rights", 82(1) *American Journal of International Law* (1988), pp. 81, 83, 99 y 101.

75 Cf. Marie, J.-B. "Relations between Peoples' and Human Rights: Semantic and Methodological Distinctions", 7(2/4) *Human Rights Law Journal* (1986), p. 196.

mo pueblos -para lo cual se debe entender qué son derechos de los pueblos. En su cuarta cláusula preambular, la Carta dicta:

Reconociendo que, por un lado, los derechos fundamentales del ser humano se basan en los atributos de la persona humana, lo que justifica su protección internacional y que, por otro lado, la realidad y el respeto de la realidad de los pueblos deben necesariamente garantizar los derechos humanos...

Esta afirmación tiene dos elementos significativos: primero, se refiere a los derechos humanos como un atributo de la persona humana, o sea, los derechos humanos son inalienables y pertenecen intrínsecamente a la persona humana; segundo, los derechos de los pueblos y los derechos humanos no están en conflicto o en competencia entre ellos, siendo por lo tanto conceptos complementarios⁷⁶. A pesar de este esfuerzo analítico, la realidad es que los dispositivos pertinentes a los derechos de los pueblos, que constan en la Carta de Banjul, son vagos, caracterizados por la retórica, lo que provoca mucho más confusión que buena interpretación⁷⁷, siendo perjudicado el deseo de conceptualización de "pueblo".

A pesar de no ser admitida universalmente, la definición dada por Aureliu Cristescu, Relator Especial de la Sub-Comisión Especial para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías, es un instrumento de auxilio conceptual. El afirma que los elementos de la noción de pueblo son los siguientes:

- a) El término 'pueblo' denota una existencia social que posee una clara identidad y características propias;

76 Cf. van Boven, Theo *op. cit.* nota 53, pp. 188 y 189.

77 Cf. Neff, S.C. "Human Rights in Africa: Thoughts on the African Charter on Human and Peoples' Rights in the Light of Case Law from Botswana, Lesotho and Swaziland", 33(2) *International and Comparative Law Quarterly* (1984), p. 347.

- b) existe una relación con el territorio, aún si el pueblo en cuestión fue erróneamente expulsado de él, y artificialmente substituído por otra población;
- c) un pueblo no debe ser confundido con minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, cuya existencia y derechos son reconocidos en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁷⁸

A partir de esta noción de pueblo, dada por un experto en el ámbito global, se trataría una vez más de trasladar esa definición tomando en cuenta el contexto africano que, como fue analizado, no la consideró en la Carta⁷⁹. No es el propósito del presente trabajo hacerlo; de cualquier manera se considera necesario advertir al lector que, sin colocar en peligro el principio de la universalidad de los derechos humanos, el concepto africano de pueblos se alejará muy probablemente de los postulados de la teoría de los derechos naturales -que enfocan especialmente los derechos humanos bajo un prisma individualista⁸⁰.

Aunque se haya escrito mucho sobre la falta de definición de lo que es pueblo, parece que los problemas principales que deberá enfrentar la Comisión Africana no se refieren tanto a este vacío, o a los derechos colectivos *per se* sino al balance entre éstos y los

78 Cf. Cristescu, A. *The Right to Self-Determination: Historical and Current Developments on the Basis of United Nations Instruments*, New York, U.N., 1981 (Sales Nº E80.XIV.3), paraf. 279.

79 Existen autores que afirman que la noción de pueblo en el contexto africano trata de reconciliar los intereses del grupo con aquéllos del pueblo como un todo; cf. Umozurike, M.U.O. *The African Charter on Human and Peoples' Rights*, Strasbourg, International Institute of Human Rights (20th Study Session), 1989, p. 4.

80 Al respecto, así como para una discusión sobre los distintos enfoques conceptuales regionales de derechos humanos, cf. J.A.M., "African Values and the Human Rights Debate: An African Perspective", 9(2) *Human Rights Quarterly* (1987), pp. 309-331 y Panikkar, R. "Is the Notion of Human Rights a Western Concept?", XVII(1-2) *Interculture* (1984), pp. 27-47 o *ibid.* 120 *Diógenes* (1982), pp. 75-102.

derechos individuales en casos específicos⁸¹. Además, existe cierta dificultad en imaginar cómo los derechos de los pueblos serán capaces de formar las bases de reclamaciones frente el órgano mencionado⁸², dificultad que parece no existir en el área de los derechos individuales.

Estrictamente hablando, los derechos individuales no existen en el área de los derechos humanos en mayor medida que los derechos colectivos (de los pueblos); o sea, todos los derechos son individuales, porque en último análisis son relativos a los individuos y, al mismo tiempo colectivos, debido a sus medios de reconocimiento, de ejercicio y de protección⁸³. No obstante, hay que diferenciarlos con el objetivo de una mejor protección, lo que no excluye el carácter artificial de este desmembramiento.

Al afirmarse *inter alia* que todo pueblo tiene derecho a la existencia y a la autodeterminación, el artículo 20 de la Carta Africana avanza hacia uno de los principales propósitos de este instrumento. A pesar de que el derecho a la autodeterminación haya aparecido en el Derecho Internacional en el siglo XIX, como un principio esencialmente político y a pesar de haber tenido un papel importante durante la primera Guerra Mundial -bajo la influencia del Presidente Wilson y de disturbios internos que llevaron a la creación de la Unión Soviética-, fue tan sólo en la década de 40 que la formulación contemporánea del mencionado derecho fue delineada⁸⁴. Aún habiendo ocurrido esto anteriormente a la estructuración de los sistemas regionales de derechos humanos, los únicos instrumentos que mencionan el derecho a la autodeterminación son los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y

81 Cf. Neff, S.C.*op. cit.* nota 77, p. 333.

82 *Ibid.*, p. 332.

83 Cf. Marie, J.-B.*op. cit.* nota 75, p. 199.

84 Cf. Kiss, A.-Ch. "The Peoples' Right to Self-Determination", 7(2/4) *Human Rights Journal* (1986), p. 165.

Culturales y de Derechos Civiles y Políticos (ambos de 1966)⁸⁵, quedándose silentes, en cuanto a este derecho, tanto la Convención Europea como la Americana.

El derecho a la autodeterminación ya había sido vislumbrado en la Carta de la OUA⁸⁶. Es éste, a propósito, su único dispositivo (fuera de algunas cláusulas preambulares *-supra-*) que lo trata, aunque tangencialmente, como tópico pertinente a los derechos humanos. Por la práctica de esta Organización, así como por conclusiones que pueden ser hechas en virtud de su Carta constitutiva, es improbable que el derecho a la autodeterminación, en ella estipulada, pueda ser considerado como un impedimento para la secesión de un Estado africano independiente⁸⁷.

Dividiéndose la autodeterminación en política y económica, se deduce que aquélla fue aplicada con éxito por la mayoría de los Estado soberanos africanos, lo que no se puede decir de ésta⁸⁸. Seguramente es esta razón la que induce la redacción de los dispositivos sobre la libre disposición, que los Estados africanos tienen de sus riquezas y de sus recursos naturales; de indemnización, en caso de expropiación; de eliminación de todas las formas de explotación económica extranjera; del derecho al desarrollo económico, social y cultural; del goce igual del patrimonio común de la humanidad; del derecho a la paz y a la seguridad; del principio de la solidaridad y de las relaciones amistosas; así como del derecho a un medio ambiente general satisfactorio, propicio a su desarrollo⁸⁹.

85 Cf. Art. 1º de ambos Pactos.

86 Carta de la OUA, Art. III(3).

87 Cf. *inter alia* Gittleman, R. op. cit. nota 47, p. 679 y R.M. D'Sa, op. cit. nota 40, p. 129.

88 Cf. Gittleman, R. op. cit. nota 47, p. 680.

89 Carta Africana, Arts. 21, 22, 23 y 24.

La progresiva realización de los derechos económicos, sociales y culturales condiciona el ejercicio, por parte de los Estados africanos, de su derecho a la autodeterminación económica.

Fue también, teniendo en cuenta esta misma autodeterminación, que se insertó, en la Carta Africana, el derecho al desarrollo. Teniendo o no sus orígenes en la influencia ejercida por la práctica de las Naciones Unidas⁹⁰, la verdad es que el derecho al desarrollo, en el contexto africano -así como en el de los países en desarrollo- tiene como objetivo servir como un instrumento de cambio, que busca una sociedad más justa y humana; al contrario del enfoque dado por los países desarrollados, que ven en él -en parte, y en los derechos humanos en general- un medio de preservar el *status quo*, manteniendo, por lo tanto, un posicionamiento mucho más defensivo y cauteloso⁹¹.

El derecho al desarrollo, inicialmente concebido como un derecho de las comunidades sometidas a la dominación colonial extranjera⁹², fue elaborado de tal modo que su enfoque contemporáneo vincula a todos los países en desarrollo con el nuevo orden económico internacional⁹³. Es exactamente este aspecto que surge como paradoja, puesto que los países desarrollados, que propagan la protección de los derechos humanos, no se encuentran dispuestos a la división necesaria de riquezas que resultaría del desarrollo y la consecuente disminución de las violaciones de derechos humanos. Este es ciertamente el motivo principal que hizo que el

90 Cf. Buergenthal, Th. *International Human Rights in a Nutshell*, St. Paul (Minn.), West, 1988, p. 173.

91 Cf. van Boven, Theo "The Right to Development and Human Rights", 28 *Review of the International Commission of Jurists* (1982), p. 50.

92 Cf. Gros Espiell, H. "El Derecho al Desarrollo como un Derecho de la Persona Humana", 37 *Boletín Mexicano de Derecho Internacional* (1980), p. 39.

93 Cf. van Boven, Theo *op. cit.* nota 91, p. 52.

derecho al desarrollo solamente encontrara protección convencional en la Carta Africana.

El componente económico del derecho al desarrollo no debe necesariamente prevalecer sobre los demás; finalmente no es sólo el crecimiento económico el que refleja el desarrollo. Este no tiene un patrón uniforme, pues se deben siempre observar las características, la herencia, el pasado cultural de los diferentes grupos que habitan el mundo⁹⁴; como bien alienta el propio Preámbulo de la Carta de Banjul al afirmar que se deben tener "en cuenta las virtudes (de las) tradiciones históricas y (de los) valores de la civilización africana que deben inspirar y caracterizar las (...) reflexiones sobre la concepción de los derechos humanos y de los pueblos". Se debe destacar, además, que no es solamente con la autodeterminación que el derecho al desarrollo se relaciona; todos los derechos enunciados en la Carta Africana están comprendidos por varios y numerosos aspectos⁹⁵.

El Capítulo II de la Parte I de la Carta de Banjul comprende los artículos 27-29, que tratan de los deberes individuales. En la África tradicional, los derechos son inseparables de la idea de deber, puesto que sus sociedades, frente al ideal de la igualdad y la libertad, prefieren las relaciones constituidas, de protección atenta y subordinación respetuosa⁹⁶. De esta forma, el entendimiento africano es el de que hay un nexus derechos-deberes, siendo que éstos se fundan en el servicio de una comunidad integrada⁹⁷.

Además de la Carta africana, el único instrumento internacional convencional de protección de los derechos humanos que estipula deberes a ser observados por los individuos, es la Conven-

94 *Ibid.*, p. 53.

95 Cf. van Boven, Theo *op. cit.* nota 53, p. 188.

96 Cf. M'Baye, K. *op. cit.* nota 19, p. 621.

97 Cf. Dieng, A. *op. cit.* nota 26, p. 11.

ción Americana de Derechos Humanos⁹⁸, que solamente menciona los deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.⁹⁹ Los precursores de la Carta Africana, por considerar los dispositivos de la Convención Americana vagos y sin sentido¹⁰⁰, proveyeron para ella una redacción más precisa. El resultado son preceptos que no encuentran respaldo en la realidad, cuando no resultan retrógrados¹⁰¹. Ni todos los deberes son pasibles de ser implementados, lo que los transforma en una guía de moral o código de conducta a ser seguido por los ciudadanos africanos¹⁰².

Al analizar los propósitos reales de los deberes enunciados en la Carta Africana, dos categorías amplias son establecidas, una que engloba los deberes que pueden ser considerados como correlativos de derechos y otra que restringe el goce de algunos derechos -o sea, dispositivos limitadores, disfrazados de deberes¹⁰³-. Esta segunda categoría padece de la misma problemática relativa a las cláusulas de reserva (*supra*), puesto que la extensión de los deberes no es establecida, quedando así a disposición de la libre discreción de los Estados partes¹⁰⁴. Se puede, por lo tanto, concluir

98 Art. 32; cf., a este propósito, M.G.M. Cabra, "Rights and Duties Established by the American Convention on Human Rights", 30(1) *American University Law Review* (1980), pp. 21-63.

99 Como instrumento no convencional, se puede citar la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), que en el Capítulo Segundo (Arts. 29-38) dispone *inter alia* sobre los deberes pertinentes a la ley, a los servicios civiles y militares, a los impuestos y al trabajo; y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948), que no fue más allá de la afirmativa de que "Toda persona tiene deberes para con la comunidad, en la cual el libre y pleno desarrollo de su personalidad es posible"(Art. 29(1)).

100 Cf. Gittleman, R.*op. cit.* nota 47, p. 677.

101 Cf. Ojo y Sessay, *op. cit.* nota 15, p. 99.

102 Cf. D'Sa, R.M.*op. cit.* nota 40, p. 129.

103 Cf. Buergenthal, Th.*op. cit.* nota 90, p. 178.

104 Cf. *inter alia* los Art. 29(3), (4) y (5) de la Carta Africana.

que el catálogo de deberes proclamado por la Carta de Banjul trae consigo un serio riesgo de abuso por parte de los Estados participantes en ella¹⁰⁵.

C) Composición, Organización y Competencia de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos

Como sus instrumentos análogos regionales¹⁰⁶, la Carta Africana crea, para promover y asegurar la protección de los derechos humanos y de los pueblos en África -o sea, como órgano de su propia implementación-, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos¹⁰⁷. Esta fue establecida en julio de 1987, en la 23ª Sesión de la Conferencia de los Jefes de Estado y de Gobierno de la OUA -la primera entrada en vigor de la Carta de Banjul-, que tuvo lugar en Addis Abeba, Etiopía.

Los artículos 31-44, que comprenden el Capítulo I de la Parte II, denominada "De las Medidas de Amparo", tratan de los detalles pertinentes a su composición y a su organización. La Comisión, compuesta por 11 miembros, no debe necesariamente estar compuesta por juristas, ya que sus integrantes sólo tiene que poseer, simplemente, competencia en materia de derechos humanos y de los pueblos¹⁰⁸. Al establecerse que el ejercicio de sus funciones debe hacerse a título personal¹⁰⁹, se decide establecer una independencia entre los miembros de la Comisión y sus Estados de

105 Cf. Umozurike, U.O. *op. cit.* nota 25, p. 911.

106 Convención Americana, Arts. 33-51 y Convención Europea, Arts. 19-37.

107 Para sus Reglas de procedimiento, adoptadas el 13.II.88, cf. "Rules of Procedure of the African Commission on Human and Peoples' Rights", in United Nations, *The African Charter on Human and Peoples' Rights*, New York/Geneva, U.N. Centre for Human Rights, 1990, pp. 21-49 (Doc. HR/PUB/90/1).

108 Convención Africana, Art. 31(1).

109 *Ibid.*, art. 31(2).

origen; lo que no excluye la posibilidad de un miembro de sentirse coaccionado por su Estado en el ejercicio de sus funciones, en caso de que se posicione en contra de éste¹¹⁰. Los miembros de la Comisión, que no pueden tener más de un natural de cada Estado¹¹¹, son elegidos secretamente por la Conferencia de los Jefes de Estado y de Gobierno de la OUA de una lista presentada por los Estados partes de la Carta de Banjul¹¹². Interesante observar que los candidatos tienen que ser nacionales de los Estados partes de la Carta Africana, pero no necesariamente del Estado que los elige¹¹³. Este dispositivo posibilita la participación, en el trabajo de la Comisión -la cual, en verdad, trasciende las fronteras nacionales¹¹⁴ - de renombrados expertos, cuyos países de origen evitarían la candidatura de sus nombres, probablemente por razones políticas. La realización de la elección de los miembros de la Comisión Africana por la mencionada Conferencia de la OUA ha sido criticada por muchos autores¹¹⁵, principalmente por las vicisitudes políticas, puesto que también tienen voto decisorio los Estados miembros de la OUA que no son partes de la Carta Africana. Los miembros de la Comisión, que son elegidos por un período de seis años -con la posibilidad de reelección¹¹⁶, gozan de los privilegios e inmunidades diplomáticas previstos en la Convención sobre Privilegios e Inmunidades de la OUA¹¹⁷.

110 Cf. Bello, E.G. *op. cit.* nota 22, p. 38.

111 Convención Africana, Art. 32.

112 *Ibid.*, Art. 33.

113 *Ibid.*, Art. 34.

114 Cf. Bello, E.G. *op. cit.* nota 22, p. 40.

115 Cf. *inter alia* D'Sa, R.M. *op. cit.* nota 40, p. 123 y Ojo, O. y Sessay, A. *op. cit.* nota 15, p. 97.

116 Carta Africana, Art. 36.

117 *Ibid.*, Art. 43.

El artículo 41 dispone que el Secretario de la Comisión será designado por el Secretario General de la OUA¹¹⁸, el cual proporcionará el personal y los medios y servicios necesarios al efectivo ejercicio de las funciones atribuidas a la Comisión, siendo todos los costos cubiertos por la OUA. A pesar de este dispositivo, la Comisión ha tenido serios problemas relativos a la falta de recursos financieros, lo que limita en mucho sus actividades promocionales. Además, este vínculo de presupuesto condiciona considerablemente la independencia de la Comisión Africana, la cual no ha sido tan amplia como se hubiera deseado¹¹⁹. Problemas políticos también se producen con la votación del presupuesto de la OUA -que naturalmente engloba el de la Comisión-, ya que en ella participan Estados que no son partes en la Carta Africana y por lo tanto no son muy partidarios de la causa de los derechos humanos y de los pueblos.

El artículo 45 de la Carta Africana trata de las competencias de la Comisión (Capítulo II de la Parte II). Su párrafo 1º lista cuáles son las competencias promocionales de ésta, las cuales, en esta fase inicial de la Comisión, son las que mas se deberían destacar¹²⁰. En ellas constan, *inter alia*, las investigaciones documentales, la realización de estudios, la organización de seminarios, la disseminación de información, la formulación y elaboración de textos legislativos y la cooperación con otras organizaciones internacionales regionales o globales, gubernamentales o no gubernamentales que se dediquen a la protección de los derechos humanos y de

118 Este solamente fue designado en la quinta sesión de la Comisión que ocurrió en Cairo, Egipto, del 17-26.X.88. Hasta entonces, este cargo había sido ocupado, acumulativamente, por el consejero jurídico de la OUA; cf., al respecto, I.B. El-Sheikh, "The African Commission on Human and Peoples' Rights: Prospects and Problems", 7(3) *Netherlands Quarterly of Human Rights* (1989), p. 277.

119 Cf. Gye-Wado, G. *op. cit.* nota 11, p. 755.

120 Cf. Nowak, M. "The African Charter on Human and Peoples' Rights", 7(2/4) *Human Rights Law Journal* (1986), p. 400.

los pueblos. Desafortunadamente, la falta de recursos financieros a disposición de la Comisión (*supra*) la ha impedido realizar satisfactoriamente sus labores promocionales. Su primer presidente comentó, a este respecto, que los dos primeros años de trabajo de la Comisión fueron un constante "va y viene"¹²¹, de suerte que fue difícil consolidar un progreso en el campo promocional. Se debe reconocer la meritoria labor efectuada en esta área por las organizaciones no gubernamentales, como Amnistía Internacional y la Comisión Internacional de Juristas, por sus esfuerzos en suplir las deficiencias de la Comisión Africana¹²².

El artículo 45(2) adjudica a la Comisión la misión de asegurar los derechos humanos y de los pueblos en las condiciones fijadas por la propia Carta. Se trata, pues, de la competencia jurisdiccional que la Comisión posee, fijada en las disposiciones de la Carta que respetan el proceso ante la Comisión (*infra*).

La competencia consultiva de la Comisión está asegurada por el artículo 45(3), el cual afirma que a ella le compete la interpretación de cualquier disposición de la Carta Africana, provenga el pedido de un Estado parte, de una institución de la OUA o de una organización africana por ésta reconocida. Cuando se aprobó el texto final de la Carta Africana, en enero de 1981 en Banjul, Gambia (*supra*), algunos Estados como Burundi, Ghana, Kenia, Tanzania y Zambia hicieron reservas a la competencia en cuestión¹²³. Es

121 Cf. Nguema, I. "Human Rights Perspectives in Africa: The Roots of a Constant Challenge", 11(3/4) *Human Rights Law Journal* (1990), p. 261.

122 Cf. *inter alia* *A Guide to the African Charter on Human and Peoples' Rights*, London, Amnesty International, 1991, 59p. (publicado en varios idiomas y distribuido en los países africanos) y *How to Address a Communication to the African Commission on Human and Peoples' Rights*, Geneva, International Commission of Jurists, 1992, 16p.

123 Cf. Ojo, O. y Sessay, A. *op. cit.* nota 15, p. 95. De los países mencionados solamente Zambia firmó y ratificó la Carta Africana, cf. Cançado Trindade, A.A. *op. cit.* nota 1, pp. 705 y 704, o Marie, J.-B. *op. cit.* nota 70, p. 61,

posible que la resistencia de algunos países africanos para no comprometerse con la Carta de Banjul se deba exactamente a que ellos no acordaron participar de la competencia consultiva concedida a la Comisión Africana, puesto que creyeron que el órgano más apropiado para ejercerla era la Conferencia de los Jefes de Estado y de Gobierno¹²⁴. Es posible que hayan sido restricciones impuestas en la época de la preparación de la Carta Africana uno de los motivos de las limitaciones de la competencia consultiva de la Comisión Africana. Igualmente, se abrió la posibilidad, para ciertas organizaciones no gubernamentales de acceder a esta competencia de la Comisión -que no es ejercida solamente cuando hay violación de la Carta.

Por ende, la Comisión tiene la competencia para ejecutar cualquier otra tarea que le sea eventualmente confiada por la Conferencia de los Jefes de Estado y de Gobierno¹²⁵. Hasta el presente, la única ocasión en la cual esto sucedió fue cuando la Conferencia autorizó a la Comisión, en razón del requerimiento hecho por ésta, a recibir de los Estados partes los reportes anuales debidos en función del artículo 62 de la Carta Africana (*infra*). Es poco probable que se use nuevamente este precepto, por lo menos en la coyuntura actual, en la cual la Comisión no logra ni siquiera cumplir sus actividades promocionales.

Hay dos tipos de comunicaciones que pueden ser dirigidas a la Comisión Africana: las provenientes de Estados partes en la Carta de Banjul y "otras" comunicaciones¹²⁶. Aquellas pueden ser encaminadas a través de dos procedimientos distintos. El primero¹²⁷ se constituye por contactos bilaterales entre las partes en

124 Cf. D'Sa, R.M. *op. cit.* nota 40, p. 128.

125 Carta Africana, Art. 45(4).

126 Capítulo III ("Del Procedimiento de la Comisión") de la Carta Africana, Arts. 47-54 y Arts. 55-59, respectivamente.

127 Carta Africana, Arts. 47 y 48.

cuestión, siendo que el Estado parte, que cree tener un análogo suyo que ha cometido una violación de la Carta, debe informar del tema por escrito tanto al Presidente de la Comisión Africana cuanto al Secretario General de la OUA. Este contacto formal entre Estados, antes de la intervención de la Comisión, es una particularidad de la Carta Africana. Los Estados en disputa tienen un plazo de tres meses para conducir sus negociaciones, con vistas a solucionar la cuestión de modo pacífico. Esta es otra característica determinante en la cultura africana que, desde los tiempos pre coloniales, durante la conducción de los conflictos, promueve la resolución de disputas por medios pacíficos¹²⁸, práctica ésta que terminó siendo reflejada en la propia Carta de la OUA¹²⁹. En la hipótesis de que la cuestión no se resuelva en forma amistosa, cualquiera de los Estados puede someter el caso a la consideración de la Comisión Africana. El segundo procedimiento, en el ámbito de las comunicaciones estatales, ya se inicia directamente en la Comisión, puesto que no es obligatoria la tentativa de solución amistosa bilateral¹³⁰. La única condición de admisibilidad es el previo agotamiento de los recursos internos¹³¹, que sólo puede ser exigida en la hipótesis de que el objeto de la comunicación es un derecho individual violado por el Estado reclamado. Todas las informaciones pertinentes deben ser colocadas a disposición de la Comisión Africana, inclusive las observaciones escritas u orales de los Estados litigantes¹³². Tras haber obtenido todas las informacio-

128 Para ejemplos interesantes, cf. Ndam Njoya, A. *op. cit.* nota 5, p. 6.

129 Afirma el Art. 3º de la Carta de la OUA que uno de los principios de la Organización es la "4. Solución pacífica de las diferencias a través de la negociación, mediación, conciliación o arbitraje". Sin embargo, ni este dispositivo, ni siquiera una actitud aparentemente escéptica de los Estados africanos para con la Corte Internacional de Justicia, ha evitado que este órgano aprecie causas en las cuales uno de los sujetos sea exactamente algún Estado africano; cf. Okoye, F.C. *International Law and the New African States*, London, Sweet & Maxwell, 1972, pp. 199-208.

130 Carta Africana, Art. 49.

131 *Ibid.*, Art. 50.

132 *Ibid.*, Art. 51.

nes consideradas importantes y haber intentado una solución amistosa, la Comisión debe preparar un reporte, el cual describirá los hechos y las conclusiones logradas, debiendo ser éste enviado a los Estados interesados y a la Conferencia de los Jefes de Estado y de Gobierno¹³³. Las recomendaciones que la Comisión considera útiles podrán ser enviadas con el reporte¹³⁴. Las medidas que la Conferencia de los Jefes de Estado y de Gobierno pueden tomar con relación al reporte de la Comisión serán estudiadas más adelante.

El segundo tipo de comunicación es el que no emana de los Estados partes. Estas comunicaciones serán apreciadas a pedido de la mayoría de los miembros de la Comisión¹³⁵. La redacción es amplia, no habiendo restricción alguna en cuanto a quién puede encaminarlas -pudiendo por lo tanto ser hecha por individuos, grupo de individuos u organizaciones no gubernamentales, se consideren o no víctimas de violaciones¹³⁶. Una vez que la Comisión ha decidido que las comunicaciones serán estudiadas, éstas deberán llenar las condiciones de admisibilidad del artículo 56. Su estructura es similar a la de los otros instrumentos regionales¹³⁷, lo que no excluye algunas pequeñas diferencias. Una de éstas es el no establecimiento del plazo que se tiene, tras al agotamiento de los recursos internos, para la presentación de la comunicación a la Comisión -se afirma, solamente, que este plazo debe ser razonable¹³⁸. Sin embargo, con relación a los recursos inter-

133 *Ibid.*, Art. 52.

134 *Ibid.*, Art. 53.

135 *Ibid.* Art. 55(2).

136 Esta interpretación extensiva no es compartida por todos los autores; cf. v.g. Miranda, J. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, Coimbra, Coimbra Ed. Ltda., 1988, p. 217.

137 Convención Americana, Arts. 46 y 47, y Convención Europea, Arts. 26 y 27.

138 Carta Africana, Art. 56(6).

nos, hay autores que consideran su exigencia irreal, tomando en cuenta el contexto africano¹³⁹.

Superada la fase de admisibilidad, el próximo paso de la Comisión ha de ser llamar la atención de la Conferencia de los Jefes de Estado y de Gobierno sobre las violaciones cometidas, lo que sólo sucederá en caso de que una o varias comunicaciones relaten situaciones particulares que parezcan revelar la existencia de un conjunto de violaciones graves o macizas de los derechos humanos o de los pueblos¹⁴⁰. Luego, la Conferencia de los Jefes de Estado y de Gobierno podrá solicitar a la Comisión Africana un estudio profundo que informe, a través de un reporte pormenorizado, las conclusiones a las que se llegó y las recomendaciones pertinentes. Este procedimiento es muy semejante al establecido por el sistema creado por la Resolución 1503 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, el cual prevé el estudio de comunicaciones que parezcan revelar un patrón consistente de violaciones flagrantes de derechos humanos¹⁴¹. Este concepto que refiere al conjunto de violaciones graves o macizas fue indudablemente inserto con el propósito de evitar que la Comisión estudiara violaciones aisladas de la Carta¹⁴². No obstante, si un Estado parte está cometiendo o tolerando regularmente serias violaciones individuales, que se relacionen o no entre sí, éstas podrán ser llevadas a la jurisdicción de la Comisión Africana¹⁴³.

Todas las medidas tomadas durante los procedimientos -sean ellos relativos a las comunicaciones estatales o a las "otras"- se

139 Cf. Ojo y Sessay, *op. cit.* nota 15, p. 98.

140 Carta Africana, Art. 58(1).

141 Para el texto de la Resolución 1.503, cf. Cançado Trindade, A.A. *op. cit.* nota 1, pp. 124-127.

142 Cf. Buergenthal, Th. *op. cit.* nota 90, p. 187.

143 *Ibid.*, pp. 187 y 188.

mantienen confidenciales,¹⁴⁴ excepto si la Conferencia de los Jefes de Estado y de Gobierno entienden el caso de forma distinta¹⁴⁵. El reporte sólo será publicado por el Presidente de la Comisión Africana si la Conferencia de los Jefes de Estado y de Gobierno así lo decide¹⁴⁶. De esa forma, es evidente que la única sanción real que la Comisión puede ejercer -la publicidad -es severamente limitada por los poderes que la Carta Africana concede a la Conferencia de los Jefes de Estado y de Gobierno que, siendo un órgano político, no es de los mas entusiastas en la protección de los derechos humanos¹⁴⁷.

A pesar de ubicarse en el Capítulo IV de la Carta de Banjul, el artículo 62 respeta la competencia de la Comisión. Establece que los Estados partes se comprometen a presentar, cada dos años, a partir de la entrada en vigor de la Carta Africana, un reporte sobre las medidas tomadas con vistas a proteger los derechos y libertades reconocidos y garantizados en la Carta. Como no estaba claro a que órgano los Estados partes debían someter sus reportes, la Comisión decidió, en su 3ª Sesión, pedir a la Conferencia de los Jefes de Estados y de Gobierno autorización para recibirlos; prerrogativa concedida en función del artículo 45(4) de la Carta de Banjul (*supra*).

La recepción de reportes es la piedra angular de la misión de la Comisión¹⁴⁸, principalmente si se considera la eficacia compro-

144 Esta regla ha sido objeto de debates con el proposito de abolirla; cf. *African Seminar on International Human Rights Standards and the Administration of Justice* (Cairo, Egypt, 08-12.VII.91), New York/Geneva, U.N. Centre for Human Rights, 1992, p. 28.

145 Carta Africana, Art. 59(1).

146 *Ibid.*, Art. 59(2).

147 Cf. Buerghenthal, Th. *op. cit.* nota 90, p. 189.

148 El-Sheikh, I.B. *op. cit.* nota 118, p. 281.

metida de su procedimiento cuasi judicial, compuesto por el sistema de comunicaciones (*supra*). Hasta junio de 1991, la Comisión sólo había recibido 7 reportes¹⁴⁹, a pesar de los 25 debidos a partir del 21 de octubre de 1988 -luego de dos años de completarse la entrada en vigor de la Carta de Banjul-. Los reportes de Libia, Tunisia y Ruanda fueron revisados en la 9ª Sesión de la Comisión, ocasión en la cual el gobierno de Nigeria pidió que fuera pospuesto el estudio de su reporte¹⁵⁰. Los reportes de Tanzania, Togo y Egipto habrían de ser revisados en secciones futuras.

El sistema de reportes propuesto por la Carta de Banjul es bastante semejante al establecido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, principalmente cuando intenta crear un dialogo entre la Comisión Africana y los Estados, de suerte que estos sean ayudados en el cumplimiento de sus obligaciones¹⁵¹. Fue inclusive publicada una "Guía para los Reportes Nacionales"¹⁵² que, como la publicada por las Naciones Unidas¹⁵³, tiene como fin orientar los Estados partes en la redacción de los mencionados reportes.

El artículo 63 encierra el Capítulo IV y la Parte II de la Carta de Banjul disponiendo sobre su vigencia. Muchos Estados intentaron hacer prevalecer el requerimiento de dos tercios del número de Estados miembros de la OUA, en ratificaciones y/o adhesiones, para que la Carta entrara en vigor¹⁵⁴. Sin embargo, prevaleció

149 Cf. Gaer, F.D. "First Fruits: Reporting by States under the African Charter on Human and Peoples' Rights", 10(1) *Netherlands Quarterly of Human Rights* (1992), p. 34.

150 *Ibid.*.

151 Cf. El-Sheikh, I.B. *op. cit.* nota 118, p. 281.

152 Cf. "Guidelines for National Periodic Reports", 11(3/4) *Human Rights Law Journal* (1990), pp. 403-427.

153 Cf. *Manual on Human Rights Reporting*, *op. cit.* nota 73.

154 Cf. Gittleman, R. *op. cit.* nota 47, p. 670.

la opción por la mayoría simple¹⁵⁵. Hoy son 42 los Estados partes en la Carta Africana¹⁵⁶.

D) Disposiciones Diversas

La Parte III ("Disposiciones Diversas") pone fin a la Carta con los artículos 64-68. El artículo 66 dispone sobre la posibilidad de redacción de protocolos u acuerdos particulares y el artículo 68 sobre el procedimiento para que la Carta sea revisada enmendada. Ha sido constantemente sugerida la utilización de este último artículo para que se llene la laguna existente en función de la falta de un órgano judicial en el sistema africano¹⁵⁷. La convicción de que el énfasis dado al principio de la conciliación y de las soluciones amistosas ha sido la razón de no haberse optado por el establecimiento de una Corte Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, la cual no sería apropiada para los patrones africanos¹⁵⁸, debe ser sopesada bajo la sospecha de que dicha afirmación poder servir a conveniencias políticas...

Una vez decidida la creación de una Corte Africana, se cree que el mejor camino será su establecimiento mediante un protocolo y no por una enmienda. Esta, como dispone el artículo 68 de la Carta de Banjul, tendría que ser aprobada por la mayoría simple de los Estados partes, lo que podría tardar mucho tiempo. Un protocolo, a su vez, podría crear la Corte con la ratificación de un número menor de Estados partes. Además, este procedimiento, por no interferir directamente en la estructura de la Carta, no comprometería la ratificación de Estados miembros de la OUA, que toda-

155 Carta Africana, Art. 63(3).

156 Cf. Marie, J.-B. *op. cit.* nota 70, p. 61.

157 Cf. *inter alia* The Organization of African Unity and Human Rights, *op. cit.* nota 52, pp. 9, 10 y 22.

158 Cf. Umozurike, U.O. *op. cit.* nota 25, p. 909.

vía se muestran reticentes a hacerlo. De esta forma, con la ratificación o adhesión al Protocolo que crearía la Corte Africana, los Estados irían, paulatinamente, ampliando la jurisdicción a la cual se encuentran sometidos¹⁵⁹. En cuanto a la composición de la Corte, se podría recurrir a un aumento progresivo de sus jueces, en la medida en que más Estados se comprometan al Protocolo que debería crearla, hasta que se alcance un numero compatible con los Estados partes de la Carta de Banjul. Además, habría que dar a la Comisión mayor independencia, de suerte que pudiera llevar cuestiones a la Corte sin la previa autorización de la Conferencia de los Jefes de Estado y de Gobierno.

III CONSIDERACIONES FINALES

De lo expuesto, se puede concluir que la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, como todo instrumento relativo a los derechos humanos, trae consigo un mezcla de factores jurídicos y políticos, los cuales, dependiendo del contexto, pueden servir a distintos propósitos. De éstos, lo que se espera alcanzar es la efectiva protección y promoción de los derechos humanos y de los pueblos. Mientras tanto, una serie de obstáculos tienen que ser superados. Entre ellos, se pueden mencionar las disposiciones restrictivas pertinentes a la Comisión, las cuales tienen que ejercer sus competencias dentro de un margen muy estrecho de flexibilidad, además de tener que usar como parámetro disposiciones caracterizadas por la retórica. No obstante, al intentar propiciar medios mas apropiados para la evolución de las funciones de la Comisión, debe prestarse atención a las peculiaridades de la cultura africana.

159 Una situación análoga a esa hipótesis existe, *mutatis mutandi*, en el sistema interamericano, donde los Estados Unidos se encuentran bajo la jurisdicción de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pero no de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; cf., al respecto de estos casos, García-Amador, F.V. "Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Relación con los Estados Miembros de la OEA que no son Partes en la Convención de 1969", in *Derechos Humanos en las Américas ...*, op. cit. nota 2, pp. 177-187.

Un buen ejemplo de evolución en este campo es la conclusión de la Carta Africana de los Derechos del Niño. Esta crea un Comité que, al contrario de la Comisión Africana, tendrá poderes de investigación para, por sí mismo y por sus propios medios, proceder a la obtención de informaciones relativas a la implementación, por parte de los Estados partes, de las medidas que ella prevé además de, y esto es todavía más importante, tener el poder para publicar sus reportes, circulándolos libremente por los territorios de los Estados partes¹⁶⁰. El hecho de que Estados africanos hayan recientemente acordado esta práctica puede nutrir las esperanzas para la posibilidad de dotar a la Comisión Africana de las libertades pertinentes a la publicación de sus reportes, en un futuro no muy lejano, lo cual, sin duda, tendrá una repercusión positiva en cuanto a sus competencias promocionales y protectoras.

A pesar de los problemas que evidencia, la Carta de Banjul debe ser vista como una moción providencial, un paso en la dirección correcta, rumbo a un futuro democrático, donde han de ser reconocidos y protegidos tanto los derechos individuales como los derechos de los pueblos.

160 Cf. Thompson, B. "Africa's Charter on Children's Rights: A Normative Break with Cultural Traditionalism", 41(2) *International and Comparative Law Quarterly* (1992), p. 443.

REFLEXIONES SOBRE LA EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS

Gonzalo ELIZONDO BREEDY

*En ocasión de la Conferencia convocada por el Procurador
de los Derechos Humanos de Guatemala, octubre de 1990.*

La fuerza de la Educación en Derechos Humanos radica en que es un medio de difusión del principal fenómeno de ética social de nuestro tiempo.

Hoy florece en toda América Latina, con tantas y tan variadas expresiones, que su conceptualización no está exenta de algunas dificultades.

Para muchos de nosotros, hablar de Educación en Derechos Humanos nos refiere la imagen de un experto en derecho, quien -mediante erudita conferencia- instruye a otros profesionales acerca de los mecanismos jurídicos internos e internacionales de protección de esos derechos. Esto, sin duda, es valioso, pero -sin duda, también- está muy lejos de reflejar lo más interesante de lo que ocurre en este campo.

¿Por qué digo esto? ¿Qué es eso "tan interesante" que ocurre?

Intentaré justificarme. Para ello es necesaria una cuestión previa. Referirse, aunque sea muy brevemente, al carácter dual de la doctrina de los Derechos Humanos, en tanto la misma compene- tra dos líneas esenciales: por una parte *denuncia*, pero por otra *anuncia*. La primera de ellas hereda de la filosofía liberal la preten- sión de oponer, a la razón de la fuerza, la fuerza de la razón. Por ello, su funcionamiento se caracteriza por tener -como primer pro- pósito- la explicitación de las situaciones de fuerza y arbitrariedad para promover mecanismos racionales de protección que, históri- camente, han sido por lo general de naturaleza jurídica.

La segunda de las grandes líneas enunciadas es diferente, pues -como sistema axiológico-, la doctrina conlleva un repertorio de valores y, en esta medida, propone una *utopía*, anuncia otro mo- delo de regulación de la vida social y de la vida personal. Insinúa un nuevo modelo de ser humano.

Estos "valores", este "nuevo modelo", que trasciende de su- yo el restringido marco jurídico o, más bien, del cual "lo jurídico" es tan sólo una faceta particular, representa un enfoque global con una *propuesta de vida* y una *propuesta antropológico-cultural*.

Entonces, el problema de la Educación en Derechos Humanos ha trascendido la mera capacitación jurídica, ya sea en Derecho Constitucional o Internacional, para abarcar también otros campos hasta ahora poco desarrollados como, por ejemplo, el de la formación ética de las nuevas generaciones o el de la reformulación de nuestras antiguas ideas acerca de los fenómenos interculturales.

Esto, para nosotros, tiene un gran interés porque, por lo planteado, la Educación en Derechos Humanos nos concierne a todos y a todas. La Educación en Derechos Humanos, como la filosofía, la religión o la misma economía, es una materia global. Es, por ello, muy rica y compleja. Es cuestión de la vida civil y de la República (*Res pública*). Y como es de la ética social, de la utopía que intersubjetivamente vamos construyendo, es también cuestión política.

Yo afirmo, en consecuencia, que el agente educativo en la materia es plural. Lo puede ser un locutor o locutora de radio, el presentador o presentadora de un programa de televisión, alguno que prepara o -tal vez-, simplemente, ilustra un texto, una persona a cargo de un grupo que practique (organizadamente) algún deporte y -desde luego-, por derecho propio, la familia, el maestro, la maestra; el o la profesional en salud, el abogado y la abogada, los hijos, las hijas, los y las estudiantes.

Esta certeza del carácter político universal del tema es relevante como punto de partida. Pues, para ninguno de nosotros -digo-, puede tratarse de un tema ajeno.

Es erróneo creer que la educación se reduce a los centros institucionales de cada uno de nuestros pueblos. La educación es la función social por excelencia y se inicia desde la cuna o, mejor dicho, a partir del momento en que estamos en el vientre de nuestra madre. Aspectos determinantes de la personalidad: autonomía, independencia, capacidad de tomar decisiones, identidad, ya pueden haber sido cruelmente mutilados cuando empieza la escolarización.

Desde luego, la variedad de agentes educativos impone matices y distinciones. Una, en la que quiero hacer énfasis, es que a algunos les toca manejar canales de comunicación verbal más ex-

presos. Pero sería un grave error reducir el acto educativo a la palabra. O creer que, simplemente verbalizando, se educa. En muchas ocasiones hay que tomar en cuenta que cada uno de nuestros actos es percibido con determinado mensaje. Inclusive, ¡cuidado!, si nuestros actos concretos desmienten nuestro discurso.

Quisiera dar un breve ejemplo de lo anterior, refiriéndolo al campo de las consultas médicas. Pocos profesionales, en este campo, tienen una respuesta oportuna cuando su cliente pregunta sobre la naturaleza del tratamiento que se le está aplicando. Cuando el paciente pregunta, se abre un ámbito educativo. A menudo con situaciones conflictivas. La persona profesional en medicina puede aprovechar la ocasión para participar al paciente de alguna información que se le debe por derecho propio. ¡Cuán reacios son nuestros centros de salud en cumplir con requisitos elementales como éstos para que aquellas personas que allí acuden se sientan tratadas como "seres humanos"!

Sin duda, el itinerario de la atención médica debe organizarse de acuerdo con ciertos fundamentos axiológicos de Derechos Humanos. Basta pensar en lo que podría hacerse en un hospital para atender a la población infantil. Obviamente, con mucho más pertinencia, lo anterior se aplica a la Escuela. Estas reflexiones nos conducen a una segunda idea:

El educador en Derechos Humanos ha de estar atento a la *segunda lectura* que puede hacerse frente a cualquier acción u omisión.

Por *segunda lectura* entiendo esa capacidad intelectual que nos permite descifrar los mensajes ocultos que se transmiten detrás (o delante) de las acciones expresas.

Un claro ejemplo, ya clásico en Educación en Derechos Humanos, es el de los *silabarios*. El propósito expreso de este instrumento pedagógico es el de enseñar a leer y escribir. Pero no sólo esto se enseña. Una página típica en estos textos es la que se refiere a los roles del padre y de la madre. A menudo se dice "mamá amasa la masa", "papá lee el periódico". Las ilustraciones muestran a la madre con delantal, frente a la cocina, y al padre sentado,

esperando. Esto refuerza ciertos roles con los que podemos o no estar de acuerdo, pero sí los refuerza. Hemos encontrado, en *silabarios*, imágenes bucólicas de soldados en la naturaleza.

Ocurre muchas veces lo mismo con las canciones que se enseñan a niños y niñas en edad preescolar:

*La negra Simona y el negro Simón
andaban por la calle en gran conversación.
La negra le dijo: "Compráme un peinetón",
el negro se dio vuelta y le dio un cachetón.*

Detrás de un mensaje expreso gracioso se ocultan categorías machistas, racistas y violentas.

Si se piensa que lo anterior es bastante sencillo, podemos encontrar ejemplos más refinados. En este caso acudiré a un aporte brillante, en el campo de la geografía. Me refiero al estudio sobre los mapas y a la propuesta conocida como "Proyección Peters", difundida por el Instituto Mundial para Educación para la Paz.

El descubrimiento, realizado en *segunda lectura*, consiste en el hecho de que la mayoría de los mapas en el mercado utilizan una proyección que deforma el tamaño de los países. Así, es muy frecuente encontrar que África aparece más pequeña que la Unión Soviética, o Groenlandia desmesurada, o Sudamérica achatada, o México del mismo tamaño que la Antártida, o los países centroamericanos muy reducidos en relación con países europeos con áreas similares.

La causa de lo descrito es que el espacio de papel que ocupa cada país en el mapa no está en relación proporcional con el área de cada país.

Entonces, utilizando la Proyección Peters, se establece una relación directamente proporcional. ¿Y qué ocurre? Que Centroamérica, Sudamérica y África se alargan.

Lo significativo es que esta rediagramación del mapamun-

di se basa en un criterio más objetivo que el de los mapas tradicionales "norte-centrados".

El aporte de la *segunda lectura* en el campo de la historia y de la cultura también es impresionante. Para la Educación en Derechos Humanos es obligatorio citar la obra de Dominique Perrot y Roy Preiswerk, *Etnocentrismo e historia sobre América indígena, África y Asia en la versión distorsionada de la cultura occidental*. Se encuentra en castellano en la Editorial Nueva Imagen, México.

Mediante el análisis de los estereotipos y de las cuestiones antropológicas que influyen en la representación de "otra cultura", los autores desnudan las distorsiones típicas de la mayoría de los manuales de historia.

Esto es ineludible en América Latina, donde el sujeto de los procesos sociales y, por ende, de los educativos, a menudo se encuentra oculto. Un educador en Derechos Humanos debe estar consciente sobre el hecho de que sus propias categorías culturales pueden estar completamente dissociadas de las personas de las comunidades con las que va a trabajar. Y que, tal vez, lo primero sea más bien escuchar e intentar comprender.

Así, culturas milenarias como la Aymará, en Bolivia, o la Maya, en Mesoamérica, deben ser escuchadas con especial prioridad. Sin tratar de imponer nuestros propios términos. De esta manera, el intercambio será enriquecedor. Como lo ha sido, por ejemplo, en el campo lingüístico, con el idioma aymará, quizá el único que no tiene excepciones y que se ha convertido -por ello- en el vehículo lingüístico que utiliza la computación para la traducción simultánea.

En el campo específicamente pedagógico, también deben citarse los aportes del Doctor Abraham Magendzo, quien desde hace años ha trabajado en el tema del *currículum oculto*.

Esta disponibilidad, de comprender y trabajar los niveles de *segunda lectura*, nos hace plantearnos globalmente las contradicciones y los actos que pretenden ser respuestas válidas para su superación.

Esto es pertinente en todos los niveles de nuestras actuaciones sociales. A menudo, desconocer tales procesos induce al fracaso. Es lo que muy frecuentemente hemos observado, inclusive en auditorios técnicos, como el del ejemplo con el que inicié la conferencia. Lograr la comunicación efectiva con los otros y otras no es tan fácil.

Por lo visto, también tenemos que aceptar que la Educación en Derechos Humanos es profundamente crítica. No se conforma con lo "expreso" porque su vocación es ser integral. Esto nos llevará al tercer eslabón del planteamiento, frente a la pregunta: ¿Dónde debemos iniciar el proceso de crítica y *segunda lectura*?

La respuesta es sencilla. El esfuerzo parte del trabajo que hagamos *nosotros mismos*. El primer paso epistemológico es comprender que así no hay gobierno que pueda eximirse de toda violación de Derechos Humanos. Asimismo, no existe persona que no sea -en algún sentido- discriminatoria y autoritaria.

Sólo la autoconciencia de nuestras propias carencias nos hará comprender la de los demás.

También debo agregar que la justicia por la que luchamos debe empezar por nosotros mismos. Así, aceptándonos limitados pero dignos de toda justicia y afecto, podremos entender a los demás.

Lo anterior tiene consecuencias a la hora de apreciar nuestras propias certezas. Que debemos entenderlas como "las nuestras" pero nunca como "las únicas". Descuellan entonces los valores *dignidad* y *tolerancia*. Este último, sostengo, es 'la racionalidad' en el campo axiológico, es el ropaje con el que nuestra condición racional irrumpe en la esfera ética.

La autoridad deberá ser, en todo caso, racionalmente fundada y, así establecida, debe ejercerse por innegables justificaciones emocionales. Todos los seres humanos necesitamos certezas prácticas para orientar nuestros actos. Pero la autoridad fundada en la tolerancia produce adhesión, pues refleja intersubjetividad y acuerdo. Tal lujo nunca podrá permitírsele el déspota.

Al revalorizar las distintas opiniones e intereses y al asumir la concepción del mundo de los Derechos Humanos, evidentemente muchas realidades que hoy se nos "muestran" como divididas, dejan de serlo. Esto tiene consecuencias a todos los niveles. Me referiré, no obstante, a una cuestión particular, por considerarla de importancia capital: la compartimentación entre razón y emoción o, dicho en términos neoplatónicos, entre alma y cuerpo. Este es, sin duda, uno de los principales problemas de toda acción educativa.

No hace falta gran esfuerzo, pues ya lo han hecho los estudiosos de la psicología y de la pedagogía, para defender la tesis de que es tan importante la formación lógica como la afectiva.

La Educación en Derechos Humanos defiende la necesidad de darle al campo afectivo mayor espacio curricular. No queremos autómatas. Queremos seres humanos autónomos, independientes, solidarios y capaces de tomar sus propias decisiones.

Atender los aspectos afectivos es tan válido en una oficina de abogados como en una escuela del ciclo básico o en la propia familia.

Aceptar su importancia es fácil. Implementar sus consecuencias ya no lo es tanto. Por ejemplo, en el currículum escolar deberá revisarse el tiempo destinado a las asignaturas de orden académico con relación al que se dispone para actividades como el dibujo, la música, la gimnasia o la atención personal.

Es urgente la revisión, pues nada conseguiremos diciendo lo que hay que hacer si no lo podemos reflejar en el propio currículum. Pero, además, debemos revisar esa exagerada compartimentación en "asignaturas" que responden más a una "lógica" de cerebros alineados que a una de seres humanos integrales, libres y responsables.

En una institución de otro orden, por ejemplo de asistencia social, debemos evaluar el tiempo de trabajo efectivo, las labores mecánicas, la diversidad, la mutua comprensión entre los profe-

sionales que ejecutan distintos roles y las relaciones entre el personal. También en estas instituciones deben hacerse, periódicamente, talleres con dinámicas no verbalistas, que estimulen el conocimiento de las metas colectivas y de las diferencias individuales.

Hasta aquí, hemos desarrollado nuestra tesis sobre las características generales de la Educación en Derechos Humanos. Deseo recordar que hemos defendido su carácter global e integrador y hemos señalado la pluralidad de sus agentes y la importancia que tiene el principio de la *segunda lectura* como clave para la coherencia entre discurso y actuación.

Hemos señalado las cuestiones genéticas del proceso a partir de la autoconciencia, de la dignidad de la persona y de la tolerancia como razón práctica. Finalmente, hemos establecido nuestra tesis sobre el principio de autoridad y sobre la integración de lo racional con lo afectivo.

Para los organismos gubernamentales y no gubernamentales, el desafío es, hoy, cómo participar en este proceso educativo desde su propia especialidad e inserción en la realidad. Confiamos en haber expuesto una tesis aplicable.

Parte del desafío mencionado es abordar y resolver las grandes cuestiones conceptuales de nuestros propios proyectos nacionales. Pero esa meta no podremos lograrla sino a partir de nuestra propia verdad cotidiana. Al igual que siempre, las generaciones han apostado su fe en grandes intuiciones frente al misterio de la vida. Estoy convencido: no erraremos si apostamos hoy a los Derechos Humanos. Las nuevas generaciones no repudiarán esta herencia. Razón para educar y para educarnos. Estoy seguro, también, de que el ser humano integral, en armonía su razón y su emoción, es nuestro inmediato futuro. Educar para los nuevos y las nuevas y para los de siempre, educar-nos, proponer y vivir.

DILEMAS Y TENSIONES EN TORNO A LA EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS EN DEMOCRACIA

Abraham MAGENDZO K.

- 1 *La tensión con el modelo paradigmático dominante.*
- 2 *La tensión entre la mantención y el cambio educacional.*
- 3 *La tensión de la contradicción.*
- 4 *La tensión de la legitimización.*
- 5 *La tensión en la organización curricular.*
- 6 *La tensión entre lo extensivo y lo intensivo*
- 7 *La tensión de los ritmos.*
- 8 *La tensión del lenguaje.*
- 9 *La tensión entre hablar y callar.*
- 10 *La tensión de la atomización.*
- 11 *La tensión de la no tensión*

Nos proponemos en esta exposición ordenar y analizar algunas de las tensiones, dilemas, contradicciones, conversaciones, problemas y reflexiones, que hemos detectado y recogido experimentando en la relación educación y derechos humanos. Ciertamente, hemos recorrido un camino en esta relación; si embargo, estamos concientes que lo que queda por caminar es muy largo. Comenzamos hace seis años, cuando hablar de derechos humanos era en Chile un crimen que se podía pagar muy caro. Vincular la educación con los derechos humanos en ese contexto era imposible. No obstante, con atrevimiento, con fe y con esperanzas de democracia, venciendo los miedos, realizamos en Chile, en el Programa Interdisciplinario de Investigaciones en Educación (PIIE), un primer taller exploratorio con profesores. Hemos elaborado y puesto en práctica una propuesta de capacitación de profesores en derechos humanos que hemos fundamentado en una teoría pedagógica crítica. A la propuesta la hemos denominado Diseño Curricular Problematicador para la Enseñanza de los Derechos Humanos. Hemos comprendido que el carácter holístico de la educación en derechos humanos y que las contradicciones y tensiones deben ser desentrañables para penetrar cabalmente esta temática.

Hemos participado, además, en seminarios, conferencias, discusiones, debates en torno a la educación en y para los derechos humanos, tanto en Chile como en otros países de América Latina. La participación en los cursos y actividades del IIDH nos ha enriquecido considerablemente. Hemos leído y publicado.

Recientemente, formamos parte en Chile de la Comisión del Ministerio de Educación que elaboró un informe en el cual se hacen apreciaciones relativas a cómo incorporar los derechos humanos al curriculum de la escuela formal y de las instituciones formadoras de maestros. Antes, y con orgullo, debemos decirlo, hicimos una contribución a la Comisión Verdad y Reconciliación, que mostró con dramatismo lo acontecido en Chile durante el régimen militar en materia de violación a los derechos humanos... Podemos decir, entonces, que realmente tenemos un pequeño camino recorrido en una senda que, estamos ciertos, deberá agrandarse, profundizarse y diversificarse. Nos preguntamos, a esta altura, ¿qué nos resta por hacer? Hemos aprendido que la relación entre

educación y derechos humanos está saturada de tensiones que deseamos compartir con ustedes. Ordenaremos nuestras reflexiones en torno a las siguientes tensiones:

1. La tensión con el modelo paradigmático dominante

La educación en y para los derechos humanos se inscribe inquestionablemente en una racionalidad diferente a la racionalidad instrumental de las ciencias positivas, para dar cabida a una racionalidad holística y axiológica que se enmarca en lo que ha sido denominado un "nuevo paradigma". Más aún, los derechos humanos se ubican como valores fundantes y foco articulador de la nueva racionalidad que coloca en su centro una ética de la responsabilidad solidaria. Los derechos humanos, dice Pablo Salvat¹, "aparecen, para nosotros, como una utopía a promover y plasmar en los distintos niveles y espacios de la sociedad. Como tales, se presentan como un marco ético-político que sirve de crítica y orientación (real y simbólica) de las distintas prácticas sociales (jurídicas, económicas, educativas, etc.) en el bregar nunca acabado por un orden social más justo y libre.

En ese sentido, se los ve como paradigmáticos, esto es, como modelo y/o criterio ejemplar desde el cual podemos leer nuestra historia y nuestro porvenir como pueblos".

La tensión surge, precisamente, por la tendencia cada vez más marcada que se observa en muchos casos de nuestros países por retrotraer a la educación a los esquemas científico-tecnológicos propios de la racionalidad instrumental. Sumergidos en un contexto político-económico en donde el modelo neoliberal, tecnocrático, en el que el mercado es el que reina campantemente y en

1 Salvat, Pablo, "Hacia una nueva racionalidad. La tarea de construir un paradigma basado en los Derechos Humanos". En: Magendzo A. *¿Superando la Racionalidad Instrumental?* Santiago, Chile, PIIE, 1991.

donde la eficiencia y el adecuado ajuste entre medios a fines es el patrón de valoración, la educación se liga a la producción y es, en definitiva, un valor agregado. La educación se convierte en el instrumento ideal para servir este modelo siempre y cuando sea capaz de sumergirse en su lógica. No sólo la educación debe sumergirse en esta lógica sino la cultura toda. La lógica de la producción, por su omnipresencia, se desplaza más allá del ámbito del trabajo, transformándose en una forma de dominación generalizada, como lógica de control. Sería suficiente remitirse al informe de la Cepal ("Crisis y desarrollo: Presente y futuro de América Latina y el Caribe", Santiago de Chile, 1985) para darse cuenta de que la cultura, en este enfoque de la racionalidad moderna, necesita adaptarse a la modernidad y producir las motivaciones y actitudes requeridas para el rendimiento óptimo de los diversos sistemas de producción, reproducción y gobierno de la sociedad. Entonces, definitivamente, nuestra propuesta de introducir los derechos humanos en el curriculum, en la escuela, en la educación, en la cultura, constituye una alternativa crítica al modelo dominante.

¿Será ésto pensable... y, sobre todo, realizable? Es ésta una gran tensión que no podemos eludir. Hacerlo, significa -a mi parecer- ponerse al margen de la historia y, por ende, hacerle un flaco favor a los derechos humanos...

2. La tensión entre la mantención y el cambio educacional

La experiencia nos ha demostrado que al introducir los derechos humanos en la educación, queramos o no, asumimos una actitud crítica y cuestionadora. Se plantea la necesidad imperiosa de producir cambios, en el curriculum manifiesto de la escuela tanto como en el oculto. Las necesidades de cambio no quedan remitidas exclusivamente a los contenidos a enseñar, ni tampoco a los aspectos metodológicos o de evaluación, sino que trascienden la cultura de la escuela. Nos introducimos irremediablemente a interrogar y cuestionar la cultura de la escuela, la práctica docente en las salas de clase, la naturaleza de las interacciones, el autoritarismo, tan enraizado en las escuelas. Queremos conocer los mensajes subyacentes de la escuela, los mecanismos que se utilizan para la

reproducción de las desigualdades sociales y de la distribución desigual del conocimiento. Entonces, pareciera que se impone un cambio radical. Introducir los derechos humanos en la escuela induce a producir una *"reforma educativa"* sustantiva y profunda... Pero no sea cosa que, por desear o por tener que producir cambios radicales, afloren todas las fuerzas de resistencia al cambio que inmovilizan e impiden que se produzcan, aunque sea, cambios parciales. Se ha dicho que las escuelas son muy resistentes al cambio. Las estrategias del cambio total, por lo general, levantan mecanismos de rechazo, ya sean abiertos o encubiertos. Crean inseguridad y producen desconcierto. Pareciera entonces que hay que entrar a negociar entre mantención y cambio, entre el tradicionalismo y la innovación, entre el cambio violento y el cambio paulatino. Si los derechos humanos van a cuestionarlo todo, el temor es de un rechazo total. ¿Pero podemos realmente negociar en materia de educación y de derechos humanos? ¿No es esto *"traicionar"* la naturaleza misma del contenido y el mensaje de los derechos humanos? ¿Cuál es el sentido de una educación conservadora en derechos humanos? Los negociadores, diremos: ¡abramos espacios en el currículum manifiesto y de allí ganaremos el del currículum oculto! El que mucho abarca, poco aprieta. Pero...¿será cierto? La tensión está ahí, no resuelta.

3. La tensión de la contradicción

Creemos firmemente que el saber de los derechos humanos emerge, fundamentalmente, cuando se percibe y se toma conciencia de los conflictos que se generan como resultados de las contradicciones entre un discurso de respeto de los derechos y la realidad social, familiar y escolar, que se encarga de violarlos. Desentrañar estas contradicciones, comprender los subyacentes que las sustentan, analizar las consecuencias que éstas tienen -tanto en el plano individual como en el social- y, por sobre todo, levantar propuestas tendientes a producir los cambios que permitan superarlas, es, sin duda, una tarea central que debe proponerse una educación en derechos humanos. Debemos precisar que ha sido la característica de la educación reproductora evitar que los alumnos enfrenten las contradicciones y las situaciones problemáticas. Ha existido, según

nuestro parecer, implícita o explícitamente, un intento de alejar a los alumnos de los problemas que la sociedad enfrenta, creando -por así decirlo- un ambiente "aséptico", "inocuo", "neutro".

Las situaciones vinculadas con los derechos humanos se hacen conflictivas, en muchas ocasiones, porque están en juego intereses distintos. Pensemos en las tensiones que surgen entre la libertad y la igualdad, entre los intereses públicos y privados, entre el bien común y el bien individual, entre la libertad y el orden, entre la justicia y la misericordia, entre la vida y el sufrimiento, entre la libre expresión y la seguridad, entre lo deseable y lo factible. Es fácil dar ejemplos respecto a cada una de esas contradicciones. Es así como se exige el cumplimiento de ciertas obligaciones (restricciones a la libertad) con el fin de mantener el orden establecido (bien común); se inculpa a un ladrón (justicia) que robó para darle de comer a sus hijos hambrientos (derecho a la vida); se mantiene la vida de un enfermo terminal (derecho a la vida) pese a sus sufrimientos (misericordia); se castiga con la pena capital (bien común) violando el derecho más capital: el derecho a la vida; se da pleno derecho a los empresarios para que decidan el destino de sus empresas (derecho a la propiedad) pese a que ello significa dejar muchos cesantes (derecho al trabajo); se permite que los trabajadores se sindicalicen pero se los aleja de sus trabajos cuando reclaman sus derechos; se reafirma el derecho a la libre expresión e información, pero se establecen límites por asunto de seguridad, etc.

Decimos todo esto dado que una postura de tal naturaleza entra en tensión con los planteamientos tradicionales de la escuela. Para ésta, el conocimiento no constituye un problema a enfrentar. Sustentados en un mundo empírico-objetivo, el curriculum niega tácitamente, como diría Apple², el conflicto intelectual y normativo. Señalará este autor que en lugar de considerar el conflicto y la contradicción como las "fuerzas impulsoras" básicas de la sociedad, parece una suposición básica la de que el conflicto en-

2 Apple M. *Ideología y currículo*. Madrid. Akal, 1986.

tre los grupos de personas es fundamental e inherentemente malo y que deberíamos esforzarnos por eliminarlo dentro del marco institucional establecido.

Al extrapolar esta postura, por ejemplo, a las ciencias naturales, descubrimos que se presenta a los alumnos una teoría de consenso de las ciencias y no se muestran los desacuerdos sobre metodologías, enfoques, objetivos, etc. que existen en las actividades de los científicos. Appel diría al respecto que "al exhibir continuamente el consenso científico no se permite ver a los estudiantes que, sin desacuerdo y controversia, la ciencia no progresaría o lo haría a un paso mucho más lento. La controversia no sólo estimula el descubrimiento, atrayendo la atención de los científicos a los problemas decisivos, sino que sirve también para clarificar las posiciones intelectuales conflictivas."

De igual manera, en la enseñanza de las ciencias sociales, el conflicto recibe la consideración de disfuncional, es parte del desorden, de la anarquía, del caos. Por esta razón no se encontrarán textos de ciencias sociales que muestran los dilemas, las tensiones, contradicciones, puntos de vista divergentes y disonantes que existen como es lógico en todos los procesos de cambio social. Los alumnos aprenden historia como una concatenación de hechos, episodios y eventos que se suceden unos a otros como si fueran procesos lineales, continuos y naturales. Los quiebres -cuando aparecen- son interpretados como rupturas no deseables que deben ser considerados como disarmonías históricas. Esta perspectiva no invita a los estudiantes a que asuman una actitud crítica tendiente a develar las fuerzas opuestas a los intereses discrepantes que subyacen en los procesos sociales. De esta forma, en la entrega de un saber unidimensional, descontextualizado, supuestamente consensual, no sólo se desmotiva al alumno en el aprendizaje de las ciencias sociales sino que además se enseña una ciencia que tiene muy poco de científica.

La tensión entre una educación problematizadora en derechos humanos y la educación normativa está ahí.

4. La tensión de la legitimización

Los saberes en el interior del curriculum tienen, como hemos visto, un tiempo, un espacio, un status. Tienen legitimidad. Hay muchos saberes que, dado que no tienen poder, no están en el curriculum. Incluso saberes importantes para la vida, para la supervivencia, para ubicarse en el mundo, no están en el curriculum. Piénsese, por ejemplo, lo difícil que es encontrar en el curriculum saberes que tienen que ver con la cultura de la cotidianidad, con la cultura popular, con el conocimiento para la resolución de conflictos, para el aprendizaje de habilidades mínimas para conseguir trabajo, etc Hay que legitimar un saber para que adquiera poder en el currículum.

La pregunta es: ¿quién y cómo se legitima el saber de los derechos humanos? Dirán algunos que a los políticos les corresponde esta tarea en primer término. Mientras esto no suceda no hay posibilidad alguna de legitimar este saber. ¿Será realmente así? ¿No tienen que ser los maestros, los padres de familia, los profesionales, los trabajadores, los movimientos sociales, en otras palabras, la sociedad civil en su conjunto, la que deba asumir el desafío de entregarle poder y status a este saber? Dirán, los que están en esta última posición, entre los que me encuentro, si esperamos a los políticos quizá la espera sea larga. Por tratarse del saber de los derechos humanos, pienso que sería antiético legitimar este saber por decreto, enviando las autoridades políticas un *úkase*. Es inadmisibles y quizá un imposible. Por el contrario, la legitimización es un proceso de valoración, de convencimiento, de diálogo, de comprender el rol que la educación debe jugar en la tarea de formar generaciones respetuosas de los derechos humanos. Proceso en el cual debe participar la sociedad toda haciendo oír su voz en el curriculum. Pero... ¿está la sociedad realmente interesada en emitir su voz u optará por el silencio, por la indiferencia?, por decir: ésta no es nuestra tarea, tampoco estamos preparados ni capacitados ni investidos de autoridad suficiente para pronunciarnos y hacernos escuchar. Que hablen los que tienen esa idoneidad y autoridad. Entonces, emítase el *úkase*. Estamos en un dilema no resuelto.

El problema se hace más dramático cuando constatamos que un saber se legitima en el curriculum cuando hay valoración social de ese saber. Valoración que tiene percepciones, representaciones y expresiones concretas, tangibles y observables. Las ciencias son valoradas porque son percibidas a través de la tecnología como un saber valioso. ¿Qué pasa con los derechos humanos? ¿Cómo son percibidos, representados y expresados en una sociedad y en una cultura que aún no los ha internalizado como parte de un accionar diario y cotidiano?

5. La tensión en la organización curricular

En el orden más técnico pareciera que hay consenso, que el saber de los derechos humanos debe incorporarse no como una asignatura más en el curriculum sino que debería estar presente en todas las asignaturas. Los derechos humanos pueden ser integrados en el contenido de las ciencias sociales, de la biología, de la filosofía, de la educación física, de la literatura, de las artes, etc. Más aún, muchos de sus contenidos programáticos pueden ser leídos desde la perspectiva de los derechos humanos. Así, por ejemplo, una obra literaria como *La Vida es sueño*, de Calderón de la Barca; o un capítulo de la historia, como el descubrimiento de América; o las relaciones hombre-medio, en biología, pueden ser leídos no solamente desde la óptica estética, histórica o científica respectivamente, sino que también desde la visión de los derechos humanos.

Sin embargo, hay algo que preocupa. Ciertamente es que, en todas las asignaturas y en muchos de los contenidos programáticos, el saber de los derechos humanos puede encontrar un tiempo y un espacio. Pero esto no solamente es válido para el saber de los derechos humanos. Lo es, también, para la matemática. ¿Hay alguien que ya ha pensado alguna vez en eliminar matemática como asignatura del curriculum y dispersarla entre el resto de las asignaturas? Así se abordaría el saber matemático en y desde las ciencias, en y desde la filosofía, en y desde la geografía, en y desde las artes, etc. La idea es posible y también innovadora, pero de quien la sostuviera se diría que es un "loco curricular". La verdad

es que esto parece insano porque significaría quitarle poder y valor curricular a la matemática, lo cual es inadmisibile en nuestra cultura. Entonces, ¿por qué a los derechos humanos sí se les puede quitar poder? Estoy con aquellos que afirman que los derechos humanos deben estar presentes en todas las asignaturas del curriculum, pero esto no significa que tomar esa opción esté carente de contradicciones. La tensión está ahí, no del todo resuelta.

6. La tensión entre lo extensivo y lo intensivo

Esta tensión tiene relación con la cobertura y la calidad de la educación en derechos humanos.

La inquietud que nos asalta es, por un lado, que debemos enfrentar con efectividad, seriedad y profundidad el tema de la educación y los derechos humanos y, por el otro, la tarea es muy grande y abarcadora. Esta tensión está presente en la totalidad de la educación de masas que caracteriza a nuestra época, pero en la educación en y para los derechos humanos se hace más dramática. Hay necesidad de legitimar en la educación el saber de los derechos humanos, por consiguiente se exige que este saber sea de primera calidad, que cuente con profesores preparados, con materiales adecuados, con investigaciones que avalen el quehacer pedagógico. Pero la verdad es que nuestros maestros no están preparados, los materiales no están elaborados, las investigaciones no están hechas. Pensemos que hay que capacitar a miles de maestros, llegar a millones de niños y a sus padres, confeccionar materiales para todas las edades, para contextos diversos. La tarea es inconmensurable y debe ser hecha con mucha calidad. Quizá no debiéramos ser tan exquisitos, pero tampoco podemos ser tan osados. Tengo la certeza de que, con los métodos convencionales, es imposible asumir con plenitud ese mandato educativo. La escuela no puede estar sola. Necesita de los medios de comunicación, de metodologías de educación a distancia, de la difusión masiva, de metodologías más versátiles, flexibles y diversificadas. Pero las dudas están presentes. No deseamos que el saber de los derechos humanos se trivialice, se convierta en otro producto que se vende en la televisión como muchos otros en donde cualquier medio justifica el fin.

Los medios masivos ciertamente son muy penetrantes, pero en materia de educación en derechos humanos se requiere el trabajo con otros, en el grupo, en la confrontación de ideas, en la experiencia colectiva, en la vivencia más que en la repetición de un mensaje. Por ganar cobertura podemos no solamente perder en profundidad sino que también podemos desvirtuar el mensaje. No obstante, debemos masificar el mensaje. Las tensiones están ahí y pesan fuerte.

7. La tensión de los ritmos

Preguntaba con vehemencia una profesora, recientemente, en un curso de verano que realizamos: "¿Por qué el Ministerio de Educación y los medios masivos de comunicación no han iniciado una campaña rápida y profunda para educar en derechos humanos, por qué si ya han transcurrido dos años del régimen democrático se ha procedido tan lentamente?" Los frutos de la educación son a largo plazo. Pero hay que empezar. De lo contrario se nos puede ir una generación de las manos de tanto esperar. Otros sostienen que la medida debe imperar y que no hay que precipitarse. ¿Quién va a responder a tanta demora? Las transiciones democráticas lo exigen. Por apurarnos y hacer exigencias desmedidas, dirán estos últimos, podemos perderlo todo. No olvidemos, sostendrán, que hay que abordarlo a ritmo lento. Las luchas ideológicas en el campo de la educación y la cultura han conducido en ocasiones a explosiones sociales intensas. Por consiguiente, dirán, hay que avanzar paulatinamente. La tensión está ahí. ¿Cómo buscar el camino del equilibrio pero no el inmovilizador o aquél que soslaya la tensión sin atenderla?

8. La tensión del lenguaje

Temerosos del término derechos humanos, hay quienes dicen que no hay que hablar de educación en derechos humanos sino de educación para el amor, para la paz, para la convivencia. Sostendrán que hay que evitar por todos los medios el lenguaje que introduzca conflictos, contradicciones, discrepancias en la educa-

ción. Manifestarán que la educación debe ofrecer un lenguaje consensual, objetivo, neutro, desapasionado. A mi parecer, esta postura es antiética en relación con los derechos humanos y con la naturaleza misma de la educación... Yo, personalmente, sostengo que el lenguaje tiene una historia y crea realidad. Los derechos humanos tienen su forma de crear la realidad y están consagrados en las luchas que los pueblos han dado. No hay posibilidad de evadir en educación el término derechos humanos.

9. La tensión entre hablar y callar

En los cursos-talleres que hemos desarrollado se entrega un espacio para que los participantes puedan contar sus experiencias personales en derechos humanos y ligen su experiencia pedagógica con los derechos humanos. Los profesores aprovechan este espacio. A veces, se apoderan de él para hablar de todo lo reprimido durante tantos años, para contar sobre la dignidad atropellada como ciudadanos y profesores. Las reuniones se convierten en verdaderas sesiones catárticas. "Por fin podemos hablar", dice un profesor. "Veo que otros vivieron experiencias similares a las mías", señala otro. "Estoy con una cantidad de culpas por no haber dicho antes lo que estoy diciendo ahora", expresa una profesora. Las experiencias vividas surgen a borbotones. Hay un deseo incontrolable de ser escuchado.

Ciertamente, la democracia es el sistema que permite todo esto. No hay dudas al respecto, pero... surgen los "peros". En la Comisión ministerial alguien dijo: "Sin duda de que el tema de los derechos humanos debe ser tratado en la escuela. Pero... no hay necesidad de referirse a la época reciente... esto podría ser interpretado como política". La relación entre políticos (término muchas veces vedado para la educación) y los derechos humanos es vista como problemática. Dice una profesora: "Cada vez que hago mención de los derechos humanos me dicen que estoy metiendo la política en la escuela. La escuela no está para esto". Los temores, tan internalizados, emergen a raudales. Junto con los temores surgen las contradicciones. Nos preguntamos si se puede hacer educación acaso dándole la espalda a la propia historia.

¿Cómo será juzgada una generación de maestros que no fue capaz de enfrentar su propia verdad, por dura, dramática y contradictoria que haya sido? ¿Es realmente pecaminoso introducir la política en la educación si por ello entendemos introducir el acontecer social de los hombres?

10. La tensión de la atomización

El Centro de Perfeccionamiento de Experimentación e Investigaciones Pedagógicas, organismo dependiente del Ministerio de Educación, nos solicitó que trabajáramos la temática de los derechos humanos con los supervisores del sistema educativo. Se nos asignó tan sólo una mañana para abordar el tema. Era un tiempo muy breve. Pero en fin, había que conformarse. Cuando preguntamos por los otros temas que los supervisores abordarían se nos informó que también trabajarían los temas de género y del medio ambiente. Lo que nos sorprendió fue que estos temas se trataran como apartes, independientes unos de otros. Sabemos, y todos concordamos en ello, que los temas de la mujer, el medio ambiente, los indígenas, los minusválidos, los inmigrantes, las minorías étnicas, etc... encuentran precisamente en los derechos humanos una doctrina y una conceptualización que los articula y los relaciona. ¿Por qué entonces aceptar que sean atomizados? ¿Es que cada uno desea tener su propio espacio, su propio tiempo en el curriculum, aún a riesgo de sacrificar la integridad?

Argumentar, como lo hago, que esta crítica significa no comprender a cabalidad el sentido profundo del saber de los derechos humanos, su relación indiscutible e interdependiente con todos aquellos temas que tienen en su raíz la discriminación, la destrucción, la violación, la dominación, etc. aparece como descalificatorio frente a los que se aferran a las posturas de la atomización. Pese a este argumento, la tensión entre las temáticas está ahí, está presente.

11. La tensión de la no tensión

Finalmente, según mi parecer, la tensión más preocupante es no percatarse de la existencia de las tensiones, dilemas, dificultades, contradicciones y problemas que la educación en derechos

humanos enfrenta y enfrentará. Sólo si estamos concientes de que cuando el saber de los derechos humanos se introduce en la escuela, irremediablemente provoca tensiones, estaremos en capacidad de ofrecer alternativas de solución y abordar las dificultades con altura de miras. Asumir una actitud ingenua y pensar que introducir los derechos humanos en la escuela es similar a incorporar un nuevo teorema, un nuevo capítulo de la historia, un nuevo concepto, es no sólo desconocer la naturaleza propia de los derechos humanos sino que, además, es contribuir a que este saber no permanezca en el curriculum. Hay quienes deseando desconocer el carácter tensional de la temática, señalan: "Bueno, si en educación siempre hemos enseñado en y para los derechos humanos". Esta es una expresión muy clara de la tensión de la no tensión.

DESARROLLO Y CULTURA

Una visión crítica de la modernidad en América Latina y el Caribe

Ernesto OTTONE

- I *Globalización y tensión cultural.*
- II *América Latina y el Caribe:
entre globalización e identidad cultural.*
- III *Algunas orientaciones para una visión armónica
de desarrollo y cultura.*

Este trabajo sintetiza algunos planteamientos del libro en preparación, "Esa Esquiva Modernidad: Desarrollo, Ciudadanía y Cultura" de Fernando Calderón, Martín Hopenhayn y Ernesto Ottone.

Ponencia presentada en el Tercer Seminario sobre Políticas Culturales Iberoamericanas. Madrid, 11 al 15 de diciembre de 1995.

I. Globalización y tensión cultural

No es posible abordar este tema sin considerar en primer lugar la situación internacional generada por el fin abrupto de la guerra fría. Ella se ha caracterizado por la vertiginosidad de sus cambios, por una profunda revolución científica y tecnológica, por la progresiva globalización de los mercados y las comunicaciones y una competitividad económica basada cada vez más en la incorporación y la difusión del progreso técnico.

En un comienzo, como bien sabemos, se generó un gran optimismo en relación con esta nueva situación, sobre todo en torno a las perspectivas de extensión a nivel planetario de la democracia liberal y el reconocimiento de los derechos humanos que sería acompañado por la liberación de recursos para el desarrollo produciendo, así, relaciones más marcadas por la armonía que por el conflicto, abriendo una etapa de prosperidad y democracia sin precedentes para la humanidad.

Trabajos como el de Fukuyama¹ reflejaron esa aspiración.

Desgraciadamente, las cosas no funcionaron así. En el plano económico la situación recesiva de la economía de los países desarrollados sólo se modificó moderadamente y esa limitada recuperación no ha podido revertir ciertos problemas como el desempleo, cuyas altas cifras se han vuelto persistentes. Los países en desarrollo, si bien se han convertido en el sector más dinámico de la economía mundial, presentan una enorme heterogeneidad en sus resultados. Algunos, efectivamente, han tenido importantes éxitos y han disminuido su brecha respecto a los países desarrollados; otros la han aumentado dramáticamente. Como bien sabemos, las cifras de pobreza, miseria y exclusión para millones de personas continúan siendo altísimas en el mundo.

1 Véase Fukuyama, Francis. "The end of history". *The National Interest* N° 16, verano 1989. Del mismo: *Le fin de l'histoire et le dernier homme*, París, Flammarion, 1992.

En el plano político, la situación no se desarrolló de manera más alentadora. Aun cuando algunos conflictos internacionales tendieron y tienden a debilitarse y otros a concluirse con el fin de la tensión Este-Oeste, un número de conflictos basados en rivalidades étnicas, en surgimiento de nacionalismos exacerbados y en lógicas fundamentalistas, se transformaron en guerras abiertas de insospechada crueldad en territorios que antes constituían un solo país. Nuevos y viejos fanatismos adquirieron grandes dimensiones y generaron situaciones incontrolables en regiones enteras.

Todo esto ha abierto un espacio de interpretación marcado por una visión más escéptica respecto al futuro (Gallo 1990, Minc 1993, Ruffin 1991, Kennedy 1993, Huntington 1993).²

Tales interpretaciones han entregado a lo cultural una nueva centralidad en el análisis de la realidad y en la prefiguración de los escenarios futuros.

Esta centralidad adquiere dimensiones dramáticas sobre todo cuando se refiere a la colisión entre tendencias globalizadoras de la modernización y las emergentes construcciones identitarias antimodernas³ que se han extendido en el Oriente medio, en otros países asiáticos y en algunos territorios de la ex Unión Soviética, pero que están presentes en una u otra manera a escala mundial.

2 Gallo, Max. *Manifeste pour un fin de siècle obscure*. París, Odile Jacob, 1990. Minc, Alain. *Le nouveau moyen age*. París, Gallimard, 1993. Ruffin, Jean Christopher. *L'Empire et le nouveaux barbares*. París, J.C. Lattès, 1991. Kennedy, Paul. *Preparing for the Twenty-first Century*. Nueva York, Random House, 1993. Huntington, Samuel. "The clash of civilizations", *Foreign Affairs*, verano, 1993.

3 Nos referimos a ellas como construcciones identitarias antimodernas porque no son un simple regreso a la tradición; constituyen una construcción donde lo tradicional es reinterpretado como arma de identidad y de combate a lo moderno occidental por grupos que se sienten excluidos de los procesos de modernización. (Nota del autor).

Todas estas construcciones identitarias, por fuertes y conflictivas que sean, no pueden anular los procesos de modernización ni impermeabilizarse a la fuerza de los elementos universalistas que conlleva el actual proceso de globalización. Más bien tienden a generar, a través de procesos que con frecuencia se tornan cruentos y traumáticos, nuevas formas de equilibrio entre lo global y lo local. Así, por ejemplo, en el caso de Irán (donde ha tenido lugar la experiencia más radical de construcción identitaria antimoderna), a partir de la desaparición de Khomeini y el fin de la guerra con Irak, tiende a generarse un nuevo alejamiento de la élite dirigente respecto a la sociedad, resurgen lazos tradicionales y se expande una economía subterránea que conlleva nuevas formas de consumismo. De otra parte, la **realpolitik** del régimen ha llevado a una situación más compleja en que conviven el discurso que demoniza a Occidente con espacios privados de modernidad consumista.

Las construcciones identitarias antimodernas no son patrimonio del mundo en desarrollo ni del postcomunismo. Tampoco se dirigen, necesariamente, contra la modernidad como un todo; muchas veces aceptan de buen grado la racionalidad instrumental de la cual la modernidad es portadora, cuestionando los aspectos de racionalidad normativa, la democracia, la secularización y la tolerancia. Pero, en general, al interior de las grandes corrientes religiosas contemporáneas, tienden a adquirir mayor fuerza grupos o posiciones de orientación integrista, cuyo discurso se opone, con mayor o menor intensidad, a los procesos de secularización que conlleva la modernidad.

La contradicción entre modernización y tradición cultural no cristaliza necesariamente, sin embargo, en construcciones identitarias antimodernas; puede conllevar a situaciones de occidentalización cultural sin modernización técnica, como en el caso de muchos países de África Sub-Sahariana, o de funcionalidad de la tradición para la modernización, como en el caso del Japón.

En su *Crítica de la modernidad*, Alain Touraine proclama: "Estamos todos embarcados en la modernidad; lo que es necesario saber es si lo hacemos como galeotes o como viajeros con bagajes,

proyectos y memorias".⁴ Este planteo incluye dos afirmaciones. Una es el carácter imperativo que asume la modernidad: la revolución científico-tecnológica, la progresiva globalización de los mercados y las comunicaciones y la presencia de una competitividad basada cada vez más en la difusión del proceso técnico, han terminado por liquidar cualquier sueño (o pesadilla) de autarquía frente a las tendencias globales. Hasta Albania ha tenido que "desalbanizarse".

La otra afirmación que subyace en la cita de Touraine es que no hay un camino único en la ruta de la modernidad. El proceso puede ser un martirio, ya que nadie es galeote por gusto. Pero aquí interesa sortear la mortaja del pesimismo y ver cómo puede darse la alternativa afirmativa, a saber, la de transitar por el camino con "bagajes, proyectos y memorias", con protagonismo y con identidad. Pensar dicha posibilidad significa entender la identidad cultural como una realidad dinámica, capaz de re-significar endógenamente los cambios. Se trata de trascender visiones defensistas que entienden la identidad cultural de un país o de un grupo como una realidad inmodificable, que sólo puede proyectarse como eterna repetición de un pasado válido para siempre.

Las visiones defensistas, propias de las construcciones identitarias antimodernas, tienden a soslayar la historia real. Esta última nos muestra una modificación incesante de las identidades y una fuerte tendencia al mestizaje y a la "contaminación" de las culturas.

Diversos ejemplos se podrían traer a colación referidos a movimientos culturales que nacieron en el margen de las culturas dominantes y que generaron productos culturales hoy completamente incorporados al sistema de vida de sus países o ciudades. La tendencia al entrecruce cultural es cada vez mayor. ¿Cómo se podría separar o distinguir lo hispanoamericano y lo asiático de

4 Touraine, Alain. *Critique de la Modernité*. París, Fayard, 1993.

la cultura norteamericana de hoy? Esto es lo que ha llevado desde una perspectiva conservadora a Eugene McCarthy a afirmar que "los Estados Unidos se han convertido en una colonia del Mundo".⁵

En síntesis, una concepción de la identidad cultural que no es estática ni dogmática y que asume su continua transformación y su historicidad, debería ser parte importante de la construcción de una modernidad "substantiva" que no se reduzca a procesos de racionalidad instrumental, eficacia productiva y unificación por vía del consumo. Si bien la racionalidad instrumental, la eficacia productiva, el progreso técnico y la capacidad de respuesta a las aspiraciones de consumo son elementos constitutivos de la modernidad, ellos no garantizan la vigencia de elementos valóricos tales como la vigencia de los derechos humanos, la democracia, la solidaridad y cohesión sociales, la sustentabilidad ambiental y la afirmación de memorias y proyectos históricos.

Una lectura reductiva de la modernidad que no plantee, de manera integrada y complementaria, equidad, sustentabilidad, democratización e identidad, tendería a reforzar procesos de modernización incompletos, destinados a producir enormes diferencias entre élites integradas-modernas y vastos sectores de la población marginados-fragmentados. Tal patrón reforzaría procesos de desintegración propicios para atrincheramientos antimodernos y reacciones contrarias al desarrollo.

Los procesos restringidos de modernización no sólo se expresan en los países en desarrollo. También tienden a aparecer en países desarrollados con diversa intensidad y magnitud. Por cierto, su mayor intensidad se manifiesta en las regiones de menor desarrollo, donde el fenómeno de la exclusión alcanza a sectores vastos de la población y se liga a situaciones de extrema pobreza para un gran contingente. En tales escenarios pueden generarse sociedades separadas y con élites modernas atrincheradas frente a

5 UNESCO, *Futuresco-Cultura* N° 4, junio 1994.

masas excluidas, y donde los excluidos conforman comunidades que no se remiten a consensos cívicos nacionales sino que tienden a refugiarse en las pertenencias tradicionales -locales, regionales, étnicas, carnales y/o religiosas-. Es en esta situación que la pertenencia comunitaria puede alimentar integristos y fundamentalismos, sean culturales o étnicos, resistiendo toda vocación integradora de la modernidad.

Una visión crítica de la modernidad implica romper con la oposición entre racionalización y subjetividad, y entre tradición y progreso, e implica la búsqueda de sus complementariedades e interacciones. Trata de atrapar a la vez la pertenencia a un mismo mundo y la fragmentación y ruptura que nos presenta el mundo actual. Tal como lo señala Touraine⁶, si hubiera que medir la modernidad, habría que hacerlo midiendo la subjetividad aceptada que existe en una sociedad, porque esta subjetivización no es separable de un equilibrio inestable entre dos orientaciones opuestas y complementarias: de un lado, la racionalización por la que el hombre es dueño y dominador de la naturaleza y de sí mismo; del otro, las identidades personales y colectivas que resisten a los poderes que han puesto en obra la racionalización.

II. América Latina y el Caribe: entre globalización e identidad cultural

La historia contemporánea de América Latina y el Caribe muestra con elocuencia que sus procesos de modernización, si bien de larga data y de intensas y discontinuas dinámicas, no han confluído en sociedades modernas; al menos, tal como hemos entendido la modernidad en las páginas precedentes.⁷ Persisten

6 Touraine, Alain. *Critique de la Modernité*. París, Fayard, 1993.

7 Cabe aquí diferenciar esquemáticamente entre *modernidad* y *modernización* para efectos del presente trabajo. La modernización constituye un proceso histórico, afincado en el cambio de los procesos productivos, de la

obstáculos considerables a aspectos sustanciales de la modernidad en nuestra región, pese a los avances de los últimos años en materias tales como el establecimiento de sistemas políticos pluralistas y el gradual arraigo de una cultura democrática y tolerante en la mayoría de los países; y la realización de un notable esfuerzo por reorientar la estrategia de desarrollo y poder insertarse mejor en la economía mundial, elevar la calidad de la gestión macroeconómica y recuperar, aún modestamente, el crecimiento económico.

Pese a tales esfuerzos, en los años ochenta, la incidencia de la pobreza tendió a aumentar (y sus altos niveles todavía persisten), la distribución del ingreso tendió a empeorar y en la gran mayoría de los países las desigualdades se volvieron más profundas, convirtiéndose en una fuente de mayor fragmentación social. La percepción de que grandes segmentos de la población viven peor que antes mientras una minoría incrementa sustancialmente sus estándares, agrava para muchos el desfase entre expectativas y realidades. Todo ello exacerba la tensión social y política y debilita las estructuras aún frágiles de las democracias.

Los avances moderados que se han registrado en los años noventa no han revertido esta situación; la marginación, la exclusión, la pobreza, la extrema pobreza y la desigualdad persisten con fuerza en América Latina y el Caribe. Es en el escenario mar-

composición demográfica, de las pautas de consumo y trabajo, del acceso a bienes y servicios y la secularización progresiva de la acción colectiva. La modernidad, en cambio, constituye un *proyecto cultural* en el cual han convivido dos tendencias fuertes: de una parte, la difusión de valores y actitudes básicos vinculados a la promoción de la libertad social e individual, al progreso social, al desarrollo de potencialidades personales, y a una vocación democrática que lleva a la defensa de la tolerancia y de la diversidad. De otra parte, la modernidad tiende a la difusión de una racionalidad formal y de una racionalidad instrumental, necesarias para la modernización, pero con un costo en términos de "cosificación" de la vida humana. Una perspectiva crítica de la modernidad es aquella que, sin dejar de reconocer la importancia de la racionalización, busca subordinarla a los valores modernos asociados a la democracia, la tolerancia, la libertad y la diversidad.

cado por estos problemas que se realiza en la región un esfuerzo por repensar el desarrollo, procurando zanjar este desfase entre "modernización intensiva" y "modernidad frustrada": desfase dado en gran medida por el sesgo excluyente de nuestros procesos modernizadores y los rebotes autoritarios en la articulación estado-sociedad, que han impuesto su sello a los países de la región durante varias décadas. La vocación integradora de dicho esfuerzo se hace evidente en su búsqueda por compatibilizar modernización productiva, equidad social, sustentabilidad ambiental y fortalecimiento de la democracia, tal como se expresa, por ejemplo, en la propuesta de transformación productiva con equidad que ha elaborado CEPAL. En un sentido más valórico-cultural, ella puede entenderse como una perspectiva crítica de acceso a la modernidad, en la que se busca revertir los persistentes patrones de exclusión social, económica, política y cultural que han padecido grandes contingentes de las sociedades nacionales de la región. Animada por una vocación pluralista en lo cultural, democrática en lo político, dinamizadora en lo productivo e integradora en lo social, ella intenta sentar bases para una perspectiva integrada del desarrollo.

La idea central de la propuesta de la transformación productiva con equidad es que la incorporación y difusión del progreso técnico constituyen el factor fundamental para que la región desarrolle una creciente competitividad, que le permita insertarse de manera exitosa en la economía mundial y asegurar un crecimiento constante. Al radicar la competitividad en la incorporación del progreso técnico, se busca superar el espíritu rentista que ha prevalecido en nuestras formas históricas de insertarnos en los mercados mundiales; ya no se trata de sentar la competitividad en los bajos salarios ni en el abuso y la depredación de los recursos naturales. Tales formas de "competitividad espuria" no sólo han sido concentradoras y excluyentes en el pasado sino que, además, hoy marchan a contrapelo de cualquier estrategia de desarrollo sostenido hacia el futuro.

Una "competitividad auténtica" supone contar con recursos humanos en buenas condiciones, con capacidad de agregar progresivamente valor intelectual y progreso técnico a su base de re-

curso naturales, resguardándolos y enriqueciéndolos. Conforme a dicha propuesta, el paso de una competitividad espuria a una competitividad auténtica, a la vez requiere y refuerza un enfoque sistémico del proceso productivo. En otras palabras: si bien la empresa es un elemento central en la difusión de progreso técnico en el aparato productivo, la competitividad internacional estará dada por el "funcionamiento de las naciones", incluyendo desde la infraestructura científica y tecnológica hasta la calidad de las relaciones laborales, el sistema educacional y los niveles de cohesión social, entre otros aspectos.

En este enfoque sistémico, el tema de la equidad adquiere una nueva dimensión. La existencia de una sociedad más equitativa, con mayor igualdad de oportunidades y con creciente capacidad de integración, con una ciudadanía efectiva en lo económico y extendida en lo social, resulta no sólo necesaria desde las perspectivas ética y política. En otras palabras, la equidad ya no sólo se sostiene por principios valóricos y por la necesidad de consolidar las democracias por vía de mayor integración social. Además de ello, la equidad aparece como funcional a los saltos de productividad, adquiriendo presencia en el propio terreno de la economía. Así, el enfoque sistémico nos muestra los límites de la competitividad espuria para el desarrollo económico a futuro. No hay desarrollo sostenible en base al mero aprovechamiento de los bajos salarios; más temprano que tarde el rendimiento económico acusará la incongruencia entre la necesidad de recursos humanos capaces de incorporar progreso técnico y una amplia población en condiciones de pobreza y con bajos niveles de formación.

En cuanto perspectiva crítica de acceso a la modernidad, el enfoque sistémico supone a su vez la necesaria interdependencia entre una serie de valores que concurren en un desarrollo integrado, a saber: la institucionalidad y transparencia democrática, el respeto a la diversidad de valores, la tolerancia en lo político pero también en el tejido social, la vigencia y reciprocidad de los derechos entre actores diversos, la apertura hacia el cambio y el rescate del progreso técnico como instrumento para acrecentar la comunicación y promover el bienestar general.

Este enfoque puede vincularse, en términos culturales, con un concepto de modernidad que intenta trascender los límites de la racionalidad instrumental, pero que también quiere romper el bloqueo impuesto por particularismos culturales replegados sobre sí mismos. En este sentido, comparte una visión crítica de la modernidad: busca conciliar la libertad individual y la racionalización modernizadora con la pertenencia comunitaria. En esta visión de la modernidad, las identidades particulares no están destinadas a contraponerse a la modernización o transformación productiva. Por el contrario, pueden ser un factor importante para su construcción si logran operar como elemento de movilización consensuada y con vocación democrática.

Para evitar esa contraposición resulta indispensable superar la dialéctica de la negación del otro. Dicha dialéctica se halla largamente enraizada en la historia de la región. Comienza con el momento del descubrimiento, se prolonga con la conquista, la evangelización y la colonización, y no cede con la transición hacia los estados republicanos ni tampoco en las dinámicas discontinuas de modernización experimentadas por nuestras sociedades. Esta dialéctica de la negación del otro tiene su fundamento en la negación cultural (de la mujer, del indio, el negro, el pagano, el mestizo, el campesino, el marginal-urbano, etc.), y constituye el cimiento en que a su vez se monta una larga tradición de exclusión socioeconómica y dominación sociopolítica.

La dialéctica de la negación del otro precede a la dialéctica de la exclusión. La negación no se interrumpe: se transmuta. En la historia de la región hay continuidad temporal entre la negación y la exclusión: los descendientes de los negros que fueron esclavos traídos de África y de los indios que fueron sometidos por la conquista, son hoy, en su mayoría, pobres y marginados (aunque no sean los únicos pobres o marginados). El estigma no se interrumpe ni con las revoluciones de independencia, ni con las empresas modernizadoras, ni con el estado de derecho.

Esta dialéctica de la negación del otro se extiende en la historia de la región más allá de la discriminación y represión étnicas, proyectándose muchas veces como discriminación cultural, socioeconómica, e incluso político-ideológica.

La asincronía entre una tendencia más lenta en los procesos de integración socioeconómica (promovidos por efecto de la transformación productiva y racionalización social) y una tendencia más intensiva de integración en el nivel simbólico y cultural (por efecto de la apertura política democrática y la industria cultural), podrá constituir, en los próximos años, un importante núcleo temático en la lucha por la ciudadanía en buen parte de las sociedades de la región.

Esto plantea la necesidad, no sólo de formar recursos humanos en los sectores más bajos para que puedan aumentar su desempeño productivo en la vida adulta, sino también de construir desde los cimientos del desarrollo de la vida (en los niños y jóvenes) una conciencia de sí mismo como partícipe de un proceso colectivo de desarrollo. La educación formal y, de manera más general, la difusión de conocimientos y destrezas para asumir los retos de la modernización productiva, constituye hoy, más que nunca, el punto de inflexión en que la negación del otro puede revertirse o afincarse. La llamada "sociedad del conocimiento" hace que la difusión del conocimiento constituya un eje central para la construcción de una ciudadanía donde el otro pueda ser un par. Entiéndase aquí la difusión de conocimiento en sentido amplio, a saber: como adquisición de destrezas productivas, de capacidad crítica, de autovaloración en función del propio potencial, de conciencia de sí mismo como ciudadano, de apertura para asimilar información y valores, etc.⁸

Si la sociedad del conocimiento desafía a ampliar nuestra cosmovisión y a abrir nuestra sensibilidad, esta presencia del otro de-

8 Este corolario de las reflexiones precedentes coincide, pues, con los planteamientos del documento de CEPAL/Oficina Regional de Educación de la UNESCO para América Latina y el Caribe, "Educación y conocimiento: eje de la transformación productiva con equidad" LC/G.1758/Rev. 1-P; LC/DEM/G.131/Rev. 1-Serie E, N°37), Santiago de Chile, en el sentido de que la difusión de la educación y del conocimiento debe activar "sinérgicamente" tanto la competitividad como la ciudadanía, difundiendo lo que se ha dado en llamar los "códigos de modernidad".

biera constituir un activo potenciabile. Si en lugar de negar la identidad del otro, la reconocemos, incluso como presente dentro de nosotros, nuestra cosmovisión se expande. El mundo no se nos derrumba si nos abrimos a la identidad-en-la-diferencia, sino que se enriquece con nuevos contenidos. Esto significa no sólo ampliar nuestra percepción del mundo sino que también se traduce en efectos prácticos, tales como: adecuaciones tecnológicas, conocimiento e información sobre tecnologías disponibles, y asimilación creciente y adecuada de las mismas; o desarrollar vínculos comunitarios que pueden fortalecer la democracia social y enriquecer los lazos de pertenencia y comunicación.

La región de América Latina y el Caribe ha sido desde su fundación un abigarrado tejido intercultural, un recurrente acto de compenetración intercultural o "asimilación activa" de la cultura de la modernidad desde el acervo histórico-cultural propio. El concepto de tejido intercultural incluye tanto la idea de permeabilidad entre culturas y sujetos de distintas culturas, como la idea de coexistencia de distintas temporalidades históricas en el presente de nuestra región. América Latina y el Caribe es, en este sentido, una región con un tejido específico porque combina múltiples corrientes culturales; porque desde sus orígenes ha incorporado el sincretismo como parte de su dinámica cultural e "identitaria"; porque coexiste y se mezcla lo moderno con lo no moderno, tanto en su cultura como en su economía, y porque la propia conciencia de la mayoría de los latinoamericanos está poblada de cruces lingüísticos o culturales.

La importancia de esta marca cultural ha sido decisiva en los caminos que la modernidad ha asumido, y seguirá asumiendo, en América Latina y el Caribe. Un equívoco profundo subyace al imaginario de la modernidad en la región. Porque si con tanta frecuencia hemos querido interpretar la modernidad como superación de todo particularismo excluyente o como una suerte de "occidentalización exhaustiva" de nuestra región, con ello hemos dado la espalda al elemento de la modernidad que más se relaciona con nosotros mismos: la capacidad para integrar dinámicamente la diversidad cultural en un orden societal compartido.

Es a través de esta modernidad "democratizante", y no mediante un concepto excluyente de modernidad, que puede pensarse la construcción de la ciudadanía en base a la identidad en el tejido cultural. Lo moderno de la región reside, precisamente, en que desde el momento que fue nombrada, se abrió al mundo. De allí en adelante, su modernidad se define por este sincretismo, o continua resignificación de identidades culturales. Vargas Llosa lo expresa de manera muy gráfica: "América Latina es lo menos autárquico que existe en el mundo. Los latinoamericanos hablan sobre todo lenguas de origen europeo, forman parte de tradiciones étnicas y culturales que tienen, la mayor parte de ellas, raíces muy profundas en Europa o en otros lugares del mundo como África, incluso Asia. Todo eso, naturalmente, ha tomado una coloración determinada en América Latina por efecto del paisaje, de la experiencia, de una problemática particular, y eso ha creado unos matices: por ejemplo, el italiano que se fue a Argentina hace un siglo y medio es un argentino en que lo italiano está todavía muy presente, pero de todas maneras es muy distinto del italiano de Italia".⁹

Del mismo modo que la relación conflictiva con el otro, los sincretismos y tejidos interculturales fuerzan a repensar los desafíos de la modernización y de la construcción de ciudadanía. Del mismo modo, la variable cultural parece ineludible si se quiere pensar la ciudadanía más allá de las formas vacías y retóricas que la han hecho históricamente restringida en América Latina y el Caribe. Ineludible también, si se quieren activar las energías endógenas para movilizar al conjunto de la sociedad en aras de un desarrollo productivo con mayores niveles de equidad social. ¿Cómo capitalizar, pues, la experiencia que tiene la región en la historia de cruce intercultural, para convertirla en una "ventaja competitiva" en el nuevo concierto de un mundo interconectado y globalizado?

9 Entrevista de Marras, Sergio. *América Latina, marca registrada*. Barcelona, Ediciones B-Grupo Editorial Zeta, 1992, p. 104.

¿Cómo hacer uso de nuestra larga historia conflictivamente sincrética para asumir con mayor riqueza este desafío que hoy atraviesan también las sociedades industrializadas, y que consiste en repensar el contenido de la ciudadanía a partir de la coexistencia progresiva de identidades étnico-culturales distintas? Asumir el tejido intercultural propio es, quizás, hoy día, el modo más auténtico de asumirse en medio de una modernidad signada por una diversidad de creciente complejidad "identitaria".

Esta sensibilidad intercultural cobra especial fuerza con la expansión de la industria cultural en la región y aumenta exponencialmente cuando dicha industria incorpora el nuevo poder de la tecnología informativa y comunicativa.

III. Algunas orientaciones para una visión armónica de desarrollo y cultura

Las páginas precedentes plantean, para el caso de la región, la necesidad de incorporar la consideración cultural en un proyecto de desarrollo económico y de construcción de ciudadanía moderna y extendida. El peso de las marcas culturales obliga a esta operación, por más que carezcamos, en principio, de herramientas para abordarlo. Hay, empero, indicios emergentes que pueden reme-
mercer las resistencias históricas en esta materia:

- Procesos de institucionalización democrática que nunca antes había ocupado una proporción tan grande entre los países de la región, y que sensibilizan a grandes mayorías hacia los valores de la tolerancia, la aceptación del otro y los consensos.
- Experiencias sociales amplias de valorización del orden y la estabilidad, a pesar de los costos socialmente regresivos de la crisis y el ajuste económico.
- Expansión de una industria cultural que favorece los cruces socioculturales y da posibilidades técnicas para que los espacios públicos sean más permeables a las culturas sumergidas.

- La propia necesidad de incorporar a los sectores excluidos por el patrón de modernización vigente, a la esfera de la política y del intercambio de posiciones, en aras de garantizar mayor gobernabilidad, estabilidad económica y continuidad institucional.

Son estos algunos de los elementos propicios para superar la dialéctica de la negación del otro y potenciar el tejido intercultural en la construcción de ciudadanía. El desarrollo económico requiere, en nuestra región y por la historia de nuestra región, de la construcción cultural de consensos que le garanticen continuidad y dinámica incluyente a dicho desarrollo económico.

La base cultural de una propuesta de modernidad como la que se intenta a través de la transformación productiva con equidad reside en la superación de la dialéctica de la negación del otro y en el fortalecimiento de nuestro tejido intercultural como resorte particular de la región para acceder a los desafíos universalistas de la modernidad. La dimensión cultural tiene un peso procedimental para el desarrollo (en tanto provee fundamentos requeridos para consensos amplios) y también aporta un peso valórico (en el campo de la extensión de la ciudadanía y del vínculo insoslayable entre identidad y desarrollo).

Pero en la relación entre los rasgos culturales y la viabilidad de la transformación productiva también existen interrogantes y problemas serios. ¿Cómo conciliar los "agentes del desarrollo" supuestos por la propuesta de transformación productiva con equidad, con las identidades culturales reales en la región? ¿Están los agentes del desarrollo (actores económicos, sociales y políticos), culturalmente preparados para impulsar dicho proceso?

Para que la vasta gama de actores socioculturales en la región incida significativamente en la construcción de un consenso para el desarrollo, es necesario superar la "mentalidad rentística" en la generación de un *ethos* empresarial moderno, en la conformación de una ética solidaria, como asimismo en buscar mecanismos de agregación y politización de demandas de las mayorías.

Un vínculo estratégico podría establecerse entre la orientación de los actores por la igualdad de derechos y oportunidades, con temas centrales de la TPE. En esta articulación, entre la demanda por derechos y reconocimientos, la demanda por derechos y reconocimientos y la demanda por incorporarse a las nuevas dinámicas del desarrollo productivo, podrá centrarse la lucha por fortalecer la incidencia de los actores sociales en procesos decisivos y en los nuevos rumbos de modernización.

Una cultura de ciudadanía extendida no se construye por decreto o programa, sino que es el producto de un proceso abierto y de una continua resignificación de nuestra identidad. La modernidad en América Latina y el Caribe no puede pensarse como la negación de este proceso, sino como su reapropiación continua en interacción con los procesos de cambio y modernización. Los mecanismos de intercambio democrático, esenciales para el consenso, y de incorporación a la modernidad, tienen que movilizar, a su vez, mecanismos de afirmación de identidades colectivas para hacer más visibles sus demandas y potencialidades.

Los consensos democráticos para impulsar un desarrollo sostenido requieren de fuerza cultural, vale decir, de una conciencia extendida respecto de las identidades culturales asumidas y de la reciprocidad en derechos y compromisos. El punto es cómo se potencia esta fuerza cultural y qué políticas pueden impulsarla.

Probablemente, esta reversión de los estigmas en potencias culturales, requiere algo más que una política sectorial en el campo de la cultura, de la industria cultural y de la comunicación de masas. Sin duda, la posibilidad de movilizar estos medios para difundir una cultura de la tolerancia y de la síntesis intercultural tiene que aprovecharse al máximo. Pero la difusión de estos valores también tiene que ganar "porosidad" en una gama muy amplia de acciones, rutinas e instituciones que pueblan el tejido social.

En este marco, la necesidad de una fuerza cultural que impulse el consenso para una orientación del desarrollo y que, a su vez, permita incorporar a dicha orientación los valores e identidades

propios de nuestras sociedades, debiera contemplar al menos cuatro requerimientos de alto efecto "sistémico".

En primer lugar se requiere que la educación y transmisión de conocimientos sean capaces de vincular la construcción de una ciudadanía moderna con la difusión de un *ethos* empresarial hacia el conjunto de la sociedad, todo ello adaptado a las posibilidades y perfiles culturales y económicos de cada país.

En segundo lugar, es necesario avanzar en la construcción de la ciudadanía extendida mediante políticas que, adaptadas a los diferentes contextos nacionales, promuevan una cultura institucional basada en la plasmación de contratos, normas de conducta y derechos crecientemente compartidos por los actores involucrados (instituciones, individuos y actores). Existe, entre agentes del desarrollo y analistas sociales, un consenso cada vez más generalizado en torno a la idea de que los valores culturales afectan a las instituciones y éstas a su vez son decisivas para el comportamiento de la economía.

De ello debiera deducirse la necesidad de incorporar, desde la educación básica y a escala masiva, tanto una relación creativa con la racionalidad instrumental y las destrezas productivas, como una socialización en valores y comportamientos que fortalezcan el sentido de la ciudadanía y de la institucionalidad jurídico-democrática. Esta socialización no se restringiría, empero, a la educación básica, sino que podría también incentivarse en una red de instituciones de capacitación, educación vocacional y educación de adultos.

En tercer lugar, es impostergable una política deliberada de reconocimiento, promoción e integración de los sectores que padecen la triple exclusión: discriminación cultural (sea por factores étnicos o por claros rezagos educativos); exclusión socioeconómica; y marginación respecto de los mecanismos de representación y participación políticas.

Tal política debiera permear un conjunto de iniciativas de integración, tanto en el plano simbólico (mediante la participación

creciente de dichos sectores en el sistema de toma de decisiones, sobre todo a escala local) como en el plano material (mediante la promoción de actividades productivas, comunitarias y, de capacitación, que fortalezcan la competitividad y la organización entre los sectores excluidos). Este tipo de acciones podría contar con un importante respaldo político mediante la puesta en marcha de pactos nacionales por la superación de la pobreza.

En cuarto lugar, para expandir los márgenes de desarrollo endógeno ocupa hoy día un lugar estratégico el desarrollo y consolidación de una industria cultural asentada endógenamente. Las industrias culturales no pueden desaparecer por la simple falta de ventajas comparativas. Se debe asumir, para surtir efectos de movilización y concertación que "sin industrias culturales no existe una cultura nacional y en tal sentido debe encararse la producción de marcos económicos, financieros, jurídicos y organizacionales que promuevan el desarrollo de dichas industrias."¹⁰ El carácter estratégico de la industria cultural para el desarrollo endógeno viene dado por triple partida. Primero, por el dinamismo de dicha industria para el dinamismo general de una economía que hoy se define como moderna. Segundo, por lo que se ha señalado respecto del carácter estratégico, en una economía competitiva dentro de los mercados globalizados, del acceso eficiente a conocimientos e información. Tercero, porque la industria cultural es cada vez más importante para el estímulo o el desestímulo de las culturas nacionales.

Independiente de las orientaciones de política recién referidas, debe tenerse conciencia que toda política cultural tendrá que integrarse y adecuarse a los cambios de las sociedades informatizadas emergentes. Por ende, la política cultural (o las políticas con impacto sistémico que atañen a la dimensión cultural) deberá pro-

10 Rama, Claudio. "Las industrias culturales ante el desafío del Mercosur". En: *Cultura Mercosur (Política e industrias culturales)*. Hugo Achugar (coord.), Montevideo, FESUR/LOGOS, 1991, p. 91.

mover la máxima flexibilidad, creatividad y adaptabilidad en torno a los ejes de estas sociedades emergentes, a saber: la *comunicación* (vinculada a la industria cultural, el mercado cultural y los "mass-media"); la *gestión* (cada vez más ligada a las redes interactivas de información); y el *consumo* (adecuado a las necesidades y las pautas culturales de nuestras sociedades).

Se trata, en síntesis, de asumir una visión sistémica de las relaciones entre economía y cultura: reconocer que los valores y las prácticas culturales afectan a las instituciones y al comportamiento de los agentes económicos y que la dinámica de la economía afecta, a su vez, las posibilidades de una construcción cultural compatible y afín con los desafíos de la modernidad.

Probablemente aquí tiene algo de cierto el proverbio oriental: iniciar el camino es ya el comienzo de la meta.

UNIVERSALISMO Y DIVERSIDAD CULTURAL EN AMÉRICA LATINA

María Luisa BARTOLOMEI

- 1 *Introducción. Hacia una nueva universalidad
de los Derechos Humanos.
Concepción del hombre como un ser de praxis;
base filosófica para los derechos humanos.
Derechos individuales versus derechos colectivos.*
- 2 *Los derechos humanos en América Latina.
Introducción a la problemática histórica.
Breve introducción a la Historia del Derecho
y a la Sociología del Derecho en América Latina.
Derecho de los pueblos indígenas en América Latina.
El Movimiento de los derechos humanos en América Latina.*
- 3 *Conclusiones.*

I. Introducción¹

1.1 Hacia una nueva universalidad de los Derechos Humanos

Este artículo intenta reflexionar brevemente sobre los siguientes temas: 1) en la necesidad de fundar los derechos humanos sobre una base filosófica nueva, que revea críticamente e incluya la praxis de los pueblos, sus culturas, sus necesidades sociales y económicas, sus historias de opresión, y abarque sus diferencias; 2) en este proceso de elaborar lo universal como *la unidad en lo distinto*, repensar los conceptos de *cultura legal* y *la cultura de la tolerancia*, derechos *individuales* versus derechos *colectivos*; 3) hacer un breve repaso de las graves consecuencias de *la colonización europea en América Latina*, su relación con los derechos humanos, las características del sistema jurídico existente y la desvalorización de lo "no europeo", base de la identidad de los sectores de poder en el continente; 4) introducir brevemente el tema del *Derecho de los Pueblos Indígenas* y su relación a fenómenos de la cultura y de la identidad étnica; 5) reconsiderar el concepto universal de los derechos humanos hoy predominante, basado en lo *europeo*, en lo *masculino* y en lo *blanco*.

El filósofo Marcelo Dascal nos habla de la profunda "crisis de identidad" por la cual está pasando actualmente la filosofía, al igual que otras disciplinas, y nos explica este fenómeno cultural como un reflejo de la situación sociocultural y geopolítica del planeta. Y nos dice:

Tras unos cinco años de expansión, la civilización europea -u occidental- ha logrado establecer su hegemonía

1 Parte de este artículo fue presentado en la Conferencia Internacional "Diálogo Sur-Sur sobre el Estado de Derecho y la vigencia de los Derechos Humanos-Intercambio de Experiencias y Apertura de Nuevas Sendas", Lund-Suecia, 10-14 de Mayo de 1993, organizada por el Programa Integrado de Derechos Humanos, Instituto de Sociología de Derecho de la Universidad de Lund, y en el 48 Congreso Internacional de Americanistas-ICA". Estocolmo/Uppsala, Julio 4-9, 1994.

cultural, política y económica por todo el planeta. Con excepción de algunos pequeños grupos humanos en los lugares más apartados de los bosques tropicales, prácticamente en cualquier parte del mundo puede uno [esperar] calmar su sed bebiendo Coca-Cola, soñar con la libertad democrática y aspirar a los beneficios de las maravillas de la economía de mercado. Occidente se ha regocijado por su éxito al superar las últimas barreras importantes contra su expansión: el muro de Berlín y la Gran Muralla China... Y, sin embargo, este impresionante logro de la civilización occidental la ha obligado, paradójicamente, a enfrentar interrogantes profundos y problemáticos. La subyugación de formas de vida alternativas sólo fue posible con una firme creencia de que la racionalidad occidental -encarnada en las tradiciones culturales, políticas y económicas de Occidente- representa la más elevada forma de autorrealización humana. Pero...¿han podido los valores occidentales llenar el vacío engendrado por la destrucción de otras tradiciones culturales? ¿O ese patrón de vida nuevo y civilizado ha dejado a miles de millones de personas desorientadas y sin raíces? ²

Más adelante, el mismo autor nos explica:

Ciertamente, no pueden ignorarse las mejoras que se han logrado en el mundo entero en cuanto a expectativas de vida, educación, movilidad y libertad. Pero el cumplimiento de las promesas de un continuo progreso global, puede empezar a ser cuestionable, en vista de las resistencias antiguas y nuevas... Quiá, podría preguntarse alguien, haya algo equivocado en la idea de la superioridad y universalidad occidental sobre la cual se basa la fe en la capacidad de Occidente de asegurar un progreso continuo. Dentro del contexto de dicho cuestionamiento

2 Dascal, Marcelo. *Relativismo Cultural y Filosofía -Perspectivas Norteamericana y Latinoamericana*. Pág. 6, Introducción, 1992.

empiezan a surgir el relativismo y el pluralismo, al menos como una opción que vale la pena considerar.

La posibilidad de una actitud relativista para una mente occidental implica, entonces, el abandono (por lo menos momentáneo) de su acostumbrada seguridad y autosatisfacción.³

En este camino de reflexión surgen interrogantes tales como: ¿en qué medida la vigencia del Estado de Derecho en el "sur" resolverá las acuciantes injusticias sociales existentes, la marginación social y económica de gran parte de la población, el autoritarismo y la intolerancia?, ¿hasta dónde el sólo desarrollo del Estado de Derecho y su llamada "cultura legal" en los países del norte, ha solucionado los conflictos raciales y culturales en estas sociedades?, ¿en qué medida el Estado de Derecho en los países industrializados ha respetado la "diferencia", ha resuelto la discriminación basada en razones de raza, color, sexo, cultura, religión, idioma, posición económica o social, y ha sentado condiciones para una sociedad basada en la tolerancia y el respeto hacia lo "nuevo" o lo "distinto"?

Dentro del campo de los derechos humanos, un especialista en derecho internacional, el profesor Antonio Cassese, nos plantea la *universalidad* como un *mito* en el mundo actual. La observancia de los derechos humanos difiere de país en país y los derechos humanos se conciben de manera distinta. Sin embargo, la humanidad dispone actualmente de extensos textos normativos que indi-

3 *Ibid.*, pág. 7. Y, siguiendo esta reflexión, el mismo autor se formula una serie de interrogantes: "...¿es posible que nosotros, los occidentales, no tengamos un proyecto certificado para resolver todos los problemas, si no inmediatamente por lo menos 'a la larga'? ¿Es posible que "otros" tengan métodos o anti-métodos, conocimiento o intuición, reglas o tradiciones para la acción, mediante los cuales puedan enfrentar mejor no solamente sus problemas sino quizá también los nuestros? ¿Es posible que entablemos con ellos (o que ellos entablen con nosotros) relaciones bilaterales mediante las cuales cada una de las partes tenga la libertad de absorber de la otra lo que mas le convenga, sin destruir por ello su forma de vida?"

can cuáles son los derechos y las libertades fundamentales que corresponden, en principio, a cada individuo de la Tierra, y qué autolimitaciones han de imponerse los estados para garantizar esos derechos y libertades. Esos textos han sido elaborados dentro de las Naciones Unidas, especialmente después de las experiencias sufridas en la Segunda Guerra Mundial y hasta nuestros días.⁴

En las Naciones Unidas, el texto de la Declaración de los Derechos Humanos de 1948, intentaba reconocer un concepto universal, transhistórico, del ser humano. Con este documento, que constituye un conjunto de principios "jusnaturalistas", se los invita a los estados del mundo a adherirse, representando fundamentalmente una autoridad ética y política. Pero, en los textos de 1966, las Convenciones o Pactos (el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), en la medida en que expresan un acuerdo entre partes contratantes, los estados se comprometen a hacer algo, a promover los derechos que las Convenciones enumeran. Por lo tanto, los Pactos tienen valores diferentes: justamente porque constituyen tratados internacionales propiamente dichos, obligan a los países que expresamente los han aceptado, por medio del procedimiento formal de la adhesión.⁵

Cassese explica cómo estos tres documentos señalan unos mismos parámetros de conducta para todos los estados. Sin embargo, sería poco realista que diseñasen, rígidamente, para todos los países del mundo, el mismo esquema de relación entre el gobierno y los individuos; en otras palabras,, que proyectasen, a nivel mundial, el mismo *modelo de sociedad* y el mismo *modelo de Estado*. Este autor agrega que estos textos han sido elaborados por países profundamente diferentes: industrializados o en vías de de-

4 Cassese, Antonio. *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*. (Cap. 3: *¿Los derechos humanos, ¿son verdaderamente universales?*). Barcelona, 1991, págs. 58-80.

5 *Ibid.*, pág. 58.

sarrollo, de economía de mercado o economía planificada, pluralistas o basados en el sistema de partido único, sometidos a regímenes militares o civiles, a monarquías o repúblicas, a gobiernos autocráticos o a sistemas de democracias parlamentarias, y sobre todo con historias culturales distintas como también distintas concepciones religiosas.⁶

Como se puede apreciar, la Declaración y los Pactos intentan consagrar unos parámetros de alcance universal que, por lo menos tendencialmente, deberían ser válidos para todos los estados del mundo y tener, así, como beneficiarios a todos los habitantes de la Tierra. ¿Pero es real esta relativa universalidad? Esos parámetros, esos preceptos universales, ¿se entienden, se perciben y ponen en práctica en todo el mundo del mismo modo o hay diferencias y distanciamientos *mayores que los permitidos por los parámetros mismos*?⁷

Cassese intenta también mostrar los principales puntos sobre los cuales los distintos países del mundo se encuentran aún muy alejados entre sí. En otras palabras, los puntos en los que el esfuerzo de *unificación mundial*, perseguido durante la elaboración de los tres grandes documentos, aún no ha producido efectos concretos. Nombra en primer lugar profundas divergencias en el *concepto filosófico* de los derechos humanos. Por ejemplo, los países occidentales están en general todavía anclados en una visión "jusnaturalista", precisamente la que han propugnado durante la redacción de los tres grandes textos. Para ellos, los derechos humanos son propios de la naturaleza de los individuos, son un elemento intrínseco de la "cualidad de la persona humana" y, por lo tanto, son anteriores a toda estructura estatal y deben ser respetados por los gobiernos.⁸

6 *Ibid.*, pág. 59.

7 *Ibid.*, pág. 60.

8 *Ibid.*, pág. 62.

Otra discrepancia importante se refiere a las diferentes *concepciones culturales y religiosas*. Para los occidentales, proclamar los derechos humanos significa sobre todo tutelar la esfera de la libertad individual contra el excesivo poder del Estado invasor. Distinta visión tienen los países del Tercer Mundo. Por ejemplo, es distinto el concepto que se desprende de las grandes tradiciones culturales *asiáticas*, tales como el concepto *budista*, la tradición *hinduista* o la tradición *confuciana*, donde la relación individuo-Estado tiene otras dimensiones. Es importante también nombrar la tradición *islámica*. Sin embargo, en la *africana* y la de los *pueblos indígenas* del continente americano, se observa cómo se da especial énfasis a la comunidad frente al individuo.⁹

Por lo tanto, se necesita dar un nuevo contenido concreto al concepto *universalidad*, contenido que aún falta en las declaraciones abstractas. Pero el hecho de plantear la necesidad de una universalización de los derechos humanos lleva, no obstante, a un enriquecimiento y flexibilización de este concepto y ese contenido. Construir una universalidad que reconozca las diferencias, abarque lo distinto, reconozca el derecho a la propia identidad, la autonomía de los sexos, las razas, las edades y las etnias.

Las distintas partes de nuestro mundo se van volviendo cada vez más *interdependientes*, así como el curso de la historia gana continuamente velocidad e intensidad. Sin embargo, la idea de dignidad humana no es un privilegio sino tiene su origen y nace del grito de rebelión de todos los explotados de la Tierra. Es necesario volver al fundamento, que es el hombre que padece desde hace milenios. Lo que cambia es la forma en que expresa su indignación, la modalidad de expresión de la exigencia universal de respeto; en resumen, la nomenclatura de los derechos.¹⁰ Y en este camino de búsqueda es difícil coordinar un pensamiento comprometido con las luchas de la humanidad para que se eleve por en-

9 *Ibid.*, págs. 63-64.

10 *Ibid.*, pág. 31

cima de una historia que, la la inmensa mayoría, sigue siendo todavía una historia de sufrimiento, de sufrimiento *injusto* .

1.2 Concepción del hombre como un ser de praxis; base filosófica para los derechos humanos

Partimos del concepto del hombre como ser práctico, que crea su historia, sus condiciones materiales de vida, sus formas sociales, su moralidad y su ley más allá de cualquier límite preconcebido. El fundamento último de los derechos humanos está constituido por las necesidades esenciales de cada individuo, cuya realización bajo condiciones históricas dadas es una condición necesaria para su supervivencia social y su desarrollo. La ley es justa, humana y válida sólo si estatutos particulares y actas legales expresan esas necesidades concretas; si no lo hacen, es expresión de la fuerza. Si la ley queda reducida a ley positiva, a lo que está escrito en las leyes de un Estado, no es más que una justificación de intereses particulares de la élite dominante.¹¹

El hecho de que la especie humana no está meramente dada; sobrelleva un proceso de permanente autodeterminación y auto-desarrollo. Los derechos humanos y las libertades existentes constituyen sólo una fase de este proceso histórico de *emancipación creciente*. La pregunta que surge respecto de la historia humana es: ¿Qué condiciones objetivas son necesarias para la sobrevivencia y el desarrollo del hombre, no como un mero organismo viviente sino como un ser *definidamente humano* ?

Asumiendo la *universalización y continuación* de la *praxis* como punto de vista normativo fundamental, la pregunta es: ¿Qué significa decir que el hombre *es y debe ser* un ser de *praxis* ? En este aspecto, un filósofo nacido en la ex-Yugoslavia, Mihailo Marko-

11 Ver Markovic, Mihailo. "Fundamentos filosóficos de los derechos humanos". En: Diemer A., Hersch J. y otros. *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*. Pág. 133.

vic, responde que el hombre no es meramente un reflejo de fuerzas externas naturales y sociales, un producto de la educación, de su cultura o de las estructuras económicas, sino también un *sujeto* que, dentro de los límites de la situación dada, se crea a sí mismo y remodela su entorno, cambia las condiciones gobernadas por determinadas leyes, y educa a los educadores. Por tener una dimensión *subjetiva* y una dimensión *objetiva*, poder tanto espiritual como material, es capaz no sólo de comprender sus limitaciones sino también de superarlas. Por lo tanto, la relación individuo/sociedad, sociedad/individuo cobra vigencia.¹²

El hombre es un ser *actual, empírico*, y la teoría ética se torna irrelevante cuando descansa sobre normas que están completamente divorciadas de esa realidad empírica y no tiene fundamentos en ella. Tanto actual como potencialmente el hombre es una persona única con capacidades, poderes y dones muy específicos. El hombre es también un ser *comunitario*. Sólo en una *comunidad* se vuelve humano, surgen sus capacidades, se apropia del conocimiento, las habilidades y la cultura acumulados y creados por muchas generaciones procedentes y desarrolla una serie de necesidades sociales: pertenecer, compartir, ser reconocido y estimado. Los niveles de *particularidad* son muchos; un individuo pertenece a una familia, a un grupo, una comunidad, una clase social, una nación, una raza, un sexo, una cultura, una religión, una generación o una civilización.¹³

Markovic nos habla también de la posibilidad de construir lo universal más allá de lo distinto y lo diferente en cada cultura o lo particular de cada pueblo:

En la historia el desarrollo es permanente. Siempre es posible una traslación o incorporación de productos prácticos y experiencias interiores y existen invariantes transe-

12 *Ibid.*

13 *Ibid.* Pág 138.

pocales. Por lo tanto hay buenas razones para afirmar que, a pesar de todas las discontinuidades entre épocas y civilizaciones particulares, existe un conocimiento humano universal, existe una cultura material y espiritual que crece, un ser de la especie humana que evoluciona a través de la vida de diversos individuos y de seres comunitarios particulares.¹⁴

También se puede observar cómo algunos intereses son verdaderamente *universales*, tales como: *defender la vida sobre la Tierra*, preservar la naturaleza de la polución irreversible, ahorrar los recursos naturales no renovables para las generaciones futuras, producir comida y energía suficientes para todos los habitantes del planeta, derrotar las enfermedades epidémicas y las catástrofes naturales, prevenir un holocausto nuclear, etc.

El sociólogo e historiador argentino Juan José Sebreli nos habla de la unidad, la universalidad y el absoluto recuperable en el corazón mismo de la historia si reconocemos que ésta es obra del ser humano, al existir un sujeto común que hace la historia. Y nos dice:

Lo absoluto deja de ser una sustancia suprahistórica, fija e inmutable, se realiza en la relatividad misma de la historia, se va haciendo por la acumulación de experiencias, por la continuidad de las fases históricas. La relatividad de los distintos momentos parciales y fragmentarios no lo es sino respecto de un absoluto, que es el hacer del hombre".¹⁵ Posteriormente, el mismo autor no explica: "El sentido de la historia reside precisamente en no tenerlo desde el principio; sólo así, el conocimiento, la acción, el trabajo, la lucha de los hombres adquiere un significado."¹⁶

14 *Ibid.* Pág. 139.

15 Sebreli, Juan José. *El asedio a la modernidad*, 1991, página 338.

16 *Ibid.*, pág. 348.

La pregunta que surge aquí, es: ¿Cómo construir lo universal desde lo particular y lo distinto en cada cultura y en cada sociedad? Y frente a esta problemática surge la necesidad de rever críticamente la praxis de los pueblos, buscando sus raíces, su identidad y sus necesidades, especialmente en los países del Tercer Mundo, historias desvirtuadas por el proceso de colonización pasado y presente. Los derechos humanos no deben dictarse desde el Norte; los pueblos del Sur necesitan reconsiderar su historia de opresión, sufrimiento y negación, creando espacios para una existencia independiente y digna. Ha predominado hasta el presente un concepto de lo universal basado principalmente en lo *europeo*, lo *masculino* y lo *blanco*.

Y en este proceso de deconstrucción y globalización, los sectores oprimidos de América Latina (mujeres, niños, indígenas, negros, marginados sociales, trabajadores, etc.) necesitan reencontrarse en su praxis histórica, sus propias raíces e identidad social, cultural y económica.¹⁷

1.3 Derechos individuales versus derechos colectivos

La *cultura legal* en Occidente otorga un lugar privilegiado a los que se ha denominado derechos *subjetivos* o *individuales*. Lo específico de los derechos objetivos es otorgar un poder de decisión al individuo. Es el sentido de la revolución intelectual del siglo XVII europeo, en la cual la tradición del derecho natural encontró un nuevo punto de partida con la afirmación de los derechos subjetivos. El problema que preocupa a los pensadores del derecho natural pertenecientes a ese siglo, por ejemplo Grotius y Locke, es el de los derechos naturales de que gozan los individuos.¹⁸

17 Kothari, Rajni. "Human Rights-a movement in search of a theory". En: *Rethinking Human Rights-challenges for theory and action*. Kothari, Smitu y Sethi, Harsh, eds. Nueva Delhi, 1991.

18 Ver: Taylor, Charles. "Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos. Complemento a la relación del profesor Mathieu". En: Diemer A., Hersch J. y otros: *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, pág. 53.

Se ve, pues, hasta qué punto el régimen de derechos subjetivos tiene sus raíces en las costumbres políticas y en las formas de pensamiento del occidente moderno. Este rasgo va a la par con la afirmación del estatuto del individuo, de su libertad y de su anterioridad a la sociedad. En el siglo XVII se daba a esa anterioridad un sentido cuasi literal. La sociedad civil era establecida por medio de un contrato unánime a partir de un Estado de naturaleza en que todo hombre era soberano. La sociedad sólo tenía poder legítimo sobre sus miembros porque ellos habían consentido otorgárselo. La soberanía del individuo era anterior a la de la sociedad y ésta se derivaba de aquélla.¹⁹

El régimen de derechos subjetivos tiene, pues, dos efectos: a) pone límites a la acción de los gobiernos y a las decisiones colectivas, otorgando una determinada protección a los individuos y a los grupos particulares; b) otorga a los individuos y a los grupos particulares la iniciativa de la reivindicación y margen de libertad en la imposición de esos límites.²⁰

Para algunos autores, esta separación entre sociedad y Estado, individuo y sociedad, se explica así:

Lo cierto es que la ideología de los derechos humanos surgió sólo en los albores del mundo burgués. Es un discurso que constituye a los hombres en ciudadanos, es decir, en individuos de cara a su otro, que es el Estado. El discurso ha desarmado las relaciones anteriores, ha atomizado a los elementos, los ha convertido en portadores de derechos que pueden enajenar, a los cuales pueden renunciar, a los que es necesario "proteger". Se ve fácilmente que se trata del discurso que permite la circulación

19 *Ibid.* Pág. 54.

20 *Ibid.* Pág. 53.

mercantil y que pone en manos del Estado la posibilidad -la función- de protegerla".²¹

Desde entonces, esta concepción de derechos subjetivos individuales que se pueden reivindicar, se ha vuelto universal. Pero la cuestión es saber si el régimen de derechos subjetivos puede tener el mismo sentido en culturas políticas y sociales que no conceden este mismo lugar fundamental a la libertad individual.²²

Al mismo tiempo, este discurso de los derechos humanos, estrechamente concebidos como *derechos subjetivos* individuales, se convierte y es usado como un discurso de justificación y encubrimiento por algunos países o gobiernos, desde el momento en que oculta violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho al trabajo, a un ingreso asegurado, a la educación, etc., derechos que -es necesario recordar- se enuncian como derechos individuales en los documentos internacionales.

El mismo discurso de justificación sirve también para ocultar el no reconocimiento de otros derechos que también son derechos "subjetivos", aunque no sean derechos individuales, y que se aplican a *grupos*, tales como los derechos de las minorías étnicas, los derechos lingüísticos regionales, el derecho de los pueblos sin Estado a la autodeterminación, el derecho al desarrollo, etc. Estos derechos han sido cínicamente violados a lo largo de todo el período colonial por la llamada cuna de la filosofía de los derechos humanos, Europa occidental.²³

21 Correas, Oscar. "Los derechos humanos en la democracia". En: Groisman, Enrique (comp.). *El derecho en la transición de la dictadura a la democracia: la experiencia en América Latina/1*, Buenos Aires, 1990, pág. 22.

22 Taylor, Charles. "Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos. Complemento a la relación del profesor Mathieu". En: Diemer A., Hersch J. y otros: *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, pág. 55.

23 Ver Ricoeur, Paul. "Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos: una síntesis". En: Diemer A., Hersch J. y otros: *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, pág. 28. Ver también Baehr, Peter R. & Vander Wal, Koo. "Introduction item: human rights as individual and as collective rights". En: *Human rights in a pluralist world-individuals and collectivities*. Berling, Jan; Baehr, Peter y otros (eds.) UNESCO, 1990.

2. Los derechos humanos en América Latina

2.1 Introducción a la problemática histórica

Desde la época de la colonización española y, por lo tanto, mucho antes del Siglo de las Luces, Occidente se atribuye la misión de civilizar a toda la humanidad. El hombre de América Latina es considerado entonces como un niño por los sacerdotes y como semisalvaje por los colonizadores. En el proceso actual de desmitificación de Occidente en América Latina y en el Tercer Mundo en general, se plantea consecuentemente la necesidad de la desmitificación de numerosas ideologías colonialistas del Norte, expresadas por los sectores dominantes en los países del Sur. Hoy en día, la ideología democrática sirve también para justificar la penetración económica de las grandes potencias del Norte.

El sociólogo chileno Fernando Mires no explica, con estas palabras, la historia y la presencia del indio en América Latina en el proceso de reformulación actual de "lo nacional" y "lo social":

En el momento en que los indios fueron 'descubiertos', no era difícil saberlo. Independientemente a que muchos pueblos precolombinos hablaran múltiples idiomas, tuviesen distintos gobiernos, territorios, costumbres, civilizaciones y -sobre todo- muchas historias diferentes, todos fueron designados por el 'descubridor' como indios. Indio era un concepto homogeneizante que surgía, no de una característica propia sino por referencia al que había decidido 'descubrirlo'. El indio era el no europeo en las Indias. El indio, entonces, surgía no como la afirmación de sí mismo sino como negatividad de lo europeo. Los seres humanos subsumidos en ese concepto eran despojados de sus particularidades. El indio era 'el otro más allá de los mares' ²⁴

²⁴ Mires, Fernando. *El discurso de la indianidad-la cuestión indígena en América Latina*. San José de Costa Rica, 1991, pág. 11.

Más adelante el mismo autor nos dice:

Ya fuera a través de su muerte, de su esclavitud, de su evangelización o de su negación filosófica, el indio fue siempre concebido como un medio (con excepción de Bartolomé de las Casas, quien vio en el indio al "prójimo") para el cumplimiento de una historia que lo determinaba en términos absolutos. Por eso, el conocimiento de la historia de la invención del indio no solamente es necesario para tomar conciencia del enorme daño causado a esos pueblos, sino que además esa historia cuestiona los principios por los cuales el indio fue y es negado como prójimo.²⁵

En relación con esta historia de violaciones de los derechos humanos en América Latina, un jurista argentino, Eugenio R. Zaffaroni, escribe:

La depredación sistemática de América y de África, llevada a cabo por la civilización más genocida de la historia, fue históricamente la más masiva y terrible violación a todos los derechos humanos. El poder colonial europeo acabó con los indios de América del Norte y, en buena proporción, también con los del resto de América. Destruyó ciudades que tenían tantos habitantes como Madrid o Lisboa y despreció la vida del indio e ignoró su cultura.²⁶

El mismo autor, al referirse a la búsqueda de una identidad propia en América Latina, se refiere a la identidad euro-

25 *Ibid.* pág. 165. Ver también sobre la actual violación de los derechos de los pueblos indígenas en América Latina, "Los pueblos indígenas siguen sufriendo", Amnistía Internacional, Madrid, 1992.

26 Zaffaroni, Eugenio Raúl. "La historia de los derechos humanos en América Latina". En: *Educación y derechos humanos-Una discusión interdisciplinaria*. Olguín, Leticia (coord.), 1989, pág. 23.

pea producto de su historia colonial, y cita algunos conceptos de Hosea Jaffe²⁷:

No obstante, cuantas veces se pregunta sobre qué es América Latina, conviene, antes de responder, volver a preguntarse qué es 'Europa' y cuándo se definió como tal. 'Europa', como unidad conceptual, no era más que una vaga referencia de los árabes y orientales de una región ubicada al norte y oeste de Grecia, hasta que comenzó a explorar, dominar y explotar a África, América y Asia. Fue entonces, cuando enfrentando y dominando a los tres continentes, los europeos 'reconocieron la necesidad de considerarse, en conjunto, algo diverso, hostil y también superior a los pueblos africanos, americanos y asiáticos'. Con el capitalismo surgió Europa y con Europa la civilización europea: una civilización fundada sobre los esclavos africanos, las plantaciones y las cosechas americanas, las especias asiáticas y los metales preciosos de los tres continentes, como también sobre los números de la India, sobre el álgebra, la astronomía y la ciencia de la navegación de los árabes, y sobre la pólvora, el papel y la brújula de los chinos. Esta afro-americano-asiática civilización europea era, en realidad, la contemplación narcisista de las propias conquistas. La espada, el fusil, la violación, el asesinato, el robo, la esclavitud, fueron las bases reales de la idea de la 'superioridad europea', pues de este proceso surgió la misma idea de 'europeo' - hombre de Europa- que ni siquiera existía etimológicamente antes del siglo XVII.

En cuanto al tema de la *historia del derecho* en América Latina, se observa con crudeza el abismo existente entre *el derecho en libros* y *la praxis social*. Por un lado, las constituciones redactadas sobre

27 Jaffe, Hosea. *África. Movimenti e lotte di liberazione*. Milán, 1973, pág. 52. Citado por Zaffaroni, Eugenio Raúl, *ibid* págs. 29-30.

el modelo de las declaraciones francesa y americana de los derechos y los deberes del hombre; por el otro, una alternancia entre dictaduras y gobiernos democráticos. Para lograr una comprensión de esta problemática, hay que remitirse a la manera como se consolida el dominio occidental en tierras de América Latina. Aquí se intenta presentar algunas ideas generales al respecto, dada la complejidad y extensión del tema.

De acuerdo al filósofo peruano, Francisco Miró Quesada²⁸, como consecuencia de los métodos ibéricos de colonización, se comienza a construir un grupo integrado por los descendientes de los conquistadores y de los españoles que, una vez consolidada la colonia, se establecen en tierras de América. Este grupo, llamado de *criollos*, va siendo cada vez más grande, más cohesionado y fuerte. Llega un momento en que el dominio español y portugués comienza a incomodarlo, porque sólo los hombres nacidos en la metrópoli pueden aspirar a los más altos cargos. Las ideas libertarias de los enciclopedistas constituyen un instrumento para justificar un movimiento de independencia que les permita romper los vínculos con el poder colonial y mantener así el poder necesario en defensa de sus intereses.

El mismo autor nos explica cómo, cuando se pasa de la colonia a la república, en el fondo nada cambia en los países latinoamericanos. Las grandes mayorías siguen dominadas y explotadas por la clase que, por descender de los grupos dominantes latinoamericanos, va evolucionando. Algunos intentan conservar la vieja estructura heredada de los españoles, pero otros comprenden que el avance de las nuevas formas económicas y sociales que acompañan al proceso de industrialización son avasalladoras, e intentan ponerse a tono con la historia. Mas, por el hecho de constituir

28 Ver Miró, Quesada, Francisco. "Los derechos humanos en América Latina". En: Diemer A., Hersch J. y otros: *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, pág. págs. 340-341.

el grupo privilegiado, su tendencia modernizante choca con sus propios intereses.²⁹

Haciendo una relación histórica de la relación de Occidente con América Latina, Miró Quesada escribe:

Vemos, así, que Occidente se apoya en una ideología liberal, democrática, que proclama el respeto por los derechos humanos para justificar su penetración económica. Y, por eso, cuando sus intereses están en juego, interfiere con la acción de aquellos que pretenden aplicar de manera auténtica las propias ideas proclamadas por los occidentales. El latinoamericano se encuentra, en estas circunstancias, frustrado por la inautenticidad occidental. En una primera etapa, en nombre del cristianismo, se le somete a la servidumbre; en una segunda etapa, en nombre de la libertad, los derechos humanos y el progreso, se lo somete a la dictadura. La razón es siempre la misma: el occidental lo considera inferior.³⁰

El jurista argentino antes mencionado, Eugenio Zaffaroni, hace también referencia a la continuidad de la dominación europea y del norte en todo el continente, especialmente después de la independencia de España, como también de la continuidad en la violación de los derechos humanos, inclusive en formas más crueles e inhumanas, por momentos³¹:

Y así, las minorías criollas fueron instruidas en la 'ciencia' europea; de este modo, Latinoamérica fue sometida al nuevo centro de poder mundial, no mediante órdenes de virreyes sino a través de oligarquías criollas, que

29 *Ibid.* Pág. 341.

30 *Ibid.* Pág. 342.

31 Zaffaroni, Eugenio Raúl. "La historia de los derechos humanos en América Latina". Pág. 29. Ver también, del mismo autor: *Estructuras judiciales*, 1994.

resultaron ser las minorías proconsulares 'ilustradas' del poder central.

Esa 'ciencia' central no sólo se repetía en las usinas universitarias latinoamericanas sino que nuestras oligarquías, como toda minoría colonizada, dócilmente execró, vilmente, toda manifestación cultural contraria a la cultura colonizadora y pretendió superar a ésta, incluso en brutalidad genocida. Si el ibérico y el francés no tuvieron piedad para con el 'inferior' colonizado, igual o peor crueldad mostraron nuestras oligarquías criollas, que ahogaron en sangre -cuantas veces pudieron- todo reclamo de justos derechos humanos, racionalizando sus genocidios con argumentos extraídos del 'racismo' positivista de la 'ciencia' europea.

Esta historia de la colonización europea de América Latina tiene su expresión directa en los sistemas jurídicos implantados en todo el continente. Los indígenas, las poblaciones de origen negro, los pobres, los sectores populares en América Latina, en general, han continuado hasta nuestros días carentes de derechos reales, sujetos no existentes para la sociedad real. El abismo subsiste entre el derecho en teoría y el derecho en la práctica.

2.2 Breve introducción a la Historia del Derecho y a la Sociología del Derecho en América Latina

Como mencionamos anteriormente, las formaciones sociales latinoamericanas son el resultado, todavía no definitivo, de la desaparición del sistema colonial español y portugués y su reemplazo por naciones independientes. Estos siglos de dominación hispana, como es conocido, se afirmaron en un ejercicio despótico de la autoridad, que ignoró, despreció y masacró toda la alteridad proveniente de la cultura aborigen.³²

32 Ver Cárcova, Carlos. "Derechos humanos y universidad: impactos y desafíos". En: *Teorías jurídicas alternativas-Escritos sobre Derecho y Política*, 1993, pág. 89.

En cuanto a la historia de su sistema jurídico, siguiendo la opinión del jurista argentino Eugenio Zaffaroni, vemos cómo América Latina presenta actualmente un *caos de estructuras judiciales* con instituciones copiadas a los Estados Unidos y a Europa, en muy diferentes momentos históricos y generalmente deformadas por incoherentes y fatales invenciones. Estas incorporaciones de legislaciones extranjeras se hicieron siguiendo aquellos intereses sectoriales y corporativos que más cerca estaban de los constituyentes y legisladores de turno, cuando no por intervenciones coyunturales y anecdóticas sin sentido especial alguno.³³

Por ejemplo, el jurista argentino se pregunta cómo, dentro del campo del derecho penal, nadie puede explicar por qué Bolivia adoptó el Código Penal liberal español de 1822, mientras Paraguay adoptó el código imperial alemán de 1871; que en México, Cuba y Colombia triunfara el positivismo italiano, que la República Dominicana y Haití adoptaran el código bonapartista, que el Ecuador siguiera el modelo belga, que Perú apelase al modelo proyectado para Suiza, que la Argentina corriera hacia el modelo de Baviera o que Venezuela lo hiciese con el primer código de la unidad italiana, mientras que en Centroamérica y Brasil predominara el modelo proyectado para Lousiana.³⁴

El resultado es un panorama poco alentador: encontramos magistraturas análogas a las europeas de la primera parte del siglo pasado y algunas excepciones que corresponden al nivel de las magistraturas europeas de finales del siglo pasado. Según la opinión de este mismo autor, la responsabilidad del *atraso institucional* incumbe en primer lugar a los políticos, pero es justo

33 Zaffaroni, Eugenio Raúl. "Dimensión política de un Poder Judicial democrático", 1993, págs. 9.

34 Zaffaroni, Eugenio Raúl. "Sistemas penales y derechos humanos en América Latina". Primer informe, 1984, págs. 37-38.

reconocer que buena parte del mismo se debe también a los doctrinarios del derecho.³⁵

Al mismo tiempo, un sociólogo del derecho, Carlos Cárcova, explica cómo, dentro de las ciencias jurídicas en América Latina, el "iusnaturalismo" permaneció anclado en premisas de tipo metafísico, procurando una explicación para lo jurídico fundado en la idea de Dios, de naturaleza o de razón; y el "positivismo", anclado a su vez en una explicación de tipo "estructural" del derecho, es decir, una explicación, a la postre, instrumentalista. El positivismo, por tanto, no reflexiona en torno al fin social del derecho, ni a las funciones que el derecho cumple en la vida social, ni para qué está puesto el derecho en la organización de la vida social, ni a qué intereses sirve, ni si el derecho es un instrumento de conservación o de transformación de la sociedad, de sus valores, de sus prácticas, de sus mecanismos de poder. Es decir, el positivismo sostiene el criterio de que el científico del derecho debe ocuparse de las características lógico-metodológicas que informan su estructura.³⁶

En función de esto se observa cómo, en determinados países de América Latina (ej.: Brasil, México, Chile, Perú, Venezuela, Argentina, Colombia, etc.) algunos juristas jóvenes iniciaran, en los últimos veinte años, un intento de "despurificación" de la teoría, un intento por vincular sus investigaciones con la realidad, de entender el derecho como herramienta, como práctica social, como dimensión de la política. Para tales fines, las problemáticas de las concepciones iusfilosóficas tradicionales resultaban insuficientes. Del lado jusnaturalista, por sus anclajes metafísicos, y del lado positivista, por decisión metodológica de expulsar los contenidos y reivindicar la exclusiva pertinencia de las formas.³⁷

35 Zaffaroni, Eugenio Raúl. "Dimensión política de un Poder Judicial democrático", 1993, pág. 9.

36 Cárcova, Carlos. "Teorías jurídicas alternativas". En: *Teorías jurídicas alternativas-Escritos sobre Derecho y Política*. págs. 11-12.

37 Ver Palacio, Germán. *Pluralismo jurídico-El desafío al Derecho Oficial*. 1993, págs. 121 y 36.

En consecuencia, nuevas preguntas y otras problemáticas cuestionan el tradicional horizonte especulativo en las ciencias jurídicas, como -por ejemplo- las que siguen, entre muchas otras:

- ¿Es posible que el derecho, la práctica de los tribunales, el saber de los juristas, la actividad de legisladores y administradores, aporten el mejoramiento de las formas concretas de existencia de nuestras sociedades en América Latina?
- ¿Qué papel cumplen los juristas y abogados en las sociedades de fines del siglo XX?
- ¿Hay algo en común entre distintos sistemas jurídicos que corresponden a formaciones histórico-sociales diferentes?
- ¿Este conjunto de mecanismos, de dispositivos, de técnicas, de conocimientos, de prácticas materiales que constituyen el discurso jurídico, está destinado sólo a preservar y reproducir una cierta forma de organización social y política o, además, cumple un papel en el cambio y la transformación de esa forma de estructura y distribución del poder?³⁸

Así se van creando, en América Latina, las llamadas "Teorías Jurídicas Alternativas", que ensayan una visión no tradicional de la teoría jurídica y la práctica del derecho y confrontan con los paradigmas acatados, el iusnaturalismo y el iuspositivismo y sus variantes. Por ejemplo, se puede mencionar la escuela del "uso alternativo del derecho o derecho alternativo", "pluralismo jurídico", "crítica jurídica". Nuevas líneas teóricas y prácticas en el campo del derecho que tienen en común indagar acerca de sus relaciones con el ejercicio del poder, los aspectos histórico-sociales y suponen una intervención crítica en la teoría y la práctica del derecho.³⁹

38 Cárcova, Carlos. "Teorías jurídicas alternativas". En: *Teorías jurídicas alternativas-Escritos sobre Derecho y Política*. pág. 13.

39 *Ibid.* Págs. 11-27; ver también Palacios, Germán. "Prácticas jurídicas alternativas y teoría del Estado". En: *Pluralismo Jurídico*, 1993, págs. 131-36.

2.3 Derecho de los pueblos indígenas en América Latina

Un reconocido experto en derecho indígena en América Latina, el profesor Rodolfo Stavenhagen, nos explica cómo, en el *proceso jurídico*, intervienen no solamente el complejo de reglas y normas jurídicas de que dispone la sociedad, sino también los valores culturales y las concepciones ideológicas, la personalidad y la psicología de los actores individuales, así como el mundo de los *signos, los símbolos y el lenguaje*. Si bien el jurista estaría más interesado en el enunciado formal de la norma y la regla, el antropólogo y el sociólogo del derecho están más interesados en el funcionamiento real, concreto y específico. Por lo tanto, y de acuerdo con este autor, los casos conflictivos no se dan aisladamente y los investigadores reconocen la necesidad de situar las disputas en su contexto histórico, social y cultural.⁴⁰

En el campo de la problemática indígena, la escuela del “derecho consuetudinario” o “derecho indígena” de comunidades indígenas o campesinas (cuyo principal exponente es el profesor Stavenhagen) nos habla de la existencia de *formas ancestrales de regulación jurídica o formas jurídicas* que reflejan el proceso de resistencia y lucha que ha logrado subsistir a pesar de las sucesivas ofensivas coloniales en América Latina, como también de las estrategias integradoras (mejor dicho “desintegradoras” de la comunidad) de los estados nacionales. El fenómeno del Derecho Indígena, según la opinión de Stavenhagen, apunta a *reconstruir* las experiencias de resistencia y regulación de carácter consuetudinario que se resiste al derecho estatal.⁴¹

En América Latina, la subordinación de los pueblos indígenas a Europa primero y a los estados independientes después (sin olvidar el papel opresor ejercido por la misma Iglesia), modificaron profundamente las estructuras sociales y las características cultu-

40 Stavenhagen, Rodolfo. *Introducción al Derecho Indígena*. 1991, pág. 305.

41 *Ibid.*

rales de estos pueblos, incluyendo las costumbres jurídicas. Expertos pertenecientes a esta escuela sostienen que el derecho consuetudinario surge en el momento en que las sociedades europeas establecen su dominio colonial sobre pueblos no occidentales y tratan de imponer su propio derecho a los pueblos oprimidos. En otras palabras, la relación entre derecho occidental (colonial) y el (o los) derecho(s) consuetudinario(s) es, históricamente, una relación de poder entre "una sociedad dominante y una sociedad dominada". Esta situación, típica de la época colonial, ha continuado hasta la etapa poscolonial y es característica de muchos estados independientes multiétnicos, como es el caso de nuestro continente.⁴²

Además, Stavenhagen explica que, si bien este *derecho consuetudinario* puede contener elementos cuyo origen se traza desde la *época precolonial*, también poseerá otros de *origen colonial* y otros más originados en la *época contemporánea*. En todo caso, todos estos elementos constitutivos del derecho consuetudinario conforman un complejo interrelacionado que refleja la cambiante situación histórico-social de los pueblos indígenas, las transformaciones de su ecología, demografía, economía y situación política frente al Estado y sus aparatos jurídico-administrativos.

Es importante recalcar cómo el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas merece particular atención, porque está estrechamente vinculado con los fenómenos de *la cultura y de la identidad étnica*, tales como la estructura familiar, social y religiosa de la comunidad, la lengua y los valores propios de la etnia. Por lo tanto, la vigencia del derecho consuetudinario indígena constituye uno de los elementos indispensables para la *preservación y reproducción* de las culturas indígenas en el continente. Es decir, su desaparición contribuye, a su vez, a la asimilación y el etnocidio de los pueblos indígenas.⁴³

42 *Ibid.* pág. 308

43 *Ibid.* pág. 310

Expertos en el tema de América Latina señalan con frecuencia cómo las legislaciones indigenistas nacionales, en distintos países, ya casi no contemplan el derecho consuetudinario indígena. Más bien, los estados nacionales prevén la aplicación de las leyes nacionales (en algunos casos, leyes específicas de corte indigenista) a las comunidades. Sin embargo, en algunos textos legales se hace referencia a las "costumbres" y los "valores" de los pueblos indígenas, que deben ser promovidos o protegidos por los gobiernos. Estas vagas referencias pueden interpretarse de distintas maneras pero, generalmente, no son consideradas con un reconocimiento jurídico del derecho consuetudinario. En materia de derecho penal, numerosas legislaciones dan un tratamiento especial a los indígenas, pero sólo algunas se refieren concretamente al derecho consuetudinario.⁴⁴

El conflicto entre *derecho positivo* y *derecho consuetudinario*, de acuerdo con el profesor Stavenhagen, afecta la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas. El autor hace referencia a uno de los problemas más frecuentes a los que se enfrentan quienes administran la justicia en las zonas indígenas: el *desconocimiento de las leyes* por parte de los indígenas. Por lo tanto, es violatoria de los derechos humanos de los indígenas, la aplicación rígida de leyes cuando éstas no sólo no son comprendidas o ignoradas sino cuando con frecuencia no tienen significado alguno en el contexto de la cultura local; o bien, cuando legislaciones penales consideran a los indígenas como "inimputables" o "incapaces" o sujetos a algún "régimen especial".⁴⁵

44 *Ibid.* pág. 311. El art. 66 de la Constitución Política de Guatemala, proclamada en 1985, establece que: "El Estado reconoce, respeta y promueve sus [de los grupos indígenas] formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social...". La Constitución de Nicaragua, de 1986, afirma que las comunidades de la Costa Atlántica (que se entiende que son indígenas miskitos, sumos y ramas), tienen el derecho de "...dotarse de sus formas de organización social y administrar sus asuntos locales conforme a sus tradiciones..." (Art. 89.)

45 *Ibid.* pág. 312.

Al mismo tiempo, sucede que los legisladores nacionales y los administradores de justicia a nivel local, con frecuencia desconocen ellos también el derecho consuetudinario indígena. El problema reside en el choque entre dos sistemas legales, entre dos concepciones del derecho; choque donde, históricamente, se impone *el derecho dominante sobre el derecho subordinado*, de la misma manera que la sociedad dominante se impone sobre la sociedad subordinada en lo político, en lo económico, en lo social y lo cultural.⁴⁶

En el caso de México, por ejemplo, la abogada Gómez Rivera hace notar cómo las reformas jurídicas últimas tienen la limitación de que se aplican siempre y cuando "no contravengan" las respectivas leyes nacionales. Es decir que la legislación, en materia indígena, ha tenido y sigue teniendo un carácter subordinado y generalmente no vinculante en América Latina.⁴⁷

La misma autora menciona la dicotomía entre reformas jurídicas realizadas, la concepción homogénea del Estado y la teoría general del derecho predominante en América Latina, como así también señala la importancia en este proceso de cambios del *movimiento indígena*:

...hasta ahora, las reformas comentadas sobre pueblos indígenas constituyen meras adiciones no armónicas y has-

46 Ver aquí Hernández Vega, Raúl. *Problemas metodológicos en torno a la sociedad civil y los grupos étnicos*, 1992, págs. 194-95.

47 Entre las reformas que la autora menciona, están: 1. la reforma a la Constitución con un nuevo primer párrafo al art. 4º en el que se establece el compromiso de que la ley proteja y regule las formas de organización social, cultura, usos y costumbres, lenguas, así como que se garantice el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado; 2. la ratificación del Convenio 169 de la OIT como parte de la legislación nacional; 3. la legislación penal federal incorpora algunos elementos procesales, como la obligación del traductor, el peritaje cultural y la necesidad de "tomar en cuenta las costumbres del procesado indígena al dictar sentencia". Ver Gómez Rivera, "Las cuentas pendientes de la diversidad jurídica: el caso de los expulsados indígenas por supuestos motivos religiosos, Chiapas, México, 1994, pág. 90.

ta contradictorias con la concepción prevaleciente en la teoría general del derecho que supone un Estado y una nación homogéneos. La necesidad de asumir en todas sus implicancias el principio de pluralidad jurídica demandaría la creación de un orden jurídico de la diversidad, que otorgara capacidad y legitimidad a los pueblos indígenas para dirimir en su interior una serie de dinámicas que les son propias. Sin embargo, para alcanzar estos espacios se requiere una mayor presencia del movimiento indígena y una auténtica voluntad política, tanto del Estado como del conjunto de la sociedad.⁴⁸

Siguiendo las investigaciones del profesor Stavenhagen, vemos cómo la violación de los derechos humanos individuales de los pueblos indígenas tiene una relación directa con el problema del no reconocimiento de sus derechos colectivos culturales y étnicos. Una forma de reconocimiento de los derechos culturales y étnicos es el respeto a las costumbres jurídicas indígenas por parte de la sociedad nacional y sus aparatos legales y jurídicos. Este autor también nos señala algunos grandes apartados, a título indicativo, donde se muestra la complejidad de lo jurídico en las culturas indígenas.⁴⁹

1. *El derecho a la tierra*, que incluye el acceso, usufructo, distribución, propiedad y transmisión de la misma. Tradicionalmente, entre los pueblos indígenas, la tierra es *propiedad colectiva* de la comunidad o del núcleo social. Este concepto arraigado de la *propiedad privada* individual de la tierra, introducido en la mayoría de los países latinoamericanos por el liberalismo económico del siglo pasado, está vigente aún en numerosas legislaciones. Un ejemplo concreto en América Latina ha sido la privatización de las tierras mapuches decretada durante el régimen de Pinochet en Chile, que fue resistida por el pueblo mapuche.

48 *Ibid.* págs. 90-91.

49 Stavenhagen, Rodolfo. *Introducción al Derecho Indígena*. 1991, pág. 313.

2. *La persecución de delitos o el derecho penal.* Es bien sabido que el concepto y la identificación de un delito es la resultante de circunstancias históricas y contextos culturales determinados. Por ello, explica Stavenhagen, no es sorprendente que, con frecuencia, lo que la ley nacional tipifica como un delito no lo es para la comunidad indígena o, por el contrario, una infracción social sujeta a castigo en una comunidad indígena puede no ser reconocida como tal por la legislación penal vigente. El mismo autor menciona como ejemplo la legislación sobre la producción, distribución y consumo de sustancias estupefacientes, que es generalmente reprimida tanto a nivel nacional como internacional. Sin embargo, para millones de indígenas, la producción y consumo de ciertas plantas psicotrópicas forma parte de su cultura y sus prácticas sociales tradicionales. Tal es el caso de la coca en los países andinos y del peyote y los hongos alucinógenos en México.

3. *Procedimientos de administración de justicia.* Existe una amplia literatura sobre las formas en que se manejan y resuelven conflictos y se imparte justicia en las comunidades indígenas. Una diferencia señalada sería que la justicia de tipo occidental busca "castigar al culpable", mientras que en las comunidades indígenas se busca reconciliar y llegar a un compromiso entre las partes, con el objeto de conservar la armonía interna del grupo. Vemos cómo el área de la administración de justicia se advierte más nítidamente el hecho de que, en las sociedades occidentales lo "jurídico" se distingue formalmente de todo aquello que no lo es. En cambio, en las comunidades indígenas, lo "jurídico" está totalmente imbricado en el resto de la estructura social.⁵⁰

Por todo lo expuesto se puede apreciar en qué medida el reconocimiento de la existencia del derecho consuetudinario por parte del Estado, abriendo un espacio para la aceptación de un *pluralismo legal y jurídico*, aportaría un elemento indis-

50 *Ibid.* pág. 314. Ver también Espinosa Velasco, Guillermo. *Acceso y administración de justicia para los pueblos indígenas*.

pensable para la mejor defensa de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

Finalmente, mencionamos algunas de las principales demandas actuales del movimiento indígena, siguiendo la opinión de un experto en el tema⁵¹:

a. *Protección eficaz en materia de derechos humanos en general*: Es decir, que el indígena tenga acceso a procedimientos más eficaces para su protección contra la violación de los derechos humanos, prometidos en las constituciones o en los tratados internacionales firmados y ratificados por los gobiernos en cuestión.

b. *Reconocimiento de un alto grado de autonomía administrativa, reglamentaria y judicial*. La mayoría de los indígenas pide, además, derecho de existir como "pueblos distintos" y una amplia autonomía para sus asuntos internos.

c. *Reconocimiento de una propia personalidad cultural*. Esto se manifiesta en relación con las siguientes áreas: 1. En materia religiosa; 2. En materia lingüística; 3. En materia educacional; 4. En la eficacia normativa de sus costumbres. Aquí se incluyen diversos temas: la tenencia de la tierra, las labores agrarias, las reglas de cacería, pesca y ganadería, el sistema de familia, las reglas sucesorias y la administración de justicia local y grupal. Siguiendo la opinión de Floris Margadant, el movimiento indígena pide de las autoridades legislativas, judiciales y administrativas de la nación que ejerce sobre ellos un protectorado, que reconozcan la validez de sus costumbres e inclusive la prioridad de éstas en caso de conflicto con el derecho nacional (que para los indígenas no es más que un derecho de los "advenedizos", de una nación que se ha arrogado sobre ellos la "sugerencia", pero cuyo derecho desde ahora tendrá que detenerse en el límite de los territorios indígenas).

51 Ver Floris Margadant S., Guillermo. "En camino hacia la declaración universal de los derechos indígenas", 1992, págs. 174-81.

De lo expuesto, se puede apreciar cómo las recientes luchas del movimiento indígena reclaman, entre otros aspectos, *el derecho a la igualdad y ciudadanía* ante el Estado, al igual que preconizan *el derecho a la diferencia*. Se plantea la necesidad del pluralismo cultural basado en lo "diferente pero igual". Esta doble petición cuestiona la actitud del Estado que está acostumbrado a *la similitud* como norma de sus relaciones. Este reclamo busca la aceptación de la diversidad étnica y cultural de la sociedad y el desarrollo de las transformaciones necesarias *a nivel del Estado y del Derecho*. Por lo tanto, esta discusión, que supera la antigua sobre hegemonía del poder central, tiene lugar en una *nueva forma de Estado*, que se descentraliza y vislumbra entidades territoriales para las etnias y, dentro de ellas, los grupos indígenas. En este aspecto expertos en el tema nos dicen:

Para el desarrollo de la teoría y la práctica indigenistas, para la promoción y la defensa de los derechos humanos de los pueblos indios y para el avance de las plataformas de las organizaciones indígenas, esta temática pone en evidencia que la cuestión étnica está indisolublemente asociada con la cuestión nacional. Esto es, que la eliminación de la opresión y la discriminación, que afectaron secularmente a los pueblos originales de América, supone la transformación de las naciones de las que son parte, para dar cabida a la diversidad y construir, a partir de ella, la unidad; y, por supuesto, la transformación del derecho y del Estado que la organiza y contiene.⁵²

2.4 El Movimiento de los derechos humanos en América Latina

La década de los ochenta se caracteriza por la experiencia de un proceso de democratización acelerado en toda América Latina. A lo largo del continente han surgido democracias representativas

52 Stavenhagen, Rodolfo & Iturralde, Diego. "Introducción". En: *Entre la ley y la costumbre-El derecho consuetudinario indígena en América Latina*. Pág. 23.

(ej.: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Uruguay). El cambio, respecto a las dos décadas anteriores, ha sido visible y drástico; durante este período, casi todas las las naciones de la región fueron gobernadas por militares durante un lapso extenso o reducido, llegando éstos al poder por medio de recursos ilegales (con excepción de Colombia, Venezuela, México y Costa Rica). Una fuerte presión internacional y una innegable presión interna de los pueblos sometidos a múltiples formas de opresión, y fenómenos políticos -consecuencia del complicado juego de los poderes mundiales- han creado un marco de reconstrucción de formalidades democráticas en este continente. Sin embargo, cuando los regímenes militares de las décadas del 60 y 70 dejaron la escena política, en los 80, la mayoría de las naciones de América Latina traía consigo el peso de una abultada deuda externa, quedando sus nuevas democracias sujetas a las consecuencias de los crímenes y corrupciones del pasado.⁵³

Durante el período de los gobiernos militares en América Latina (en Brasil 1964, Chile 1973, Uruguay 1974, Argentina 1976, Paraguay 1954 y en Centroamérica -Honduras, Guatemala, etc.) la defensa de los derechos humanos ha sido un importante y visible foro para la oposición a los métodos brutales de control social del gobierno y a las violaciones masivas de los derechos humanos. Los grupos y organizaciones de derechos humanos, junto con otros movimientos sociales (campesinos, obreros, estudiantes, jóvenes, mujeres, indígenas, niños), fueron lentamente socavando los métodos de control autoritario, proporcionando a los sectores oprimidos recursos para acceder a canales legales, comunales y políticos a fin de redirigir sus demandas y sufrimientos diarios. Las conexiones de este movimiento de los derechos humanos con

53 Ver Bartolomei, María Luisa. "Los derechos humanos desde una perspectiva integral, la lucha contra la impunidad y la transición a la democracia en América Latina". Conferencia presentada en San José de Costa Rica y San Salvador. Universidad para la Paz, Agosto de 1992, pág. 3. Ver también: *Proceso a la impunidad de crímenes de lesa humanidad en América Latina, 1989-1991*. Tribunal Permanente de los Pueblos. Bogotá, 1991, págs. 497-501.

las organizaciones internacionales (Naciones Unidas, Organización de los Estados Americanos, Comunidad Económica Europea) han dañado gravemente la legitimidad internacional de algunos regímenes, contribuyendo con las presiones internas para abandonar o modificar los mecanismos de represión política y violaciones masivas de los derechos humanos en los llamados "estados terroristas", especialmente los del Cono Sur.⁵⁴

Durante este período se hizo uso del terror y de la eliminación física del adversario. Así, las desapariciones masivas, los asesinatos sistemáticos, las masacres periódicas, las torturas diarias y el exilio, se convirtieron en política de Estado. Estas dictaduras significaron la desaparición violenta y abrupta de toda una generación de luchadores sociales. Sin embargo, métodos similares se usaron, y aún se usan, en las llamadas democracias formales. Tal es el caso de Colombia y Perú.⁵⁵

En los primeros años de estos regímenes militares, estas organizaciones de derechos humanos centraron su práctica social específicamente en la defensa legal del derecho a la vida y a la integridad física, fundamentalmente realizada por los familiares de las víctimas de la represión, ex militantes de grupos políticos y, en algunos países, también con el apoyo de la Iglesia (como es el caso de Chile, Brasil, Guatemala, El Salvador, etc.). Sin embargo, en la experiencia diaria de resistencia, estas actividades se fueron diversificando en un vigoroso y variado movimiento que promovió un amplio rango de derechos humanos. Este movimiento logró abarcar demandas no sólo contra las violaciones de los derechos políticos y civiles sino también económicos, sociales, culturales, inclu-

54 Ver Bartolomei, María Luisa. 'Gross and massive violations of human rights in Argentina'. Tesis doctoral en Derecho Internacional, Facultad de Derecho, Universidad de Lund, Suecia, presentada en mayo de 1991. (1994).

55 Ver Umaña Mendoza, Eduardo. "Los mecanismos de la impunidad en América Latina". En: *Impunity-impunidad-impunité*. Ginebra, febrero de 1990, pág. 10.

yendo en algunos casos el derecho al desarrollo, el derecho al medio ambiente y a la autodeterminación de los pueblos.⁵⁶

Hoy en día, en estas democracias "formales" de América Latina, la existencia de *mecanismos de la impunidad* en favor de los autores de graves violaciones de los derechos humanos, constituye una característica común a todo el continente. Los más importantes: la sanción de leyes de amnistía e indulto para los criminales de lesa humanidad (ej.: Brasil 1979, Guatemala 1988, Honduras 1987, Uruguay 1986, Argentina 1986-87-90, El Salvador 1987-93, etc); la inoperancia o no uso de instancias de castigo por parte de las autoridades civiles que renuncian al esclarecimiento y castigo de los crímenes de lesa humanidad; la existencia de estructuras de represión parainstitucionales, creadas y dirigidas por los ejércitos y los organismos policiales (ej.: El Salvador, Guatemala, Honduras, Perú, Colombia, Brasil, etc); el uso de los medios de comunicación desinformando acerca de las violaciones de derechos humanos, guardando silencio o desviando la atención del público, etc.⁵⁷

Por lo tanto, las libertades y los derechos civiles básicos reinstaurados en los últimos años en algunos países de América Latina son condiciones necesarias pero no suficientes para una vida digna de un ser humano. Estos derechos son limitados por la situación actual de *distribución desigual de la riqueza*, por las condiciones de *miseria material y espiritual* en que todavía está condenado a vivir un gran sector de la población. Estos derechos expresan en parte sólo posibilidades abstractas que, por razones económicas y políticas, no pueden hacerse realidad.

56 Ver Bartolomei, María Luisa. "Los derechos humanos desde una perspectiva integral, la lucha contra la impunidad y la transición a la democracia en América Latina". Pág. 4. Quay Hutchison, Elizabeth. "El Movimiento de Derechos Humanos en Chile bajo el régimen autoritario 1973-1988. En: Orellana, Patricio & Quay Hutchison, Elizabeth. *El movimiento de Derechos Humanos en Chile, 1973-1990*, Santiago, 1991, págs. 76-77.

57 Ver Umaña Mendoza, Eduardo. "Los mecanismos de la impunidad en América Latina". Págs. 13-17.

El movimiento pendular entre dictadura y democracia que caracteriza la vida política latinoamericana conduce, cuando se medita sobre su significación, a plantear los siguientes interrogantes: ¿Se trata de un dinamismo histórico necesario o puede ser superado? ¿Debe América Latina resignarse a ver los derechos humanos pisoteados periódicamente en sus diferentes países sin poder evitarlo?. Un análisis de este problema e intentos de encontrar respuestas, es uno de los objetivos de esta reflexión.

Desde una perspectiva distinta, interpretando críticamente nuestra propia historia, sus necesidades e identidad cultural, el paradigma de los derechos humanos adquiere un nuevo sentido en América Latina. Y en este proceso de rever la historia, aparece la problemática de la actual estructura social, política y económica, donde los derechos humanos no tienen la oportunidad de realizarse plenamente. Para lograr el respeto de los derechos humanos en nuestro continente es necesario cambiar *el orden interno y externo*. Es necesaria la búsqueda de un modelo social, garantizando tanto los derechos humanos individuales como los sociales, los económicos y los culturales.

Con estas palabras, el director de SERPAJ-Uruguay, sacerdote Luis Pérez Aguirre, describe la situación actual de los marginados socialmente en América Latina, lo cual constituye más de un 60% de la población existente:

En América Latina el desafío es gigantesco, el desafío de la "no Persona", del "medio vivo" o del "medio muerto", del "no hombre", de aquél que el orden social no reconoce como alguien que tiene derechos, una persona. Y la persona no cuestiona en principio nuestra concepción de los derechos humanos sino nuestro mundo económico, social, político y cultural. También lanza un llamado a la transformación de las bases mismas de la sociedad des-humanizante. ¿Quién oirá este llamado?⁵⁸

58 Pérez Aguirre, Luis. "Derechos Humanos. En América Latina tenemos otra definición". Documento de trabajo N° 2, SERPAJ-AI, Buenos Aires, 1991, pág. 11.

3. Conclusiones

Consideramos que el problema de los derechos humanos se refiere a las modalidades de la existencia *concreta* \del ser humano en una *sociedad específica* y no sólo a su cualidad *abstracta* de sujeto en general. Sin embargo, necesitamos considerar al ser humano como "un fin en sí"; no se lo puede visualizar como un medio puro y simple. Cualesquiera sean sus defectos y limitaciones, el individuo humano es el destino y, por ello, el medio históricamente situado del desarrollo de la humanidad, del proceso de humanización.

En este sentido, el derecho debe dar un principio de *reconocimiento legal* a las aspiraciones y necesidades del hombre. Es necesario determinar cuidadosamente en qué medida y por qué medios el derecho de que determinadas aspiraciones deban ser satisfechas, deberá dar lugar a una *satisfacción efectiva garantizada por la ley*.⁵⁹

En relación con esto existen otros problemas inmediatos:

a) Cómo pasar de la proclamación *formal* de que se tiene un derecho a satisfacer ciertas aspiraciones a una *posibilidad real y garantizada* por la ley.

b) De hacerlo, en qué medida cada aspiración así protegida deberá ser satisfecha.

Lo propio de los derechos humanos es establecer que cada uno debe tener la *posibilidad real* de desplegar su personalidad y su capacidad de elegir, lo cual presupone, precisamente, el hecho de que disponga de ciertos medios. Es necesario, entonces, deter-

59 Ver Mathieu, Vitorio. "Prolegómenos a un estudio de los derechos humanos desde el punto de vista de la comunidad internacional". En: Diemer A., Hersch J. y otros: *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, págs. 34-38.

minar cuidadosamente en qué medida y por qué medios el derecho de que determinadas aspiraciones deben en principio ser satisfechas, deberá dar lugar a una *satisfacción efectiva garantizada por la ley*.⁶⁰

Por lo tanto, la interpretación de los derechos humanos no se limita solamente (como sería el caso en una interpretación del derecho positivo) a interpretar *normas dadas*, sino que apunta más bien a encontrar y crear normas a partir de una situación que aún no es en sí misma normativa, indicando ciertas líneas según las cuales deberán establecerse las leyes.

Admitiendo que la comunidad internacional se encuentre un día en posición de ejercer una verdadera coacción, siempre habrá una escisión posible entre: a) el *ideal* de los derechos humanos y los que son admitidos en el derecho internacional; b) lo que es reconocido por la ley y lo que se *practica de hecho*. Pero esto no debe impedir el esfuerzo por reducir cada vez más estas dos diferencias. Y la reflexión filosófica y jurídica es un momento esencial de ese esfuerzo. *La reflexión no puede, por tanto, quedar limitada al momento* inicial de instauración de los derechos humanos, pues esta instauración nunca está terminada.

Hoy en día se plantea la necesidad de lograr la confluencia de las diferentes concepciones de los derechos humanos, especialmente la proveniente de sus *tradiciones culturales* positivas, hacia una definición común de los derechos humanos a nivel internacional y universal. Hacer surgir "el espíritu de los derechos humanos" tal como se vive en la cultura a la que pertenecen: cuáles son los derechos más considerados, si hay alguno que no sea considerado en absoluto, si existe un concepto general de derechos humanos, etc. Aclarar ideas, mostrar los senderos a recorrer, criticar las deficiencias y también los errores cometidos de lo que se ha hecho hasta ahora, puede ser de gran ayuda.

60 *Ibid.*, págs. 39-40.

Es necesario rever críticamente la relación *norte-sur* versus *sur-norte* y las posibilidades concretas de desarrollo y bienestar para los pueblos históricamente marginados, partiendo de un cuestionamiento del actual orden económico internacional. Se requiere, además, rever críticamente, en América Latina, la relación hombre/mujer, padres/hijos, adultos/niños, minorías/mayorías, bienestar de los pueblos y goce de los derechos económicos, sociales, políticos y culturales como una unidad global e integrada. Aprender que la *diferencia*, que no es producto de la injusticia social, es fuente de riqueza en las relaciones entre las personas y entre las sociedades, y que diferencia no es sinónimo de inferioridad.⁶¹

La lucha actual por la *realización práctica* de los derechos humanos como una unidad, constituye una nueva dimensión de las aspiraciones de los pueblos. La existencia de un *movimiento de masas para los derechos humanos*, será una contribución esencial para la abolición de las barreras actuales a la libertad humana y la justicia social. Y, en este sentido, es de gran valor apoyar a la organización de base, activistas e intelectuales que diariamente aportan en este proceso cotidiano.

En los países del Tercer Mundo y en América Latina es esencial crear las *precondiciones materiales y culturales básicas* para la realización de estos derechos, tratando de preservar o recuperar, en este proceso, las tradiciones y formas culturales de solidaridad humana y autonomía que aún subsisten.

Por lo tanto, la problemática de los derechos humanos tiene una dimensión *teórica* y una *práctica*. Una praxis cotidiana transformadora a nivel individual y colectivo, en un proceso de transformación de individuos en culturas y sociedades específicas. La

61 Ver aquí Fernández, Ana María (comp.). *Las mujeres en la imaginación colectiva. Una historia de discriminación y resistencias*, Buenos Aires, 1991. Ver también: Schibotto, Giorgi. *Niños y trabajadores construyendo una identidad*, Lima, 1990.

mera reflexión no es suficiente: es necesario volcarla en una praxis concreta, una reflexión para la acción. Sin embargo, se necesitan *espacios de reflexión teórica* para corregir o fortalecer el curso cotidiano de la praxis.

Y en este aspecto, la construcción de una sociedad que incorpore el principio de "pluralidad jurídica" demanda un sistema legal que incluya la "igualdad de lo diverso", dando origen así a una nueva visión del rol del *Estado* y del *Derecho* en una sociedad multicultural.⁶² Pero, a su vez, implica la ampliación y profundización de la participación activa de los individuos en todos los espacios estructurales de la práctica social. Es decir, con palabras del sociólogo de derecho, Boaventura de Sousa Santos:

La nueva ciudadanía se constituye tanto en la obligación política vertical entre los ciudadanos y el Estado como en la obligación política horizontal entre ciudadanos. Con esto se revaloriza el principio de la comunidad y, con él, las ideas de igualdad con diversidad, de autonomía y de solidaridad.⁶³

Así, vemos la necesidad de abrir nuevos espacios de intercambio y discusión, en el camino de reflexión hacia una *práctica transformadora* de las sociedades donde nos toca vivir y actuar. La reflexión sobre los derechos humanos es una confrontación constante con la realidad, con necesidades concretas y con la legalidad que desencadena la exigencia de su reformulación y el planteo de nuevos derechos y de nuevas formas de interrelaciones humanas.

Reflexión sobre un nuevo *paradigma ético* de los derechos humanos orientado hacia una práctica transformadora, intentando

62 Ver Dalberg-Larsen, Jörgen. *Retten Enhed - En Illusion? - om retlig pluralisme i teorien och i praksis*. 1994.

63 De Sousa Santos, Boaventura. "Subjetividad, ciudadanía y emancipación". En: *El otro derecho*, 1994, pág. 57.

concretizar el bienestar de los pueblos y rescatar su dignidad, reconstruyendo *la unidad en lo distinto*. Los derechos humanos como una *alternativa ética* para la convivencia y la resolución de conflictos, revisando críticamente las estructuras internas y globales hoy existentes en el mundo, tanto a nivel individual como social.

Bibliografía seleccionada

Amnistía Internacional. *Los pueblos indígenas siguen sufriendo*. Editorial Amnistía Internacional (EDAI). Publicado originariamente en inglés con otro título: Human Rights violations against indigenous people of the Americas. Ed. en español, Madrid, 1992.

Bartolomei, María Luisa. "Gross and massive violations of human rights in Argentina: 1976-1983- An Analysis of the procedure under ECOSOC Resolution 1503", Juristförlaget i Lund, Lund, 1994.

Bartolomei, María Luisa. "Los derechos humanos desde una perspectiva integral, la lucha contra la impunidad y la transición a la democracia en América Latina": Conferencia en San José de Costa Rica y San Salvador. Universidad para la Paz, Agosto de 1992.

Bartolomei, María Luisa. "Menneskerettighetsbevegelsen i Latin-Amerika: kamp om straffrihet og deltakende demokrati" (The Human Rights Movement, the Struggle against Impunity and Participatory Democracy in Latin American), *Mennesker & Rettigheter*, N° 2/1992, Nordisk Tidskrift om Menneskerettigheter, Oslo, Julio 1992.

Benasayag, Miguel & Charlton, Edith. *Crítica de la felicidad*. Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires 1992.

Berting, Jan; Baehner, Peter y otros: *Human Rights in a pluralist world-individuals and collectivities*, Netherland Comission for UNESCO, Roosevelt Study Center -RSC-, Wesport, USA, 1990.

Brölman, Catherine; Lefeber, René; Zieck, Marjoleine. *Peoples and minorities in international law*, Martinus Nihoff Publishers, Dordrecht, The Netherlands, 1993.

Cassese, Antonio. *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*. Editorial Ariel, 1ª Edición, Barcelona 1991 (Roma-Bari 1888).

Cárcova, Carlos María. *Teorías jurídicas alternativas-Escritos sobre Derecho y Política*. Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1993.

Dalberg-Larsen, Jörgen. *Rettens Enhed - En Illusion? -om retlig pluralisme i teorien och i praksis*. Akademisk Forlag A/S, København, Denmark, 1994.

Dascal, Marcelo. *Relativismo Cultural y Filosofía -Perspectivas Norteamericana y Latinoamericana*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, México, 1992.

Derrida, Jacques. *La deconstrucción en las fronteras de la filosofía*. Ediciones Paidós, Barcelona, 1989.

De Sousa Santos, Boaventura, *Pela Mão de Alice. O social e político na pós-modernidade*. Edições Afrontamento, Porto, 1994.

De Sousa Santos, Boaventura. "Subjetividad, ciudadanía y emancipación". En: *El otro derecho*, Vol. 5, N° 3, Bogotá, 1994.

Diemer A., Hersch J. y otros. *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*. Serbal/UNESCO. Barcelona, 1985.

Donnelly, Jack. "International Human Rights", *Dilemmas in World Politics*, Westview Press, Boulder, 1993.

Espinosa Velasco, Guillermo. "Acceso y administración de justicia para los pueblos indígenas". En: *Derechos contemporáneos de los pueblos indios-Justicia y derechos étnicos en México*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie L: Cuadernos del Instituto, a) *Derecho Indígena*, N° 1, México 1992.

Falk, Richard. "Cultural Foundations for the international protection of human rights". En: *Human rights in Cross-Cultural Perspectives- A quest of Consensus*. Editor Abdulahi An Naim, University of Pennsylvania, Philadelphia, 1992.

Fernández, Ana María (comp.). *Las mujeres en la imaginación colectiva. Una historia de discriminación y resistencias*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1991.

Floris Margadant S., Guillermo. "En camino hacia la declaración universal de los derechos indígenas". En: *Crítica Jurídica*, Revista latinoamericana de política, filosofía y derecho. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, N° 11. México, 1992.

Früling, Hugo E. "Political culture and gross human rights violations in Latin America". En: *Human rights in Cross-Cultural Perspectives- A quest of Consensus*. Editor Abdulahi An Naim, University of Pennsylvania, Philadelphia, 1992.

Früling, Hugo E. *Derechos Humanos y democracia -La contribución de las organizaciones no gubernamentales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IIDH, Santiago de Chile, 1991.

García Hamilton, José Ignacio. *Los orígenes de nuestra cultura autoritaria (e improductiva)*. Albino y asociados editores. Buenos Aires, 1991.

Gómez Rivera, "Las cuentas pendientes de la diversidad jurídica: el caso de los expulsados indígenas por supuestos motivos religiosos, Chiapas, México. En: *El otro derecho*, Vol 5, N° 3, Bogotá. 1994, pág.

Groisman, Enrique (comp.). *El derecho en la transición de la dictadura a la democracia: la experiencia en América Latina /1*, Biblioteca Política Argentina. Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1990.

Groisman, Enrique (comp.). *El derecho en la transición de la dictadura a la democracia: la experiencia en América Latina /2*. Biblioteca Política Argentina. Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1990.

Habermas, Jürgen. *Escritos sobre moralidad y eticidad*. Introducción de Manuel Giménez Redondo. Pensamiento Contemporáneo 17, Paidós, ICE de la Universidad Autónoma de México, 1ª edición, Barcelona 1991 (Francfort 1987).

Habermas, Jürgen. *Teoría y praxis - Estudios de filosofía social*. Ed. Tecnos, 2ª edición, Madrid 1990 (Francfort 1963).

Hernández Vega, Raúl. "Problemas metodológicos en torno a la sociedad civil y los derechos étnicos". En: *Crítica Jurídica*, Revista latinoamericana de política, filosofía y derecho. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, N° 11. México, 1992.

Hinkelammert, Franz J. *Sacrificios humanos y sociedad occidental*. Editorial D.E.I., San José de Costa Rica, 1991.

Kothari, Smitu & Sethi, Harsh, editores. *Rethinking Human Rights-challenges for theory and action*. , New Horizons Press & Lokayan, Nueva Delhi, 1991.

Marí, Enrique; Ruiz, Alicia y otros, eds. *Materiales para una teoría crítica del derecho*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.

Mires, Fernando. *El discurso de la indianidad-la cuestión indígena en América Latina*. San José de Costa Rica, 1991.

Olguín, Leticia, coordinadora. *Educación y derechos humanos -Una discusión interdisciplinaria*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), Centro Editor de América Latina, Papeles políticos, San José de Costa Rica, 1989.

Orellana, Patricio & Quay Hutchison, Elizabeth. *El movimiento de Derechos Humanos en Chile, 1973-1990*, Centro de Estudios Políticos Latinoamericanos Simón Bolívar, CEPLA, Santiago De Chile, noviembre de 1991.

Palacio, Germán. *Pluralismo político-El desafío al derecho oficial*. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Bogotá, 1993.

Pérez Aguirre, Luis. "Derechos Humanos. En América Latina tenemos otra definición". Documento de trabajo N° 2, SERPAJ-AI, Buenos Aires, 1991.

"Proceso a la impunidad de crímenes de lesa humanidad en América Latina, 1989-1991". Tribunal Permanente de los Pueblos, Liga Internacional por los Derechos y la Liberación de los Pueblos. Bogotá, junio de 1991.

Rosas, Allan & Helgesen, Jan, eds. *The strength of diversity: human rights and pluralist democracy*. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1992.

Stavenhagen, Rodolfo. "Introducción al derecho indígena". En: Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM, año VI) 17, Mayo-agosto 1991.

Stavenhagen, Rodolfo & Iturralde, Diego. "Introducción". En: *Entre la ley y la costumbre-El derecho consuetudinario indígena en América Latina*. Instituto Indigenista Interamericano-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1990.

Schibotto, Giangi. "Niños y trabajadores construyendo una identidad". Manthoc, IPEC, Lima, septiembre de 1990.

Sebreli, Juan José. *El asedio a la modernidad. Crítica del relativismo cultural*. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1991.

Sieghart, Paul. *The international law of human rights*. Oxford University Press, London, 1990.

Shivji, Issa G. *The concept of human rights in Africa*. CODESRIA, London, 1989.

Strahm, Rudolf H. & Spring, Ursula Oswald. *Por esto somos tan pobres*. Universidad Autónoma de México. Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias, Coordinación de Humanidades, Cuernavaca, Morelos, México, 1990.

Tironi, Eugenio. *Autoritarismo, modernización y marginalidad -El caso Chile 1973-1989*. Ediciones SUR, Santiago de Chile, 1990.

Tulián, Carlos. *Los derechos humanos- Movimiento social, conciencia histórica, realidad jurídica*. Editorial Hvmantas/Editorial La Colmena, Buenos Aires, 1991.

Umaña Mendoza, Eduardo. "Los mecanismos de la impunidad en América Latina". En: *Impunity-impunidad-impunité*. Liga Internacional por los Derechos y la Liberación de los Pueblos, Ginebra, febrero de 1993.

Van Parijs, Philippe. *¿Qué es una sociedad justa?- Introducción a la práctica de la filosofía política*. Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 1991.

Velasquez Toro, Magdala. "Derechos humanos, diferencia, conflicto y discriminación". Artículo no publicado. Bogotá, setiembre de 1991.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Estructuras judiciales*. EDIAR, Buenos Aires, 1994.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. "Dimensión política de un Poder Judicial democrático". En: *Boletín Comisión Andina de Juristas*. Lima, Junio de 1993.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina. Primer informe*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1984.

LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DESDE LA PERSPECTIVA TEÓRICA DEL CONOCIMIENTO NORMATIVO

Joaquín TACSAN CHEN

- 1 *Introducción: Algunas precisiones terminológicas.*
- 2 *De lo mítico a lo operacional.*

1. Introducción: Algunas precisiones terminológicas

Al referirnos a la protección internacional de los derechos humanos hacemos relación a los mecanismos utilizados por la comunidad internacional, tanto los que actúan en el nivel sistémico, como los que podrían aplicarse a otros niveles de acción. Por ejemplo, una organización internacional podría estar interesada en el debido procesamiento de una queja por violación de un derecho humano, mientras que otra preferirá poner énfasis en la educación y la capacitación a nivel nacional. Otras, en cambio, buscarían descentralizar las procuradurías nacionales de los derechos humanos, de manera que estas tengan una presencia local mayor. Todas estas organizaciones son ejemplo de organizaciones internacionales que trabajan en tres niveles diferentes: el internacional, el nacional y el local.

Así planteada esta precisión terminológica, no parece útil distinguir entre protección internacional y protección nacional o local de los derechos humanos. Quizá sería preferible hablar de protección pura y simplemente, especialmente por cuanto la responsabilidad de hacer cumplir los derechos humanos corresponde a todos los actores en todos los niveles de acción.

El análisis exclusivo de un solo nivel no sería suficiente para entender la forma en que los derechos humanos, y cualquier otro derecho internacional, pueden alcanzar determinados grados de efectividad. Por ejemplo, pensar que la protección internacional es la que proviene únicamente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o de las varias comisiones especializadas cuyo ámbito de protección se refiere al comportamiento de los estados, podría ser, como se verá adelante, un enfoque incompleto.

Por otra parte es necesario precisar el uso de la palabra protección. Decir que los derechos humanos pueden ser protegidos se entiende aquí como que ellos puedan ser ejercidos a pesar de cualquier factor o factores que amenacen su debido goce. No nos interesa entonces defender la normativa de los derechos humanos *per se*, como normas de carácter universal o regional, sino entender su dinámica como conjunto normativo, para conocer y explicar de

manera científica si efectivamente se les usa para garantizar al menos las libertades básicas, la vida o la integridad física de los seres humanos. Por esa razón, hablaremos indistintamente de protección o de efectividad de los derechos humanos.

Por efectividad entendemos la utilización y aplicación de las normas jurídicas por parte de todos o, al menos, de una mayoría de los sujetos de derecho, también denominados actores. Por actores consideramos aquellas personas, instituciones públicas, organizaciones no gubernamentales, empresas y agrupaciones que tienen relevancia en la utilización de la norma. Son relevantes aquellos actores con capacidad decisoria para incorporar el mandato de la norma jurídica en la determinación de una conducta o de una política pública. Son relevantes quienes deben decidir si se comportan como la norma indica o lo hacen de otras maneras. También son relevantes quienes teniendo acceso a la toma de decisiones públicas, utilizan el contenido de la norma como criterio para escoger entre una u otra opción.

En esta presentación detallaré mis propias consideraciones teóricas en complemento de la doctrina convencional de la efectividad jurídica, ilustrada en la teoría pura del derecho de Hans Kelsen, y trataré de aplicarlas al campo de los derechos humanos.¹ Trataré de ilustrar mi punto de vista con algunos ejemplos relevantes.

II. Visión Tradicional de la efectividad y la protección jurídica

A. La protección y la efectividad del derecho de acuerdo a Hans Kelsen

En su teoría pura del derecho, Hans Kelsen entiende la efectividad jurídica como la creación de un estado social que será pro-

1 Mi interpretación se deriva de la teoría del conocimiento normativo, desarrollada en mi libro *Dynamics of International Law in Conflict Resolution*, Martinus Nijhoff, Holanda, 1992.

vocado, o se tratará de provocar enlazando a la conducta humana, contradictoriamente opuesta a ese estado, un acto coactivo (esto es, la privación coactiva de un bien: la vida, la libertad, un valor económico).²

Para Kelsen, el orden jurídico parte del supuesto de que los hombres cuya conducta regula el derecho, consideran este acto coactivo como un mal que procuran eludir. Este es el fin del orden jurídico y en esa motivación descansa la efectividad del mismo.³

En cuanto al derecho internacional, Kelsen proponía que su carácter de derecho habría que definirlo de la misma manera que se hace con el derecho nacional, es decir, si es que en principio es posible interpretar el empleo de la fuerza dirigida por un Estado contra otro, ya sea como sanción o como acto ilícito.

Para determinar el potencial de efectividad del derecho internacional, según Kelsen, basta tan solo establecer si éste dispone o no de actos coercitivos para responder a actos ilícitos. Dichas medidas coercitivas suelen ser dispuestas por los Estados y a veces por las organizaciones internacionales. Son los Estados los encargados normalmente de imponer acciones coercitivas por cuanto, en el derecho internacional, la coerción está descentralizada, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de los ordenamientos jurídicos nacionales.

Si el derecho internacional general dispone de actos coercitivos como sanciones", decía Kelsen, los Estados interesados están facultados para ejecutarlos o, como es usualmente caracterizado este aspecto del principio de autoayuda, para tomar la ley en sus propias manos⁴.

2 Kelsen, H., *La Teoría Pura del Derecho: Introducción a la problemática científica del derecho*, Segunda Edición, Editora Nacional, 1976, pág.56.

3 *Ibid.*, ver nota *supra* 1.

4 Kelsen, H., *La Naturaleza del Derecho Internacional*, Primera Edición, Editorial Tecnos, 1967, Capítulo I.

Este fue el preámbulo para su famoso ejemplo de coercitividad descentralizada personificado en el derecho a la legítima defensa, expresado en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Cuando un estado es invadido está siendo objeto de un acto de guerra ilícito, está siendo víctima de una violación de derecho internacional. El estado agredido tiene el derecho y el deber de defenderse. Su acción de defensa y el castigo que con ella impone al agresor constituye la sanción descentralizada, propia según Kelsen de los ordenamientos jurídicos primitivos.

Para Kelsen, entonces, los derechos humanos eran una especie del derecho internacional, cuya efectividad dependía exclusivamente de la voluntad estatal. Aunque Kelsen no analizó este tema a profundidad, sus seguidores ven la coerción descentralizada, en materia de derechos humanos, como la sanción moral que los países impondrían al estado infractor de esa normativa. En otras palabras, la protección de los derechos humanos se da mediante la desaprobación de la violación, la pérdida de reputación del estado infractor y la instauración de embargos, sanciones económicas y críticas severas en foros internacionales.

B. La influencia de Kelsen en los métodos actuales para la protección de los derechos humanos

La comunidad internacional ha cambiado significativamente desde que Kelsen publicara sus numerosos libros y artículos sobre la pureza del derecho y su distinta naturaleza frente a las otras ciencias sociales. No por ello ha cambiado nuestra forma de entender la efectividad jurídica. Al contrario, la visión kelseniana del derecho coercitivo ha informado, y lo sigue haciendo, gran parte de la ciencia jurídica en general.

La influencia de Kelsen se nota, por ejemplo, en el hecho de que la mayor parte de los mecanismos regionales y universales de protección de los derechos humanos son esencialmente mecanismos de respuesta a posteriori. Es decir, entran en acción cuando ya se ha producido una violación o más violaciones de los derechos humanos. Puestos en acción, estos mecanismos investigan los ca-

sos que les han sido presentados de una manera inquisitiva, siendo su interés principal determinar la violación y publicar sus conclusiones como una sanción moral y colectiva contra el culpable.

El presupuesto kelseniano de ilícito y sanción parecieran prevalecer en la actualidad, al igual que lo hicieran hace décadas. Por ejemplo, los comités de Naciones Unidas derivados de tratados internacionales fiscalizan, investigan y atribuyen responsabilidad por violaciones de derechos humanos en general y actos de discriminación racial y terrorismo en específico. Los tres comités actúan sobre la base de violaciones a los derechos humanos y buscan determinarlas para publicitar sus hallazgos con el fin de condenar socialmente al infractor.

Lo mismo puede decirse de la Comisión de las Naciones Unidas de derechos humanos, del sistema de nombramiento de "relatores especiales", así como de las comisiones y las cortes regionales. Todos ellos pretenden también investigar violaciones ya ocurridas y establecer al menos una sanción moral. Este enfoque ha permitido lograr avances muy importantes en la protección de los derechos humanos.

Algunas desviaciones de las premisas de Kelsen se derivan de las prácticas de la Organización Internacional del Trabajo, las cuales ahora también se aplican a otros mecanismos internacionales. El caso más notable es el sistema de "reporting", por el cual los estados deben enviar informes periódicos sobre la situación de los derechos humanos en sus respectivos países. Aunque en el sistema de reportes periódicos hay implícita la posibilidad de una "reprensión", la finalidad principal de estos informes es servir de mecanismo preventivo más que inquisitivo. Ejemplos de este tipo de mecanismos son los procedimientos de reportes periódicos del Comité de Derechos Humanos, el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra las Mujeres, el Comité contra la Tortura, el Comité sobre los Derechos del Niño.

Otro desarrollo que no puede ser explicado por la teoría kelseniana de la efectividad es la gran contribución de las organiza-

ciones no gubernamentales en la protección de los derechos humanos. Las ONG proveen información que puede ser importante para evitar la ocurrencia de mayores violaciones de derechos humanos. El Centro de Derechos Humanos en Ginebra actúa como centro de referencia para las ONG en ese campo. Las ONG también realizan activismo, concientización, educación, capacitación y promueven nueva legislación, en una modalidad de trabajo que repercute en una mayor efectividad de los derechos humanos que va más allá de Kelsen.

III: Perspectiva de la Teoría del Conocimiento Normativo

A. Más allá de Kelsen: las limitaciones explicativas de la Teoría Pura

Se sabe que las actividades de prevención y la labor de persuasión en pro de la obtención de comportamientos más ajustados al mandato de los derechos humanos son importantes. Sin embargo, no se ha explorado suficientemente cómo este tipo de trabajo es capaz de resultar en logros específicos. Este aspecto de la realidad propia de los derechos humanos no es posible indagarla y explicarla haciendo uso de la teoría pura del derecho. El que un sujeto de derecho actúe conforme a una norma jurídica porque cree en ella, o porque ha aprendido o interiorizado su contenido, o porque simplemente ha adquirido el hábito de hacerlo, dice mucho sobre la efectividad del derecho que Kelsen no previó o no le interesó investigar.

Si bien es cierto que la teoría pura sigue llenando una serie de necesidades explicativas en el derecho contemporáneo, la verdad es que ella no nos puede explicar la existencia de normas efectivas de derechos humanos que no basan su efectividad en la coerción. La teoría del derecho internacional y del derecho en general ha investigado muy poco el ámbito no coercitivo de la aplicación de las normas jurídicas y por eso ha sido hasta ahora fuertemente criticada por las otras ciencias sociales.

Para ilustrar ese aspecto de la efectividad jurídica es usual el ejemplo del semáforo en rojo ante el cual los conductores detienen

sus automóviles a pesar de que no haya oficiales de tránsito a la vista. Los conductores que se detienen ante el color rojo lo hacen porque conocen la norma que establece ese tipo de conducta. Dado que todos los conductores aceptan ese conocimiento normativo y comparten las mismas expectativas detienen, al menos mayoritariamente, su vehículo.

El ejemplo anterior demuestra que la coerción es parte fundamental pero no puede explicar toda la fenomenología jurídica.⁵ Dedicaré el resto de mi exposición a formular una explicación para tratar de llenar ese vacío teórico.

-
- 5 Entre quienes han hecho un esfuerzo singular por entender el carácter orientador del derecho y la importancia que éste tiene frente a la idea de la aplicación objetiva y coercitiva propia del positivismo, están los profesores Harold Lasswell y Myres McDougal de la Universidad de Yale. Ellos han propuesto que todo proceso decisorio deja entrever determinados valores, los cuales conforman el derecho actual y, en ese sentido, casi siempre los respetamos porque ello resulta en nuestro interés. Ese respeto mínimo constituye el Orden Mínimo Global.

El proceso de decisiones autorizadas de McDougal encuentra sin embargo varios problemas: la determinación de quién está autorizado para definir cuáles son los valores del proceso: los valores que subyacen el proceso de decisiones y la vulnerabilidad del decisor, son aspectos que conllevan un alto grado de apreciación subjetiva por parte del observador. Esta escuela de pensamiento, muy difundida en los Estados Unidos de América ve al derecho como un proceso de decisión y renuncia a la concepción de derecho como conjunto de normas de aplicación obligatoria. En McDougal los derechos humanos serían efectivos en tanto que estén reflejados en el proceso de toma de decisiones por las elites más relevantes. La obra de McDougal y la Escuela de New Haven es muy extensa, sin embargo, para una visión comprensiva de sus propuestas principales ver M. McDougal, W.M. Reisman y A. Willard, *The World Community*, 21 U.C. Davis L. Rev. 866 (1988).

Al no compartir la tesis de McDougal, prefiero ver en la norma jurídica el elemento característico del derecho. No puede haber derecho sin normas. El carácter normativo del derecho es más específico que el de la ética, pero no por eso su contenido es diferente. Pero no toda ética es derecho. De la ética se procede al derecho mediante formas consensuadas de juridización, que le dan a la norma validez simbólica y coherencia dentro de un conjunto normativo que la contiene (legitimidad).

B. La teoría del conocimiento normativo

La teoría del conocimiento normativo ve a las normas jurídicas como las ve la doctrina convencional de orden positivista. Sin embargo, presume que las normas, a la vez que son reglas de comportamiento, son también recipientes de información técnica que prescriben un deber ser, expresado en términos de una obligación de hacer o de abstenerse de hacer algo. La teoría del conocimiento normativo ve al derecho como el cúmulo de esa información técnica y la entiende como conocimiento normativo.

La teoría del conocimiento normativo estudia y trata de explicar la diferentes maneras acerca de cómo el conocimiento normativo afecta el comportamiento de los seres humanos e influye en los procesos decisorios y se refleja en las políticas públicas. Centra además su estudio en las funciones básicas del derecho de influir en los sujetos de derecho dentro de una cierta situación social, política y económica y en los factores que hacen posible o dificultan la realización de esas funciones.

Se han identificado por lo menos dos funciones del derecho internacional, incluido en él los derechos humanos, ambas en sentido prescriptivo:

- Control de conducta (aplicación coercitiva de una conducta) La norma prescribe una acción o abstención cuya infracción constituye un ilícito y deriva una sanción.

- Orientación de conducta (sentido programático). La norma prescribe una acción o abstención que, indistintamente de si lleva aparejada una sanción o no, orienta la conducta de los destinatarios o la confección de políticas públicas de los gobernantes.

La teoría del conocimiento normativo propone que es posible medir la efectividad en ambos sentidos:

- El control lleva a sanciones políticas, diplomáticas, económicas o militares. Estas sanciones pueden ser centralizadas o descentralizadas (Kelsen).

- La orientación de conducta, en cambio, pudiendo también lograrse por vías coercitivas, involucra también un aspecto no coercitivo que se mide por el grado de pertinencia y guía que los sujetos de derecho o decisores buscan y obtienen de las normas jurídicas. Como dijimos, desde este punto de vista la eficiencia del derecho se da en la utilización y aplicación de las normas jurídicas por parte de todos, o al menos una mayoría de los sujetos de derecho, también denominados actores.

La Teoría del Conocimiento Normativo pretende agregar al análisis jurídico esta última dimensión que ha sido tradicionalmente olvidada. Porque si el derecho, además de un conjunto de normas, es conocimiento, como tal debe tener un impacto directo, aunque sutil, en la forma en que los hombres piensan y se comportan. Cada vez que tomamos una decisión, de hacer o no hacer algo, estamos confiando en nuestros conocimientos y aptitudes. Cada vez que decidimos cómo comportarnos lo hacemos en base a nuestro conocimiento de lo que es debido y lo que es prohibido.

Ese ejercicio previo de reflexión es normal. Lo realizan los hombres y mujeres comunes como las élites gobernantes. Estas últimas toman decisiones y definen políticas públicas con base en su conocimiento político, económico, antropológico, normativo o jurídico. En ese tanto el conocimiento jurídico que la persona posea es crucial para que su comportamiento se ajuste o no a la letra de la ley.

El conocimiento normativo involucra la información técnica contenida en los tratados y convenciones internacionales, en la costumbre, los principios generales, la doctrina, las resoluciones judiciales y de organizaciones internacionales. El conocimiento normativo en materia de derechos humanos será entonces el que derive de los principios y los instrumentos universales y regionales de derechos humanos. También es conocimiento normativo el que surge de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en tanto que clarifica y procesa el conocimiento ya existente.

C. Determinando la efectividad del conocimiento normativo de los derechos humanos

c.1. Del conocimiento simple al conocimiento normativo legítimo y autoritativo

Dada la ambigüedad propia de las normas jurídicas, el conocimiento normativo puede ser o no consensual. Es consensual cuando la sumatoria de esa información y las teorías sobre esa información ejercen suficiente consenso en un momento dado entre ciertos actores, para servir como guía en el diseño de políticas que pretenden alcanzar ciertos propósitos sociales. La consensualidad de un conocimiento normativo le brinda además legitimidad y autoridad. No puede ser efectivo un conocimiento que no es legítimo y autoritativo, que no ejerce ningún tipo de credibilidad, respeto y refrenamiento (*restraint*) de parte de sus destinatarios.

Ante la pregunta de si son todos los derechos humanos legítimos las opiniones parecieran estar divididas. Algunos proponen el carácter universal de los mismos y otros lo niegan. Algunos hacen la distinción entre los derechos de la primera, la segunda y la tercera generación, mientras que otros se abstienen de esas distinciones. El jurista que se interese en la efectividad del conocimiento normativo de los derechos humanos debe entonces escoger las normas cuya efectividad desea investigar y revisar los antecedentes relativos a su adopción y posterior aplicación.

La formación de un derecho humano dice mucho sobre su legitimidad. Tomemos un ejemplo. Cuando Amnistía Internacional llamó la atención del mundo respecto a la tortura, había dificultades conceptuales y operacionales que deslegitimaban el derecho a no ser torturado. Conforme Amnistía Internacional fue investigando la situación de los prisioneros de conciencia, encontró que la tortura y otros tratamientos crueles de los detenidos era un problema serio y creciente. En 1972, Amnistía Internacional lanzó un programa mundial llamado "Campaña contra la Tortura" que pretendía educar a diplomáticos, políticos y al público en general sobre el carácter masivo de la tortura en el mundo y buscaba reforzar la prohibición expresa al uso de la tortura en cualquier modo

o circunstancia. En este momento el conocimiento normativo sobre la tortura no era consensual y, por ende, no era legítimo. La palabra tortura era entendida de maneras distintas por distintos actores.

En 1975, promovido por Amnistía Internacional pero con el apoyo de algunos estados simpatizantes, se organizó el Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Crimen y el Tratamiento de Delincuentes y posteriormente la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó declaraciones condenando la tortura y otros castigos y tratamientos denigrantes, crueles e inhumanos. Habiendo alcanzado la prohibición de la tortura mayores niveles de consensualidad, se hicieron esfuerzos adicionales que llevaron a la adopción de la Convención contra la Tortura en 1984, supervisada por un Comité Experto contra la Tortura.

Para asegurarse que ningún país escaparía al escrutinio no ratificando la convención, Amnistía Internacional y otros también hicieron *lobbies* y promovieron el nombramiento de un Relator Especial sobre la Tortura por la Comisión las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos en 1985.⁶

Véase entonces cómo el conocimiento normativo que prohíbe la tortura fue evolucionando, desde ser simple conocimiento normativo (resultante de una primera investigación de Amnistía Internacional) para pasar a ser conocimiento normativo consensual (resultante del Congreso de Naciones Unidas sobre la Prevención del Crimen y el Tratamiento a los Delincuentes), y finalmente convertirse en conocimiento legal autorizado dotado de absoluta legitimidad y autoridad (resultante de la Convención contra la Tortura de 1948).

c.2. De lo mítico a lo operacional

La dinámica del conocimiento normativo se lleva a cabo en dos sistemas decisorios, que denominamos mítico y operacional. En el sistema mítico el conocimiento comprende la información

6 Ver Hannum, H., *Guide to International Human Rights Practice*, Second Edition, Univ. of Penn. Press, 1992, pág.33.

técnico-legal que se deriva de las fuentes del derecho internacional. Pero incluye además el amplio espectro de interpretaciones, percepciones, expectativas de los actores que entran en contacto con esa información. Esas percepciones y expectativas no están libres de las preferencias ideológicas y los hábitos de los actores.

El sistema mítico, que comprende el que se encuentra en los códigos y digestos, es efectivo cuando quienes toman las decisiones formulan sus políticas, posiciones de negociación y conducta, en términos propios del conocimiento normativo y hacen uso de las normas legales de acuerdo con las expectativas que derivan de ellas.⁷ Estas expectativas pueden no ser idénticas para varios actores. Más bien podrían variar de actor en actor.

El sistema mítico tiende a ser más consensual cuando se trata de normas con gran legitimidad. Desafortunadamente la mayoría de las normas jurídicas tienden a ser ambiguas y prestarse a varias interpretaciones creíbles. Esto no significa que estén destinadas a ser inefectivas, como lo veremos adelante.

Para terminar nuestra discusión sobre el sistema mítico podemos decir que éste comprende el conocimiento normativo, no necesariamente consensual, cuya efectividad depende de que los actores internacionales lo utilicen aun cuando deriven diferentes expectativas de ese conocimiento. Para ilustrar lo que constituye un

7 Existen factores extrínsecos e intrínsecos que facilitan la efectividad de un sistema mítico. Los extrínsecos, o externos a la norma, tienen que ver con la forma en que los actores reaccionan ante el conocimiento mítico si es que lo llegan a conocer (prensa, asesores, educación, divulgación, demandas normativas de contrapartes, necesidad en virtud de debilidad económica o militar, oportunismo, etc.). Los factores intrínsecos, en cambio, son aquellos propios de la norma y tienen que ver con: su certeza y determinabilidad, validación simbólica, coherencia, adherencia, precedente, consensualidad y existencia de procedimientos rápidos y efectivos para que los actores puedan hacer valer sus expectativas jurídicas. Para una discusión extensa de estos factores, ver Tacsan, Joaquín, *The Dynamics of International Law in Conflict Resolution*, Martinus Nijhoff, The Netherlands, 1992.

sistema mítico y la utilidad de esta figura conceptual, pensemos por ejemplo en la población maya del Departamento del Quiché, en Guatemala. En 1985, el conocimiento normativo de los derechos humanos era para esa población algo de lo que nunca había oído hablar. Para ellos los derechos humanos formaban un sistema mítico. Se sabía que estaba escrito en libros pero no se conocía el contenido de esos libros ni su utilidad. Pues bien, el sistema mítico hubiera sido inefectivo de continuar esa situación y de haberse dado, como se dieron, grandes matanzas y violaciones de los derechos humanos por el ejército guatemalteco.

Sin embargo, en 1988, se puso en marcha por Naciones Unidas el Programa de Desarrollo para Refugiados, Repatriados y Desplazados para Centroamérica (PRODERE), con el fin de ayudar en la reintegración de las poblaciones refugiadas que regresaban a sus lugares de origen. En Guatemala, el PRODERE trabajó en el Quiché, particularmente en los municipios del Ixcán y del Triángulo Ixil. Como parte de las nuevas teorías del desarrollo humano, el PRODERE no sólo se preocupó de reasentar y fomentar los servicios de salud y educación, sino que además promovió la capacidad productiva de las poblaciones atendidas y las educó y capacitó en materia de derechos humanos. En medio de la guerra interna en Guatemala, el PRODERE organizaba actividades para la promoción y divulgación de los derechos humanos, al mismo tiempo que trabajaba para que la Procuraduría de los Derechos Humanos estableciera procuradurías auxiliares en el Departamento y para que se fortalecieran los juzgados en ese área.⁸

El ejemplo del PRODERE es uno de efectividad del sistema mítico de los derechos humanos, especialmente cuando éstos empezaron a ser usados por las poblaciones mayas, a ser tomados en cuenta por ellos para defender a sus familias y sus libertades bási-

8 Ver IIDH, "Informe de Consultoría de la sistematización de la experiencia del PRODERE en el componente de los derechos", Dirección de Investigación y Desarrollo-IIDH, San José, 24 de julio de 1995.

cas en un contexto de guerra y violencia generalizada. En el Quiché de Guatemala el sistema mítico del conocimiento normativo de los derechos humanos fue efectivo.

El otro sistema es el operacional. Este se activaría solo cuando al no haber absoluta confluencia de criterios en la necesidad y pertinencia de la normativa de derechos humanos y en el momento en que el sistema mítico ya ha sido efectivo. Es decir, en el momento en que los sujetos de derecho ya han recurrido al conocimiento normativo en estado mítico y, con base en él, plantean demandas, reclamos y quejas. Si estos reclamos no encuentran interlocutores con expectativas normativas similares, si estos reclamos no encuentran eco en otros pobladores o en las instituciones del estado, entraría en acción el sistema operacional.

La parte operacional surge cuando los sujetos de derecho recurren, con base en su conocimiento normativo, a las procuradurías auxiliares, las cortes o las comisiones de las Naciones Unidas y del sistema interamericano, pero se encuentra que otras personas interpretan los derechos humanos de manera diferente o no los comparten del todo.

En otras palabras, la razón de ser del sistema operacional es permitir que los actores colaboren en la realización de la norma. Por cuanto el contenido de éstas tiende a ser ambiguo, el sistema operacional aporta el cúmulo de procedimientos y métodos disponibles para acordar en un significado normativo común y en expectativas normativas similares.

El acercamiento de expectativas divergentes entre los usuarios del conocimiento normativo que busca el sistema operacional se logra por dos medios principales: *la negociación y la adjudicación*.

La negociación (incluye la negociación pura y simple, la mediación y la conciliación) permite que las partes, con o sin asistencia de un tercero, acerquen sus expectativas mediante la transacción. La adjudicación, arbitral o judicial, decide el problema de las

expectativas divergentes definiendo una sola que prevalece y a la que las partes deben ajustarse.

La efectividad en el sistema operacional se da cuando surge un consenso generalizado entre la mayoría de los actores relevantes sobre un conocimiento normativo específico, y parecen estar de acuerdo con su significado y con las consecuencias que de su aplicación deberán generarse. Esta convergencia de expectativas es la que permite la cooperación en la aplicación del conocimiento normativo. En la negociación, las partes definen esa convergencia; en la adjudicación, la impone un tercero.

El sistema operacional tiene como función principal la reducción de la incertidumbre entre los actores, de manera que ellos definan premisas y principios rectores comunes de conducta que faciliten la determinación de lo que es debido y lo que es impropio. Sobre estas bases es posible pensar en el acuerdo ante la divergencia y la cooperación en medio del disenso.

La efectividad del sistema operacional en los derechos humanos depende entonces de que los actores relevantes lleguen a alcanzar expectativas normativas similares; que su interpretación de la normativa aplicable sea convergente y que quienes antes discrepaban cambien por aprendizaje o por adaptación del consenso general.

Para determinar la efectividad del sistema operacional podemos seguir los cambios en los operadores del derecho o actores y determinar la causa y el origen de los mismos.⁹

9 La determinación de una relación de causalidad entre el derecho y cambios de conducta, puede hacerse usando las siguientes herramientas metodológicas:

- * La dependencia entre hechos y derecho constriñe la posibilidad de manipulación de las normas por parte de los actores.
- * La habilidad de ciertos actores en manejar las arenas y los mecanismos de procesamiento del conocimiento normativo para imponer sus percepciones y expectativas sobre las de otros debe ser siempre estudiada.
- * Es necesario entender cómo la base de conocimiento consensual ha permitido la asimilación de los estilos de negociación, la similitud de fines y objetivos entre las partes y el acercamiento en las expectativas.

Un ejemplo de cómo trabaja el sistema operacional en su modalidad de adjudicación podría ser la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, planteado por Nicaragua contra los Estados Unidos de América en 1984.¹⁰

En ese caso se discutían dos percepciones divergentes sobre los derechos humanos en general. Estados Unidos mantenía que la violación masiva por los sandinistas de los derechos humanos de los nicaragüenses autorizaba a este país y a sus aliados en Centroamérica a intervenir en los asuntos internos de Nicaragua, a fin de evitar mayores violaciones. Nicaragua, por su parte, negaba esta posibilidad sobre la base de que el principio de no intervención es sagrado y no acepta excepción. Teníamos aquí dos expectativas normativas divergentes que debía ser zanjada por el sistema operacional.

Para evitar que la protección de los derechos humanos pudiera convertirse en excusa para la intervención militar foránea, la Corte Internacional de Justicia resolvió que el sistema interamericano ofrece los mecanismos apropiados para proteger los derechos humanos. Además dijo que si los Estados Unidos de América o sus aliados deseaban proteger los derechos humanos en Nicaragua debían entonces usar esos mecanismos y no la intervención por medios forzosos contra ese país y su gobierno.

La importancia de la decisión de la Corte Mundial en este aspecto tuvo el efecto inmediato de que los involucrados en la crisis centroamericana dejaran de usar esas y otras excusas para usar la fuerza y para intervenir en los asuntos internos de otros estados.

10 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicar. v. US.) 1986, ICJ 149.

IV. Conclusión

No quisiera continuar mi exposición más allá de lo debido y no es posible explicar aquí todos los pormenores de un desarrollo teórico jurídico.

Mi interés ha sido describir una metodología cuya finalidad principal es aportar a nuestro entendimiento del derecho y su efectividad. De Kelsen heredamos su teoría pura del derecho, de gran utilidad en la definición del carácter específico del derecho y acerca de su forma de influir sobre una realidad social determinada. Heredamos también la visión kelseniana de la efectividad jurídica basada en la identificación del ilícito y la coacción.

Nos toca ahora explicar nuevas realidades sociales, que no podemos comprender si únicamente usamos el marco conceptual de Kelsen. Para entenderlas debemos intentar nuevas herramientas teóricas y metodológicas. He presentado una propia; una entre muchas. Deseo invitarlos a todos ustedes, estudiantes del derecho internacional y los derechos humanos, a que asumamos juntos ese reto. Ha llegado el momento para plantear nuestras propias alternativas doctrinales y eso será posible en el tanto que continuemos estas discusiones para crear día a día un pensamiento jurídico cada vez más rico y cada vez más útil.

COLABORADORES EN ESTE TOMO

ANTÔNIO A. CANÇADO TRINDADE

Brasileño. Ph.D Cambridge. Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Director Ejecutivo del IIDH. Profesor Titular de la Universidad de Brasilia. Miembro del Instituto Internacional de Derecho Humanitario.

ALIRIO ABREU BURELLI

Venezolano. Abogado. Doctor en Derecho. Magistrado de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Venezuela. Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Profesor universitario.

MARÍA ELENA MARTÍNEZ SALGUEIRO

Uruguaya. Abogada. Miembro del Consejo Directivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Consultora en el tema de Sociedad Civil del ICNL. Directora Ejecutiva del Centro de Estudios y Asesoramientos Laborales y Sociales (CEALS). Miembro de la directiva de la Coordinación Nacional de ONGs del Uruguay.

ALBERTO LEÓN GÓMEZ ZULUAGA

Colombiano. Abogado laboralista. Profesor Titular IV de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquía, Medellín, Colombia. Miembro fundador de la Comisión Andina de Juristas - Sección Colombiana.

ALONSO GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO

Mexicano. Abogado. Profesor de Derecho Internacional de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

EMILIO GARCÍA MÉNDEZ

Argentino. Abogado. Doctor en Sociología del Derecho Penal por la Universidad de Saarland, Alemania. Asesor Regional Área Derechos del Niño, UNICEF.

HEGE ARALDSEN

Oficial Asistente, Área Derechos del Niño, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, UNICEF

GUILHERME L. DA CUNHA

Brasileño. Representante regional de ACNUR para Argentina, Perú, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay.

ROBERT KOGOD GOLDMAN

Estadounidense. Abogado Profesor y Director del Center For Human Rights and Humanitarian Law, Facultad de Derecho de la American University, Washington D.C., USA.

HERNANDO VALENCIA VILLA

Colombiano. Doctor en Derecho. Profesor invitado en la Universidad de Salamanca. Profesor Asociado, Universidad Carlos III de Madrid, ex Procurador Delegado para los Derechos Humanos de Colombia

YVES SANDOZ

Suizo. Consultor Jurídico del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), Ginebra.

JAIME ORDÓÑEZ

Costarricense. Abogado. Profesor de la Universidad de Costa Rica y Coordinador del Programa de Administración de Justicia y Derechos Humanos del IIDH.

LUIS CERVANTES

Costarricense. Abogado. Jefe del Programa de Administración de Justicia del IIDH.

BERTHA SANTOSCOY

Mexicana. Doctora en Derecho. Especialista Principal de Derechos Humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA.

FELIPE GONZÁLEZ

Chileno. Profesor de Derecho Internacional y de Filosofía del Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile. Representante para América Latina, International Human Rights Law Group.

JOSÉ H. FISCHER DE ANDRADE

Brasileño. Master en Derecho Internacional de la Universidad de São Paulo. Oficial de Protección de ACNUR en Brasil.

GONZALO ELIZONDO BREEDY

Costarricense. Abogado. Director del Área de Instituciones Públicas del IIDH. Profesor de Teoría del Derecho de la Universidad de Costa Rica.

ABRAHAM MAGENDZO

Chileno. Coordinador del Programa Educación y Derechos Humanos, Programa Interdisciplinario de Investigaciones en Educación, PIIE, Santiago de Chile. Consultor IIDH.

ERNESTO OTTONE

Chileno. Doctor en Ciencias Políticas de la Universidad de París. Secretario de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL. Miembro de la International Sociological Association.

MARÍA LUISA BARTOLOMEI

Argentina. Abogada. Responsable para América Latina del Programa Integrado de Derechos Humanos del Instituto de Sociología del Derecho, Universidad de Lund, Suecia.

JOAQUÍN TACSAN CHEN

Costarricense. JSD/Ph.D. Director Centro para la Paz y la Reconciliación de la Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano.