

REVISTA IIDH

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

39

Enero-Junio 2004

 **Asdi**
ABENCIA SUECA
DE COOPERACION
INTERNACIONAL PARA
EL DESARROLLO

**NORWEGIAN MINISTRY
OF FOREIGN AFFAIRS**



REVISTA
IIDH

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

© 2004, IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista
341.481

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

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

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

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

Diagramado y montaje electrónico de artes finales: Unidad de Información y Servicio Editorial del IIDH.

Impresión litográfica: Imprenta y Litografía Mundo Gráfico S.A.

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

Se solicita atender a las normas siguientes:

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

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US\$ 30,00. El precio del número suelto es de US\$ 15,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

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

Dirigir todas las órdenes de suscripción a la Unidad de Información y Servicio Editorial del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones pueden escribir a la Unidad de Información y Servicio Editorial del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Índice

Presentación	7
<i>Roberto Cuéllar</i>	
Recordando los inicios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	11
<i>Thomas Buergenthal</i>	
Doctrina	
The Right to Live: The Illegality Under Contemporary International Law of All Weapons of Mass Destruction.	35
<i>Antônio Augusto Cançado Trindade</i>	
Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio <i>pro homine</i>	71
<i>Humberto Henderson</i>	
La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos	101
<i>Fabián Salvioli</i>	
The Rome Statute's Sexual Related Crimes: an Appraisal under the Light of International Humanitarian Law	169
<i>Tathiana Flores Acuña</i>	
El derecho internacional de los derechos humanos y la responsabilidad penal de los individuos: el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y el derecho brasileño	203
<i>Valerio de Oliveira Mazzuoli</i>	

Temas en derechos humanos

Pueblos indígenas, derechos económicos,
sociales y culturales y discriminación233

Diego Iturralde G.

El derecho indígena entre derecho constitucional
y derecho interamericano, Venezuela y Awás Tingni.....257

Bartolomé Clavero

El sector empresarial y los derechos humanos:
¿puede el sector privado contribuir a promover los
derechos humanos en el sector cafetalero?293

Anthony P. Ewing

Elliot J. Schrage

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) se complace en presentar el número 39 de su Revista IIDH, correspondiente al primer semestre de 2004. Incluye temas de doctrina sobre el derecho internacional de los derechos humanos, complementada de una sección con temas especializados en derechos humanos, vistos desde una perspectiva interdisciplinaria.

A través de sus dieciocho años de publicación continua, la Revista IIDH se ha ido modificando a modo de incorporar los cambios en el ámbito del derecho internacional de derechos humanos, así como los socio-políticos y económicos. Muy al contrario de lo que ocurriera en el momento de la creación del IIDH -hace más de dos décadas- hoy se cuenta con un sistema interamericano de protección de derechos humanos plenamente desarrollado, basado en un amplio conjunto de instrumentos jurídicos derivados de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, la jurisprudencia de la Corte y las recomendaciones de la Comisión. Hacen parte de este sistema la mayoría de los países de la región, los cuales cuentan hoy con regímenes políticos democráticos y constituciones que reconocen explícitamente los derechos humanos. Hay una creciente institucionalidad estatal en materia de defensa de los derechos y libertades de los habitantes; las organizaciones de la sociedad civil han consolidado su experiencia en el tema; y la comunidad internacional de derechos humanos ha crecido y está activa en múltiples frentes.

Este nuevo número de la Revista IIDH refleja el interés de fomentar la discusión de los temas de relevancia para esa comunidad internacional de derechos humanos, con miras a seguir encontrando formas novedosas para enfrentar los nuevos retos, apuntando a que todas y todos los actores tengan una comprensión profunda de

factores históricos y de elementos nuevos en el panorama de los derechos humanos de las Américas y de éstas en el mundo globalizado.

El No. 39 de la Revista IIDH está dividido en tres partes. A modo de introducción, la primera es un artículo de Thomas Buergenthal, Presidente Honorario del IIDH; Juez de la Corte Internacional de Justicia; ex Presidente, Vicepresidente y Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De lectura amena, este artículo es un recuento de los primeros años de la Corte Interamericana, visto desde la perspectiva personal de uno de los integrantes del primer grupo de jueces que conformó este Tribunal.

La sección Doctrina en esta ocasión cuenta con cinco interesantes artículos. Abre con el aporte de Antônio A. Cançado Trindade, ex Director Ejecutivo del IIDH; ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y actual Juez de la misma. En su texto analiza la ilegalidad de las armas de destrucción masiva en el marco del derecho internacional contemporáneo. Sigue un trabajo en el que Humberto Henderson -docente universitario en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República en Montevideo (Uruguay) y actualmente funcionario de Freedom House en México- intenta una aproximación al estudio de la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno de los países. El tercer documento que les ofrecemos tiene que ver con los derechos económicos, sociales y culturales, en lo que se refiere a su protección en el sistema interamericano de derechos humanos. Su autor, Fabián Salvio, es Profesor Titular de Derecho Internacional Público, Director del Instituto de Derechos Humanos y de la carrera de postgrado de Magíster en Derechos Humanos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata y consultor del IIDH. Tathiana Flores, abogada especialista en derecho internacional, que trabaja actualmente en la Corte Internacional de Justicia, evalúa en su trabajo los crímenes sexuales en el Estatuto de Roma, desde la perspectiva del derecho internacional humanitario. Por último, el aporte de Valerio de Oliveira Mazzuoli -Profesor de Derecho Internacional Público y Derechos Humanos en el Instituto de Enseñanza Jurídica Professor Luiz Flávio Gomes (IELF), en San Pablo (Brasil), y en la Facultad de Derecho de Presidente Prudente (San Pablo, Brasil)- cierra esta sección, con su artículo titulado El derecho internacional de los

derechos humanos y la responsabilidad penal de los individuos: el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y el derecho brasileño.

La tercera y última sección de este número de la Revista IIDH, Temas en derechos humanos, está compuesta por tres aportes, dos relativos a los derechos de los pueblos indígenas y uno al novedoso tema del sector privado y los derechos humanos. Diego Iturralde, antropólogo y jurista ecuatoriano, Coordinador de la Unidad de Investigaciones Aplicadas del IIDH, nos invita a pensar sobre los cambios que las identidades indígenas han experimentado en los últimos años en la región, desde la perspectiva de los derechos económicos, sociales y culturales y la discriminación. Bartolomé Clavero, Catedrático de la Universidad de Sevilla, nos presenta El derecho indígena entre derecho constitucional y derecho interamericano. Venezuela y Awas Tingni, artículo en el que analiza la posición respecto al derecho indígena por parte del derecho constitucional y el internacional, desde una perspectiva histórica y el caso de Venezuela. Cierra el número con el trabajo conjunto de Anthony P. Ewing y Elliot J. Schrage, abogados de la Universidad de Columbia (Nueva York), quienes exploran el tema de los derechos humanos desde el sector empresarial, con el ejemplo del sector cafetalero.

Agradecemos a la autora y los autores por sus interesantes aportes y perspectivas, dejando abierta la invitación a todas aquellas personas que deseen enviar sus trabajos a consideración del Comité Editorial de la Revista IIDH. Aprovechamos la oportunidad para agradecer, asimismo, a las agencias internacionales de cooperación, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de Estados Americanos, universidades y centros académicos, sin cuyos aportes y contribuciones la labor del IIDH no sería posible.

*Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo*

Recordando los inicios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

*Thomas Buergenthal***

Introducción

Hace poco alguien me recordó que soy el único sobreviviente del primer grupo de jueces electo en 1979 a la recién fundada Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto me ha llevado a reflexionar acerca de los primeros años de la Corte y algunos de los problemas que enfrentamos. No se trata, pues, de un artículo académico sino de las reminiscencias y reflexiones de un juez en derechos humanos que tuvo la oportunidad única de participar en una experiencia judicial novedosa y excitante.

Cuando me integré a la Corte Interamericana, gran parte del hemisferio occidental sufría de violaciones masivas a los derechos humanos. La guerra fría, en la América de aquella época, permitió que los regímenes militares y las dictaduras civiles torturaran e hicieran desaparecer a cualquier persona que catalogaran como subversivo. A menudo, también, el simple hecho de hablar públicamente de derechos humanos podía ser motivo de encarcelamiento o de medidas aún más drásticas.

Ese fue el ambiente político que imperaba cuando la Corte Interamericana abrió sus puertas, por así decirlo. Pero aparte de los problemas políticos que ese ambiente representaba para los derechos humanos, también a nivel práctico hubo que empezar de cero. El estatuto, el reglamento y el convenio de sede tuvieron que ser redactados y negociados. Se promulgaron procedimientos judiciales internos, se contrató personal e incluso se seleccionaron y compraron

* Este artículo se basa en una conferencia dictada por el autor en la New York University Law School, en 2004. La versión original, en inglés, fue publicada en el *New York University Journal of International Law and Politics*, No. 2, Vol. 37, 2005. La traducción es responsabilidad del IIDH.

** Juez de la Corte Internacional de Justicia. Fue Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1979-91), así como su Vicepresidente (1983-85) y Presidente (1985-87).

togas. Todo esto y más se logró sin presupuesto, con jueces a tiempo parcial y sin previa experiencia judicial.

Elección como Juez de la Corte

Todo comenzó en 1978 con la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹. En aquel tiempo, yo era profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Texas, en Austin. Uno de los cursos que impartía era un seminario acerca del derecho internacional de los derechos humanos. En él también se consideraba el sistema interamericano de derechos humanos, y yo nunca dejaba de señalar que como Estados Unidos no había ratificado la Convención, nunca podría proponer candidatos a la Corte. Aunque aclaraba que un ciudadano estadounidense podría ser propuesto por alguno de los Estados que hubiera ratificado la Convención, tenía serias dudas de que esto pasara, y nunca perdí la oportunidad de decirlo. Como luego resultó evidente, no pude haberme equivocado más.

Una tarde a comienzos de 1979, recibí una llamada telefónica de una persona que se identificó como Embajador de Costa Rica en los Estados Unidos y ante la Organización de los Estados Americanos. Según me explicó, la razón de su llamada se debía a la próxima elección de jueces a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que pronto sería establecida. Su gobierno le había encargado preguntarme si yo permitiría que Costa Rica me propusiera como candidato a juez de la Corte. Convencido de que se trataba de alguna broma de un estudiante de mi seminario, le di las gracias y le pedí su número de teléfono para poder comunicarme con él después de haber consultado a mi esposa. Aún no podía creerlo cuando verifiqué que el número era realmente el de la Embajada de Costa Rica en Washington. Unos meses más tarde, fui electo Juez de la Corte².

1 Ver Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención), 22 de noviembre de 1969, 1144 U.N.T.S. 123, art. 53(2), reimpresso en T. Buergenthal y D. Shelton, *Protecting Human Rights in the Americas: Cases and Materials*, N. P. Engel, Arlington, Virginia, 4ª edición, 1995, págs. 617-30.

2 La Convención Americana le permite a un Estado Parte nominar un máximo de tres candidatos. Estos no necesitan ser ciudadanos del Estado que nombra, pero deben ser ciudadanos de un Estado miembro de la OEA. Ver Convención art. 53(2). Por eso fue posible para Costa Rica nominar a Rodolfo Piza y a mí al mismo tiempo. El gobierno costarricense deseaba asegurarse de que la Corte se convertiría en una institución importante y creía que un juez de un país grande de las Américas, con conocimiento del funcionamiento del sistema regional de los derechos humanos, ayudaría a lograrlo. Hasta ese momento yo había escrito una serie de artículos sobre los sistemas europeo e interamericano, y había

Establecimiento de la Corte

Una vez constituida la Corte -fue oficialmente inaugurada en San José de Costa Rica el día 3 de setiembre de 1979- nuestro trabajo empezó en serio. Una de nuestras primeras tareas fue la preparación del proyecto del Estatuto de la Corte, que debía ser aprobado por la Asamblea General de la OEA³. También había que presentar un proyecto de presupuesto.

Sin embargo, primero tuvimos que enfrentar un obstáculo inesperado. Poco después de la solemne inauguración de la Corte, nos dimos con una triste realidad: aunque la sede oficial estaba en ese hermoso país, el gobierno no nos otorgó un espacio físico propio, ni siquiera un piso de oficinas. Como consecuencia, la primera sesión se realizó en el área de recreo del Colegio de Abogados de Costa Rica. Las voces de los niños que nadaban y saltaban a la piscina del Colegio ahogaron nuestros primeros esfuerzos, un inicio poco prometedor para aquellos de nosotros que nos considerábamos dignos sucesores de John Marshall. Al poco tiempo, nos trasladamos a unas oficinas del edificio de la Corte Suprema de Costa Rica para luego instalarnos en definitiva en nuestras oficinas permanentes.

En la creencia de que el proyecto de Estatuto que se presentaría a la Asamblea General de la OEA representaba una oportunidad única para maximizar las atribuciones de la Corte, la escribimos de acuerdo a esta premisa. Nuestro realismo político fue pronto puesto a prueba durante la reunión anual de la Asamblea General de la OEA que tuvo lugar en La Paz, Bolivia en 1979. El Juez Rodolfo Piza, nuestro recién elegido Presidente, y yo fuimos los representantes de la Corte ante la reunión. Me sentí halagado por haber sido seleccionado, siendo el juez más joven, pero pronto me di cuenta de que la verdadera razón de haber sido escogido tuvo que ver con la altura de La Paz. A más de 12,000 pies sobre el nivel del mar, La Paz no era un lugar donde mis colegas, más sabios y mayores, querían viajar, y yo nunca lo sospeché.

colaborado con la formulación de la Convención Americana. Entiendo que Costa Rica también supuso que nominar a un estadounidense o a un brasileño favorecería que estos países ratificaran la Convención. Desgraciadamente, en el caso de los Estados Unidos esto aún no se ha dado. Como consecuencia, ningún otro ciudadano estadounidense ha sido propuesto para la Corte después de que cumplí mis dos períodos de servicios.

- 3 La tarea de escribir el borrador del Estatuto y Reglamento de la Corte se simplificó debido a que podíamos basarnos en el Estatuto y Reglamento de la Corte Internacional de Justicia y en los instrumentos relevantes de la Corte Europea de Derechos Humanos.

Aunque la altura de La Paz me afectó un día o dos, los problemas que tuvimos que enfrentar ahí fueron mucho más serios. En 1979 muchos países sudamericanos, entre ellos Brasil, Argentina, Paraguay, Bolivia, Chile y Uruguay, estaban en manos de regímenes militares. Con excepción de la democrática Costa Rica, la situación en América Central no era mucho mejor, ni siquiera en los países vecinos como Panamá, Haití y la República Dominicana. La entonces llamada “democracia” de México no favorecía ni a los derechos humanos ni a las instituciones internacionales de derechos humanos. Sin embargo, todos esos países tenían derecho al voto en las decisiones que se tomarían sobre nuestro estatuto y presupuesto, a pesar de no haber ratificado la Convención.

Sólo quedaron, pues, Costa Rica, Venezuela y Colombia (el Perú salía en esos días de una dictadura de corte izquierdista) y algunos pequeños países caribeños de la Mancomunidad Británica entre los países del hemisferio que en 1979 estaban dispuestos a ver a la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos⁴ constituirse en instituciones eficaces para la protección de los derechos humanos. Desgraciadamente, su influencia no pudo sobreponerse a la oposición de los Estados no democráticos⁵. En resumen, esa Asamblea General fue dominada por Estados que se oponían fuertemente a cualquier institución regional para la protección de los derechos humanos. Lograron obstruir todos nuestros esfuerzos por fortalecer a la Corte, incluyendo una propuesta para su funcionamiento a tiempo completo.

Aunque la negativa de la Asamblea a aceptar una Corte de tiempo completo no nos debió sorprender, lo que sí nos impactó fue su rechazo de un presupuesto para la Corte. Es decir, nos faltó un voto para obtener los dos tercios necesarios para la aprobación de nuestro presupuesto. Pese a que se nos había asegurado que contábamos con los votos necesarios, gracias al apoyo de la Nicaragua sandinista,

4 De acuerdo a la Convención, la Comisión procesa quejas individuales e interestatales relativas a los Estados Partes de la Convención. La Comisión también realiza otras funciones como órgano principal y autónomo de la OEA, cuyo mandato surge de la Carta de la OEA. Ver Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1979) arts. 18, 20.

5 Estados Unidos, amparado en el hecho de que no había ratificado la Convención, indicó que no podía tener una posición determinante a favor de la Corte, ofreciendo un apoyo parcial pese al fuerte compromiso del Presidente Jimmy Carter a favor de la promoción de los derechos humanos internacionales. Ver Schneider, “A New Administration’s New Policy: The Rise to Power of Human Rights”, en *Human Rights and U.S. Foreign Policy*, P. Brown & D. MacLean eds., 1979, pág. 3.

cuando llegó el momento de votar, el delegado nicaragüense no respondió. Se justificó luego diciendo que se había quedado dormido. Nunca supimos si su sueño fue provocado por consideraciones diplomáticas o por mal de altura. En todo caso, si no hubiera sido por el apoyo económico del gobierno de Costa Rica y una asignación de emergencia por parte de la OEA un año después, la Corte no hubiera sido capaz de llevar a cabo las dos sesiones ordinarias previstas para ese período presupuestario.

Los siguientes días en La Paz podrían haber salido de una novela de Gabriel García Márquez, y fueron ilustrativos de las realidades de una corte de derechos humanos en la América de aquella época. Cuando llegamos a la Paz, el Presidente de Bolivia había inaugurado la Asamblea. Días después fuimos recibidos nuevamente en Bolivia por el Presidente, aunque en esta ocasión se trataba de otra persona. Al momento de retirarnos del país, nos despidió un tercer presidente. Bolivia había dado crédito a su reputación de entonces de ser el país con más presidentes que años de independencia.

En la siguiente sesión de la Corte, mis colegas me encargaron la negociación del convenio de sede de la Corte con Costa Rica. La contraparte en estas negociaciones fue la jefa del departamento legal del Ministerio de Relaciones Exteriores de Costa Rica, departamento compuesto de una sola persona. Ella me aseguró que la Corte recibiría todo lo que necesitaba para funcionar eficazmente. Como no contaba con personal a su cargo, sin embargo, me solicitó que le presentara un proyecto del acuerdo. La solicitud fue fácil de atender porque la Corte ya había preparado y adoptado una propuesta. Como quedó demostrado en nuestras negociaciones, la representante legal de Costa Rica cumplió con lo prometido.

El artículo más innovador del convenio de sede, tal y como finalmente quedó redactado, fue idea del Juez Rodolfo Piza. En él se estipula que las resoluciones de la Corte Interamericana, una vez comunicadas a las autoridades judiciales y administrativas competentes de Costa Rica, tendrán la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por los tribunales costarricenses⁶. Teníamos la esperanza de que ese artículo serviría de modelo para realizar acuer-

6 Ver "Agreement between the Inter-American Court of Human Rights and the Government of Costa Rica", 10 de septiembre de 1981, art. 27; reimpresso en *Inter-Am. Y.B. on Hum. Rts.*, 1987, pág. 214; *Hum. Rts. L.J.*, No. 24, 2003, pág. 302. En adelante Convenio entre la Corte y Costa Rica.

dos similares con otros Estados Partes⁷. Pero hasta ahora, esa esperanza no se ha concretado.

En vista de las dictaduras que estaban en el poder en varios países de la América de la época, la Corte quería asegurar que sus jueces disfrutaran de inmunidad diplomática aún si provocaran la ira de sus propios gobiernos. En consecuencia, Costa Rica acordó estipular en el acuerdo que emitiría pasaportes diplomáticos costarricenses a los jueces de la Corte, cuando sus propios países no se los otorgaran. También acordó poner sus misiones consulares y diplomáticas en otros países al servicio de los jueces que estuvieran de visita oficial en los mismos⁸. Sin embargo, fracasamos en nuestro intento de lograr que Costa Rica diera la precedencia protocolar al Presidente de la Corte, por encima del Decano del Cuerpo Diplomático, estatus que los Países Bajos le otorgan al Presidente de la Corte Internacional de Justicia⁹. Ahí tropezamos con el cabildeo del Nuncio Apostólico que, tanto en Costa Rica como en otros países latinoamericanos, funge como decano del cuerpo diplomático. En el área de la negociación los novatos jueces en derechos humanos no tienen la menor posibilidad de superar a los diplomáticos del Vaticano.

Algunos de los primeros casos

El primer caso que llegó a la Corte fue una primicia en los anales de la jurisprudencia internacional. Aunque se conoce como *Costa Rica contra Costa Rica*, que es la descripción más acertada del caso, su nombre oficial es *Asunto de Viviana Gallardo y otras*¹⁰. Viviana Gallardo era una joven costarricense que, junto con otros, había sido detenida por la policía de Costa Rica durante un tiroteo en el que un oficial de policía resultó asesinado. Poco después de su arresto y mientras se encontraba en la comisaría, un oficial fuera de servicio, amigo del policía fallecido, la asesinó de un disparo. Esos hechos provocaron gran consternación en Costa Rica, país orgulloso, con justa razón, de ser una democracia comprometida con el estado de derecho y con los derechos humanos. El Presidente de Costa Rica,

7 Esa provisión habría fortalecido el lenguaje ambiguo de la Convención en esa materia. Ver Convención art. 68(2).

8 Ver Convenio entre la Corte y Costa Rica, art. 12.

9 Ver Carta del Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos al Presidente de la Corte Internacional de Justicia (26 de febrero, 1971), reimpreso en *C.I.J. Actas y Documentos*, No. 5, pág. 211.

10 Ver *In re* Corte IDH, *Asunto de Viviana Gallardo y otras*, Serie A, No. 101/81, del 13 de noviembre de 1981.

que poco antes había participado en la inauguración de la Corte Interamericana, temía que su país perdería su buena reputación internacional y decidió que lo mejor sería remitir el caso a la Corte. Después de todo, la Corte estaba situada a pocos metros de la Casa Presidencial. ¿Por qué no sacarle ventaja a su presencia en el país, poniéndola a funcionar?

Aunque apreciamos la confianza depositada por el Presidente de Costa Rica en la Corte, no tuvimos más opción que rechazar nuestro primer caso contencioso, si es que podía describirse como caso contencioso propiamente dicho. El problema era que si bien se puede, en principio, renunciar al agotamiento de recursos internos que exige la Convención¹¹, no es posible renunciar a los procedimientos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como pretendía Costa Rica al presentar el caso directamente a la Corte. Los particulares pueden presentar sus casos ante la Comisión, al igual que los Estados Partes¹². Sin embargo, los particulares no tienen legitimidad ante la Corte. En opinión de la Corte, el permitir que un Estado renuncie unilateralmente a un derecho diseñado en parte para proteger los intereses de los particulares, sería incompatible con los fines de la Convención. La Corte calificó el caso de inadmisibles y lo trasladó a la Comisión. La familia de Gallardo se negó a proseguir con el caso ante la Comisión, poniendo fin a este primer caso ante la Corte.

Si aceptamos que el *Asunto de Viviana Gallardo* fue efectivamente un caso contencioso y no una opinión consultiva, como ha sido sugerido de tanto en tanto, se puede decir que la Corte no recibió ningún otro caso hasta el año 1986, cuando fueron sometidos los *Casos de Honduras sobre desaparición forzada*¹³. Para aquel entonces, la Corte había emitido ya una serie de opiniones consultivas¹⁴ a solicitud de los Estados Partes y de la Comisión. Uno de las primeras fue requerida por la Comisión¹⁵. Esta se suscitó a raíz de una serie de ejecuciones sumarias en Guatemala que, según ese gobierno, no violaban la prohibición de la Convención contra el restablecimiento

11 Ver Convención art. 46(1)(a).

12 *Ibidem* arts. 44 y 61.

13 Ver *infra* "La Corte y la Comisión: sometimiento de casos contenciosos".

14 Ver, e.g., J. Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge University Press, 2003, pág. 47-52.

15 Ver Corte IDH, *Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983.

de la pena de muerte, ya que Guatemala había presentado una reserva a la Convención sobre ese punto. La Comisión concluyó que la reserva no era aplicable en este caso específico y estimó que sería útil para la Corte plantearse el problema, por lo que lo refirió a ésta como solicitud de opinión consultiva. Guatemala, que no había aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte, objetó la admisibilidad de la solicitud con el argumento de que se trataba de un caso contencioso contra Guatemala, disfrazado de opinión consultiva. Cuando la Corte se pronunció en contra de la posición de Guatemala, sin embargo, ese país declaró en audiencia pública su decisión de suspender toda ejecución futura, advirtiendo que no lo hacía por acatamiento a la decisión de la Corte¹⁶. Las ejecuciones cesaron. El Papa Juan Pablo II, durante su visita a Centroamérica un año antes, se había presentado ante las autoridades guatemaltecas sin lograr mayores resultados en cuanto al cese de las ejecuciones. Pero nosotros lo logramos mediante una opinión consultiva. Fue un resultado muy alentador para la Corte.

Otra solicitud de opinión consultiva recibida en los primeros años de la Corte, tuvo importantes repercusiones sobre la libertad de expresión en América. Esta llegó a la Corte de manera enredada. El *Caso Schmidt*¹⁷, como se le conoce desde entonces, concernía a Stephen Schmidt, un periodista estadounidense residente en Costa Rica. En San José, Schmidt trabajó primero para el diario de idioma inglés *The Tico Times* y posteriormente para el periódico en español de mayor circulación de Costa Rica, *La Nación*. Desde el momento en que la Corte Interamericana se estableció en Costa Rica, Schmidt empezó a escribir sobre la Corte, la Convención y los derechos que ésta garantiza. Se interesó sobre todo en el Artículo 13 de la Convención, que garantiza la libertad de pensamiento y de expresión, y dispone que “[e]ste derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”¹⁸. Schmidt llegó a la conclusión de que existía un conflicto entre esa disposición

16 *Ibidem*; C. Moyer y D. Padilla, “Executions in Guatemala as Decreed by the Courts of Special Jurisdiction in 1982-83: A Case Study”, *Human Rights Quarterly*, No. 6, 1984, pág. 507.

17 Ver Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.

18 Convención art. 13.

y una ley entonces vigente en Costa Rica. La ley en cuestión exigía que todo periodista se afiliara al Colegio de Periodistas para poder ejercer su profesión. La membresía en el Colegio de Periodistas estaba restringida a los graduados de la Facultad de Ciencias de la Comunicación Colectiva de la Universidad de Costa Rica. Schmidt no satisfacía ese requisito.

A pesar de que de acuerdo con la legislación costarricense no era posible trabajar como reportero si no se era miembro del Colegio de Periodistas, nunca se quiso aplicar la ley en contra de Schmidt. Pero eso fue antes de que él se enterara del artículo 13 de la Convención Americana. Schmidt inició su campaña en contra de esta ley durante la reunión anual de la Sociedad Interamericana de Prensa. Después de declarar que no pertenecía al Colegio Costarricense de Periodistas, Schmidt retó a esa institución a que levantara cargos contra él; el Colegio así lo hizo. Se siguió un proceso ante los tribunales costarricenses. Schmidt ganó el caso en un juzgado de primera instancia pero la sentencia fue anulada por la Corte Suprema de Justicia, que le impuso una pena de tres meses de condena condicional y tres años de libertad condicional.

Schmidt presentó su caso contra Costa Rica ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Esta lo rechazó por seis votos en contra y uno a favor. La Comisión falló que la ley en cuestión era una legítima disposición laboral que no violaba la libertad de expresión garantizada en el Artículo 13¹⁹. Al parecer, con esto se daba fin al asunto, ya que ni la Comisión ni el gobierno de Costa Rica sometieron el caso a la Corte dentro del plazo de tres meses estipulado en la Convención. Schmidt, como particular, no tenía legitimidad para hacerlo²⁰.

Sin embargo, el caso no terminó ahí. Unos meses después de que la Comisión emitiera su decisión en el Caso Schmidt, el nuevo Presidente de Costa Rica fue invitado como ponente a una reunión de la Sociedad Interamericana de Prensa, en Miami. Enemiga acérrima de las leyes restrictivas que regían a la actividad periodística en varios países latinoamericanos, la Sociedad al parecer tenía un motivo especial al cursar esta invitación al Presidente de Costa Rica.

19 Ver Caso 9178, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución No. 17/84, Costa Rica, 3 de octubre, 1984.

20 Ver Convención art. 61 (1) (“Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte”).

Durante el período de preguntas, y después de que Costa Rica fuera reprendida por no haber llevado el Caso Schmidt a la Corte, al Presidente se le preguntó si esta inacción del gobierno se debía a miedo de perder el caso. El Presidente negó que fuera así, manifestando que la ley costarricense no tenía nada que ver con la libertad de expresión. Entonces alguien le preguntó por qué no poner a prueba esa tesis mediante una solicitud de opinión consultiva por parte de Costa Rica a la Corte acerca de la legitimidad de la ley del Colegio de Periodistas según la Convención²¹. El Presidente respondió que estaba dispuesto a hacerlo y, unos meses después, el Gobierno de Costa Rica así lo hizo. En noviembre de 1985, la Corte decidió unánimemente que la ley violaba el artículo 13 de la Convención²².

Posteriormente fracasaron diversos intentos por anular la ley ante los tribunales de Costa Rica, aparentemente debido al carácter no vinculante de las opiniones consultivas de la Corte. La ley permaneció vigente hasta la entrada en vigor de una reforma constitucional que creó la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Entre los jueces nombrados a esa Sala se encontraba el Juez Rodolfo Piza, el primer Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Piza había votado a favor de la opinión de la Corte de que la ley en cuestión violaba la Convención; asimismo, Piza había apoyado siempre el punto de vista de que los estados tienen la obligación de acatar las opiniones consultivas por ellos solicitadas según el artículo 64(2). A nadie sorprendió que, al poco tiempo de constituirse la Sala Constitucional Costarricense, ésta anuló la ley del Colegio de Periodistas. Stephen Schmidt había logrado su cometido.

La Corte y la Comisión: sometimiento de casos contenciosos

La Convención establece que, además de los Estados, la Comisión Interamericana puede someter casos contenciosos a la Corte²³. Sin embargo, la Convención no detalla los criterios que la Comisión

21 El artículo 64 (2) de la Convención habla sobre este tipo de solicitudes de opinión consultiva. El artículo dice: “La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”. El artículo 64 (1) habla de las solicitudes de opinión consultiva que buscan una interpretación de la “Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”. Ver en general, Pasqualucci, *supra* nota 14, págs. 37-39.

22 Ver Corte IDH, *La colegiación obligatoria...*

23 Convención art. 61(1).

debe seguir para tomar esa decisión. Para gran pena y frustración nuestras, entre 1979 (cuando se inauguró la Corte) y 1986 la Corte no recibió ningún caso contencioso, ni de la Comisión ni de los Estados, a excepción del *Caso Viviana Gallardo*. Al no hacer uso de la Corte, la Comisión (a sabiendas o no) no sólo le estaba restando efectividad a la Corte, sino también mermando su propio poder de hacer cumplir los derechos garantizados por la Convención. Cualquiera que fuesen las razones, entre ellas sin duda la rivalidad institucional, la Comisión perdió varias oportunidades de someter casos a la Corte. Se llevaron a cabo una serie de conversaciones informales entre la Corte y la Comisión para desarrollar estrategias que corrigieran la situación, pero no se llegó a nada.

El desánimo de la Corte llegó a su límite cuando la Comisión decidió no someter el *Caso Schmidt* a la Corte. Después de todo, se trataba de un caso contencioso que reunía todos los requisitos necesarios. Sin embargo, la Comisión se rehusó a someterlo. La Corte sólo pudo pronunciarse públicamente sobre este tema en la fase de opinión consultiva del *Caso Schmidt*. La Corte tuvo entonces que preguntarse si un caso contencioso decidido por la Comisión, que ya no podía ser sometido a la Corte por haberse vencido los plazos estipulados para ese fin, podría siempre ser visto por la Corte si se presentaba como solicitud de opinión consultiva. La respuesta fue afirmativa y la Corte procedió entonces a redactar el siguiente párrafo relativo a la falta de sometimiento de casos por parte de la Comisión:

Aunque la Convención no especifica bajo qué circunstancias la Comisión debe referir un caso a la Corte, de las funciones que asigna a ambos órganos se desprende que, aún cuando no esté legalmente obligada a hacerlo, hay ciertos casos que, al no haberse podido resolver amistosamente ante la Comisión, deberían ser sometidos por ésta a la Corte. El caso Schmidt cae ciertamente dentro de esta categoría. Se trata de un caso que plantea problemas legales controvertidos no considerados por la Corte; su trámite en la jurisdicción interna de Costa Rica fue objeto de decisiones judiciales contradictorias; la propia Comisión no pudo alcanzar una decisión unánime sobre esos problemas jurídicos; y es una materia que reviste especial importancia en el continente, donde varios Estados han adoptado leyes parecidas a la de Costa Rica²⁴.

24 Ver Corte IDH, *La colegiación obligatoria...*, pág. 25.

La Corte luego subrayó que cuando los Estados no someten casos a la Corte, y en vista de que los particulares no tienen legitimidad para hacerlo, “la determinación de [la Comisión] [...] de someter un caso semejante a la Corte, representa la única vía para que operen plenamente todos los medios de protección que la Convención establece”²⁵.

Un año más tarde, la Comisión le refirió a la Corte no uno sino tres casos contenciosos²⁶, los llamados *Casos hondureños de desaparición forzada*. El más conocido es el *Caso Velásquez Rodríguez*. Estos tres casos representaban tan sólo la punta del iceberg de un grupo de casos que involucraban alrededor de 300 presuntas desapariciones forzadas en Honduras. Durante muchos años, la Comisión había sostenido una correspondencia infructuosa con el gobierno hondureño con relación a estos casos, sin llegar a nada.

Tanto la fase de admisibilidad como el fondo de los casos hondureños presentaban muchas novedades jurídicas²⁷. Después de todo, se trataba de los primeros casos sobre desapariciones forzadas que se sometieran a una corte internacional. Un problema probatorio que resultó difícil de manejar para la Corte tuvo que ver con el hecho de que simplemente porque una persona haya desaparecido en determinado país, esto no quiere decir que su gobierno sea responsable de su desaparición. Es, pues, muy difícil atribuir la responsabilidad de las desapariciones forzadas a los gobiernos; y es precisamente por esa razón que algunos de ellos se atreven a realizarlas. La Corte concluyó, sin embargo, que el problema probatorio se puede superar si existe evidencia de otras desapariciones con un patrón común, que señalarían la existencia de una práctica generalizada. Es así que la Corte decidió que si la Comisión podía probar la existencia de una práctica de desapariciones forzadas en Honduras, demostrando que la gente desaparecida tenía ciertas similitudes o compartía las mismas actividades consideradas subversivas por parte del gobierno, se establecería una presunción disputable entre la práctica y la desaparición en el caso específico. La carga de la prueba pasaría entonces

25 *Ibidem* pár. 26.

26 Ver Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, No. 4; Corte IDH, *Caso Godínez Cruz*, sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C, No. 5; Corte IDH, *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales*, sentencia de 15 de marzo de 1989, Serie C, No. 6.

27 Ver D. Shelton, “Judicial Review of State Action by International Courts”, *Fordham International Law Journal*, No. 12, 1989, pág. 361; D. Shelton, “Private Violence, Public Wrongs, and the Responsibility of States”, *Fordham International Law Journal*, No. 13, 1989/1990, pág. 1.

al gobierno, a quien le correspondería demostrar que no tuvo participación alguna en la desaparición específica²⁸.

En dos de los tres casos, el *Caso Velásquez Rodríguez* y el *Caso Godínez Cruz*, el Gobierno no pudo demostrar su inocencia, por lo que se le halló responsable de las desapariciones de estas dos personas y de su probable muerte²⁹. En el *Caso Fairén Garbi y Solís Corrales* el Gobierno pudo refutar la presunción de estar involucrado, ya que no había nada en el perfil de las víctimas -se trataba de dos costarricense que viajaban a México a visitar a un familiar- que sugiriera que las autoridades hondureñas tenían alguna razón para sospechar que estas personas habían participado en actividades en contra del Estado³⁰. Además, no se sabía a ciencia cierta si los costarricenses habían desaparecido en Honduras, en El Salvador o en Guatemala. No se pudo esclarecer esto debido a la falta de colaboración por parte de los gobiernos de El Salvador y de Guatemala, y la incapacidad de la Corte de obligarlos a cooperar.

Cuando la Corte falló en contra del Gobierno de Honduras por las desapariciones de Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz, adjudicó reparaciones a sus familiares³¹. Se produjo un desacuerdo entre el gobierno de Honduras, por un lado, y la Comisión y la Corte, por el otro, relativo a las cantidades que debían asignarse a los familiares. El problema surgió a raíz de que Honduras no había efectuado el pago dentro del plazo especificado por la Corte y antes de una devaluación de la moneda hondureña. Luego el Gobierno ofreció hacer los pagos pendientes usando la moneda devaluada, cuyo valor se había reducido a casi la mitad con relación al dólar. La Corte rechazó la oferta, argumentando que si el gobierno hubiese pagado a tiempo, las familias hubieran recibido su parte antes de la devaluación. Este asunto quedó pendiente durante varios años sin que Honduras pagara la diferencia.

Continuó el impase hasta que el Juez Carlos Roberto Reina, que había integrado la Corte durante sus primeros seis años, fue elegido Presidente de Honduras. En una entrevista de la CNN realizada al poco tiempo de su elección, se le preguntó qué pasos tomaría para resolver el conflicto. Sin titubear, respondió que consideraba que los

28 Ver Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez...*, párs. 122-26, 147-48.

29 *Ibidem* párr. 147; Corte IDH, *Caso Godínez Cruz...*, párs. 153-54.

30 Ver Corte IDH, *Caso Fairén Garbi y Solís Corrales...*, párs. 158-159.

31 Ver Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez...*, párr. 194 (5); Corte IDH, *Caso Godínez Cruz...*, párr. 203(5).

fallos de la Corte eran una deuda de honor del Estado de Honduras, y que se haría cargo personalmente de que se cumplieran. Reina cumplió su palabra. En 1995, aunque yo ya no estaba en la Corte, el Presidente de la Corte me solicitó que lo representara ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Washington para recibir el cheque del monto pendiente del gobierno hondureño. La moraleja de la historia es que, para que se cumplan fallos en materia de derechos humanos, ayuda mucho que los antiguos jueces internacionales en derechos humanos lleguen a la presidencia de sus propios países.

Vale la pena relatar otro episodio relativo al *Caso Velásquez Rodríguez*. Mientras se desarrollaba el caso, Honduras había afirmado, *inter alia*, que Velásquez había sido visto en un campamento guerrillero de Colombia. La evidencia no era contundente y consistía básicamente en una declaración jurada de un testigo que manifestó haber hablado con otra persona que vio a Velásquez con el grupo guerrillero. La Corte consideró que esta evidencia no era suficiente como para opacar las demás pruebas que apoyaban la conclusión de que Velásquez reunía las características típicas de los desaparecidos en Honduras, y que él fue una de las víctimas. Un par de años después de dejar la Corte, recibí una llamada telefónica de uno de mis antiguos colegas. Me informó que circulaban por los diarios de América Latina rumores de que una persona había visto a Velásquez Rodríguez con vida, y que estaba dispuesta a concertar una cita con él por el monto de US\$100,000. Al parecer, logró convencer a un sacerdote hondureño, al Ministro de Seguridad de Costa Rica y a otro funcionario para alquilar un avión que los llevara a ellos y al dinero hasta donde se encontraba Velásquez. Mi colega y yo hablamos acerca de las consecuencias para la Corte si Velásquez realmente estuviera con vida. Inmediatamente revisamos la sentencia para asegurarnos de que en ningún lugar hubiéramos declarado oficialmente que a Velásquez lo hubieran asesinado; para gran alivio nuestro, no lo habíamos hecho³². Días después, me enteré de que la aeronave, junto con los pasajeros, había sido secuestrada por el informante. Luego de obligar el aterrizaje, se escapó con el dinero,

32 La Corte encontró que “Manfredo Velásquez desapareció el 12 de septiembre de 1981, entre las 16:30 y las 17:00 horas, en un estacionamiento de vehículos en el centro de Tegucigalpa, secuestrado por varios hombres fuertemente armados, vestidos de civil, que utilizaron un vehículo Ford de color blanco, sin placas y que hoy, casi siete años después, continúa desaparecido, por lo que se puede suponer razonablemente que ha muerto”. Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez*..., párr. 147(e).

no sin antes confesar que todo lo dicho era mentira. Meses después, nos enteramos que había muerto como resultado de un tiroteo con la policía de Belice.

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos

La difícil situación política que caracterizaba a la región antes de su gradual transición a la democracia, impulsó a la Corte a tomar algunas medidas que han sido, y siguen siendo, muy importantes para su existencia y también para la protección de los derechos humanos en las Américas. Tan pronto fue constituida, la Corte decidió crear una institución no gubernamental que se dedicaría a actividades promocionales destinadas a fortalecer los fines del sistema interamericano de derechos humanos, en general, y los de la Corte en particular. Dos años más tarde, se estableció el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), organismo internacional no gubernamental y apolítico, creado mediante un convenio entre la Corte y el gobierno de Costa Rica³³.

Con los años y gracias a donaciones provenientes de las agencias de cooperación gubernamentales de Estados Unidos, Europa y Canadá e instituciones privadas, el IIDH ha apoyado la labor de la Corte y de la Comisión Interamericanas, organizando conferencias, capacitaciones y programas de enseñanza en derechos humanos, promoviendo y llevando a cabo investigaciones en la materia, y publicando libros y folletos relativos al tema; en todas estas actividades han participado los integrantes de la Comisión y los jueces de la Corte. La biblioteca conjunta de la Corte y el IIDH, financiada principalmente por el Instituto, se ha convertido en la institución más importante de Latinoamérica dedicada a la investigación en derechos humanos y atrae a estudiantes e investigadores de la región y de otras partes del mundo. Ninguna de esas actividades las hubiera podido financiar la Corte con los escasos recursos del presupuesto que le asigna la OEA. Por otro lado, en su calidad de organismo intergubernamental, tampoco hubiera podido involucrarse en algunas de esas actividades. En los primeros años de la Corte, por ejemplo, cuando hubo que realizar sesiones extraordinarias que no podían ser

33 P. Nikken, "Sobre la autonomía y naturaleza del Instituto Interamericano de Derechos Humanos", en *The Modern World of Human Rights: Essays in Honor of Thomas Buergenthal*, IIDH, San José, Costa Rica, 1996, pág. 3; Picado, "Thomas Buergenthal", en *The Modern World of Human Rights: Essays in Honor of Thomas Buergenthal* IIDH, San José, Costa Rica, 1996, pág. 19.

financiadas con el presupuesto otorgado por la OEA, el IIDH cubría los gastos de viaje de los jueces, extendiéndoles invitaciones a reuniones que se realizarían en San José y que por casualidad coincidían con las necesidades de la Corte.

Durante más de dos décadas, el curso de verano anual del IIDH ha reunido a profesores universitarios, funcionarios civiles, oficiales militares, periodistas, abogados y representantes de ONG de América en San José, para participar en una variedad de cursos y seminarios en materia de derechos humanos. En este espacio se introduce a los participantes al sistema interamericano de derechos humanos y al papel que puede y debe jugar en la promoción de los derechos humanos en la región. También se ofrecen conferencias sobre otros sistemas regionales e internacionales, así como sobre temas especializados en derechos humanos. Con el pasar de los años, los participantes del curso de verano y de los diversos seminarios especializados que ofrece el IIDH han creado una red en derechos humanos que permite a sus integrantes mantenerse al día con los avances en el tema en cada uno de sus países e intercambiar otra información pertinente, incluyendo la relativa a los casos ante la Corte y Comisión.

Las relaciones con la Corte Europea de Derechos Humanos

Tan pronto como se estableció la Corte Interamericana, decidimos entablar contacto especial con la Corte Europea de Derechos Humanos. Este esfuerzo comenzó con la inauguración misma de nuestra Corte en San José, a la que asistió el Vicepresidente de la Corte Europea. Le siguió un acuerdo informal entre las Cortes Interamericana y Europea, acordándose la realización de reuniones periódicas entre los jueces de ambas cortes, alternando entre Estrasburgo y San José. Aparte de la importancia de poder contar con la experiencia judicial adquirida por la Corte Europea³⁴, para nosotros era igualmente importante que los gobiernos de América supieran que contábamos con apoyo internacional más allá de nuestra región³⁵.

34 Como la Convención Americana se inspiró en la Convención Europea, teníamos mucho que aprender de nuestros colegas europeos. Sobre este tema y sobre la colaboración con la instituciones de la Convención Europea, ver Buergenthal, "The European and Inter-American Human Rights Courts: Beneficial Interaction", en *Protecting Human Rights: The European Perspective*, P. Mahoney, F. Matscher, H. Petzold & L. Wildhaber eds., 2000, pág. 123.

35 Contactos similares serán de mucha importancia para la nueva corte africana de derechos humanos. La Corte Interamericana se reunió con la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, poco después de la creación de la misma.

En ese entonces, los signatarios de la Convención Europea eran principalmente las naciones democráticas de Europa Occidental, que tenían economías fuertes y sistemas políticos basados en el estado de derecho y los derechos humanos. El contraste con la situación que se vivía en América era muy marcado, pues la mayoría de los países no conocían realmente la democracia, y la pobreza, la corrupción y la discriminación eran desenfrenadas. Ese contraste se evidenció más aún durante una de nuestras visitas periódicas a Estrasburgo. Durante nuestra estadía, la Corte Europea analizaba un caso concerniente a la legalidad, según la Convención Europea, del castigo físico en los centros educativos británicos³⁶. Luego de escuchar los argumentos de ambas partes, uno de mis colegas latinoamericanos me susurró al oído: “si algún día nos llegara a la Corte un asunto similar, sabríamos entonces que se han resuelto los problemas de derechos humanos de nuestra región”.

Es posible que la desintegración de la Unión Soviética y la expansión de la membresía del Consejo de Europa hayan acercado más a los sistemas americano y europeo. Como resultado de la adhesión de las antiguas repúblicas soviéticas y los países del bloque soviético a la Convención Europea, algunos de los problemas en derechos humanos que el sistema interamericano enfrentó en el pasado han empezado a surgir en la Corte Europea, al tener que ver casos provenientes de estos nuevos Estados Partes³⁷. Los precedentes establecidos por la Corte Interamericana en materia de desapariciones, estados de sitio, el significado del estado de derecho y otros, que en algún momento parecían carecer de importancia para el sistema europeo, bien podrían ser de interés para este nuevo sistema europeo de derechos humanos, ampliado y transformado³⁸.

Algunas observaciones adicionales

A 25 años de su creación, la lista de casos contenciosos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha aumentado considera-

36 Ver *Campbell & Cosans v. United Kingdom*, Corte Europea de Derechos Humanos, Serie A, vol. 48, 1982.

37 Ver P. Leuprecht, “Innovations in the European System of Human Rights Protection: Is Enlargement Compatible with Reinforcement?”, *Transnational Law and Contemporary Problems*, No. 8, 1998, pág. 313.

38 Corte IDH, *La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986; Corte IDH, *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987; Corte IDH, *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. También son relevantes los casos hondureños de desaparición forzada. Ver Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez...*; Corte IDH, *Caso Godínez Cruz...*

blemente³⁹ y, por lo general, se ha cumplido con sus fallos. Lenta pero progresivamente ha ido ganando reconocimiento en la región y dejando atrás sus problemas iniciales. La posición de la Corte se fortaleció de manera importante con las transformaciones políticas que se llevaron a cabo en América a inicios de la década de los ochenta y que resultaron en el derrocamiento de muchos regímenes opresores. Los nuevos gobiernos electos se apresuraron por ratificar la Convención Americana y gradualmente reconocieron la jurisdicción de la Corte. Hoy día, todos los Estados latinoamericanos miembros de la OEA han aceptado la jurisdicción de la Corte. Es un gran cambio si se compara con la situación imperante en 1979. Claro está que ni los Estados Unidos ni Canadá ni la mayoría de los países caribeños de la Mancomunidad Británica han ratificado la Convención.

Desde 1991, cuando dejé la Corte Interamericana, ésta ha decidido muchos casos contenciosos y los problemas iniciales ahora son sólo recuerdos del pasado. Pero a pesar de haber cumplido ya más de 25 años de existencia, la Corte aún debe recorrer un largo camino para lograr la misma aceptación y prestigio en América que la Corte Europea goza en su región o, por lo menos, en Europa Occidental. Yo albergaba la esperanza, por ejemplo, de que las decisiones de la Corte poco a poco llegarían a formar parte del derecho interno de los Estados Partes en la Convención Americana, pero eso no se ha dado⁴⁰. Hasta que eso ocurra, la Corte tendrá un impacto limitado sobre la administración de justicia en la vida diaria de esos países. A excepción de los países caribeños de la Mancomunidad Británica, los demás Estados Partes consideran que los tratados de aplicación inmediata debidamente ratificados, constituyen derecho interno directamente aplicable⁴¹. Y sin embargo, hasta donde sé, son pocas las cortes nacionales de América que toman en cuenta la jurisprudencia de la Corte Interamericana o, incluso, la Convención misma⁴². No sé a qué se deba esto, pero me resulta claro que el sistema

39 Ver en general, Pasqualucci, *supra* nota 14, pág. 181 y ss.

40 Ver, por ejemplo, IIDH, *Judicium et Vita: Jurisprudencia Nacional de América Latina en Derechos Humanos*, No. 7, 2000.

41 Ver en general, T. Buergenthal, "Self-Executing and Non-Self-Executing Treaties in National and International Law", *Hague Acad. Recueil Des Cours*, 1992, pág. 341 y ss.

42 Hay algunas excepciones importantes a este patrón. Así, en la sentencia de 7 de julio de 1992, CJN, Argentina, Caso No. E. 64. XXIII, la Corte Suprema de Argentina invalidó una decisión previa y, con base en una opinión consultiva de la Corte Interamericana (Corte IDH, *Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986), sostuvo que

interamericano de derechos humanos no funcionará de manera efectiva hasta que las resoluciones de la Corte no sean habitualmente tomadas en cuenta por las legislaturas y las cortes nacionales. En contraste, el sistema europeo ha sido capaz de prosperar precisamente por la interacción entre las instituciones judiciales nacionales y las instituciones de Estrasburgo⁴³.

Podría ser que los cambios introducidos en el 2001 en el reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁴⁴ provoquen un cambio en las legislaturas y cortes nacionales, de modo que pongan mayor atención a las sentencias de la Corte. El artículo 44 del reglamento reformado de la Comisión ahora exige que ésta someta a la Corte todos los casos de incumplimiento de las recomendaciones de la Comisión por parte de los Estados⁴⁵. En el pasado, la Comisión solía remitir muy pocos casos a la Corte. La situación había ido mejorando gradualmente, incluso antes de la enmienda del 2001. Ahora que han aumentado las posibilidades de que un gobierno se encuentre con un caso ante la Corte, es de esperar que éstos pongan mucho mayor atención a la jurisprudencia de la misma, buscando implementarla a nivel interno, ya sea por medios legislativos o animando a sus cortes a hacerlo, a modo de evitar encontrarse repetidamente en incumplimiento de sus obligaciones según la Convención.

Claro está que Europa, especialmente Europa Occidental, tiene una tradición más arraigada que América Latina cuando de respetar el estado de derecho y las instituciones jurídicas se trata. La corrupción de los sistemas jurídicos por parte de los regímenes militares y

el artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos creaba en la Argentina un derecho de réplica directamente ejecutorio. Ver Buergethal, "International Tribunals and National Courts: The Internationalization of Domestic Adjudication", en *Recht Zwischen Umbruch Und Bewahrung (Festschrift Für Rudolf Bernhardt)* Vol. 687, U. Beyerlin, M. Bothe, R. Hofmann, E-U. Petersmann, 1995, págs. 695-99; H. Jarmul, "The Effect of Decisions of Regional Human Rights Tribunals on National Courts", *New York University Journal of International Law & Politics*, No. 28, 1995, pág. 311.

43 Ver en general, J. Polakiewicz y V. Jacob-Foltzer, "The European Human Rights Convention in Domestic Law: The Impact of Strasbourg Case-Law in States where Direct Effect is given to the Convention", *Human Rights Law Journal*, No. 12, Vol. 65, 1991, (Parte I) y 125 (Parte II).

44 El nuevo Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos entró en vigor el 1 de mayo de 2001. Para ver el texto enmendado, ver 22 Hum.Rts. L.J. 293 (2001). Ver también, D. Shelton, "New Rules of Procedure for the Inter-American Commission on Human Rights", *Human Rights Law Journal*, No. 22, Vol. 169, 2001.

45 El nuevo Reglamento permite a la Comisión, mediante voto mayoritario absoluto y decisión razonada, invalidar el requisito de referencia. Ver Reglamento art. 44(1).

dictaduras civiles en Latinoamérica, provocó en general el desprestigio del derecho y de los tribunales. Esa realidad afectó, y continúa afectando, la manera en que los jueces ven sus funciones y el ejercicio del derecho en sus sociedades. También tendió a sofocar cualquier asomo de creatividad judicial e independencia necesarias para que los jueces sean capaces de reconocer la importancia y saber cómo invocar los pronunciamientos judiciales internacionales en el ejercicio de sus funciones.

Con frecuencia me pregunto si el pequeño tamaño de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contribuye al efecto limitado de sus sentencias en el ámbito interno. Unos 24 países han ratificado la Convención, pero la Corte aún cuenta con sólo siete jueces. Se pueden designar jueces *ad hoc* para atender casos que involucren a Estados que no estén representados por un juez ante la Corte⁴⁶. Pero eso no atiende al problema de que, con sólo siete integrantes, menos de un tercio de los Estados Partes tienen un juez en la Corte. Los otros dos tercios y sus judicaturas rara vez tienen la oportunidad de interactuar con la Corte, excepto cuando sus gobiernos son parte en un caso. Esta falta de interacción entre los gobiernos y la Corte y entre los jueces nacionales e internacionales no puede sino afectar el interés y la confianza que los gobiernos y sus instituciones judiciales tienen en la Corte. Si bien el enorme tamaño de la Corte Europea de Derechos Humanos, con sus más de 40 jueces, ha provocado comentarios desfavorables, su tamaño tiene la ventaja de brindar una confianza nada despreciable. Cada uno de los jueces sirve como un vínculo informal entre la Corte y el poder judicial de su país. Es una ventaja que la Corte Interamericana no tiene si se compara con la Corte Europea.

Otro problema que enfrentamos en la Corte Interamericana y que quizás siga siendo un problema hoy en día, tiene que ver con nuestros fracasados intentos por despertar el interés de la prensa y de los medios electrónicos. Sólo lo logramos cuando vimos el Caso Schmidt, de especial interés para la prensa. El hecho de que Costa Rica cuente con muy pocos corresponsales internacionales tiene algo que ver con esta falta de cobertura. Pero el problema real radica en la dificultad que todas las cortes comparten de una manera u otra: los jueces y el personal están limitados a hacer comentarios muy generales sobre los casos que la Corte está conociendo o está por

46 Convención art. 55(2).

conocer. Las observaciones que sí pueden hacer realmente no atraen la atención del público, que es necesaria para que las cortes de derechos humanos logren tener impacto, especialmente si son nuevas. Si las sentencias de las cortes internacionales de derechos humanos no logran la publicidad adecuada, es mucho más factible que los gobiernos no les den importancia. Este ha sido y sigue siendo un problema para la Corte Interamericana.

El hecho de que el mensaje a veces llega al público sin mayores esfuerzos publicitarios, me quedó confirmado cuando integré la Comisión de la Verdad de las Naciones Unidas para El Salvador. Estábamos entrevistando a algunos campesinos de un pequeño pueblo donde se habían llevado a cabo serias violaciones de los derechos humanos durante el período de la guerra civil en El Salvador. Uno de los testigos habló sobre lo que había pasado en su pueblo. Concluyó con la demanda de que su gobierno cumpliera con la “ley de Velásquez Rodríguez”. El Presidente de la Comisión le preguntó: “¿Se refiere usted al Caso Velásquez Rodríguez?” “Sí”, contestó él, “la ley que acaba con la impunidad y obliga a los gobiernos a pagar por las violaciones a los derechos humanos”. Para mí será siempre un misterio cómo ese viejo campesino, que habitaba un pueblo tan alejado de El Salvador, sabía de la sentencia de la Corte Interamericana con sede en San José de Costa Rica. Aquello me demostró que a veces las noticias que inspiran esperanza entre las personas cuyos derechos humanos han sido vulnerados, tienen su propia manera de llegar hasta ellas y darles algún consuelo.

Doctrina

The Right to Live: the Illegality under Contemporary International Law of All Weapons of Mass Destruction*

*Antônio Augusto Cançado Trindade***

Introduction

It is a great privilege to me to have been invited by the Ministry of Foreign Affairs of Japan and the University of Hiroshima to address this distinguished audience today, 20 December 2004, at the end of the present academic semester, here in Hiroshima, a city which became historically associated with the awakening of the universal conscience of mankind as to the pressing need to restrain the sad technological capacity achieved by human beings to destroy themselves. This is the first time that a Judge from the Inter-American Court of Human Rights is especially invited by the government and the academic circles of Japan (in Tokyo, Kyoto and Hiroshima) to come all the way from Latin America and visit their country, and to benefit from the exchanges of ideas as to the future of international law and of humankind.

It was here, in Hiroshima, that the limitless insanity of man heralded the arrival of a new era, the nuclear one (with the detonation of the atomic bombs in Hiroshima on 6 August 1945 and in Nagasaki on 9 August 1945), which, after six decades -having permeated the whole cold war period- remains a stalemate which continues to threaten the future of humankind. It was from here, from Hiroshima, that the outcry of humankind began to echo around the world as to the pressing need of international law to outlaw all weapons of mass destruction, starting with nuclear weapons. This is the task which remains before us today. This is the topic which I purport to address at this academic event in Hiroshima today.

* Study presented in the form of a lecture, delivered by the Author at the University of Hiroshima, in Hiroshima, Japan, on 20 December 2004, at the closing of the current academic semester at that University.

** Ph.D. (Cambridge); Judge and Former President of the Inter-American Court of Human Rights; Professor of International Law at the University of Brasília, Brazil; Member of the *Institut de Droit International*; Member of the *Curatorium* of the Hague Academy of International Law.

There could, in fact, hardly be a more appropriate occasion to dwell upon the subject I have selected for this ceremony, which I see if fit to name “The Right to Live: The Illegality under Contemporary International Law of All Weapons of Mass Destruction.” This title reflects the position that I sustain in my book *International Law in a World in Transformation (O Direito Internacional em um Mundo em Transformação)*, published in Brazil in 2002. I propose to focus on the topic as from the following sequential aspects: firstly, the search for peace through the conception of zones of peace and the formulation of the right to peace; secondly, the establishment of nuclear-weapon-free zones; thirdly, the endeavours towards general and complete disarmament; and fourthly, the illegality of nuclear weapons. I shall then present my final remarks.

The Search for Peace: Zones of Peace and the Right to Peace

1. The Attainment of Peace and Human Security: a Permanent Goal

In 1999, on the celebration of the centennial of the I Hague Peace Conference, the Hague Agenda for Peace and Justice for the twenty first century,¹ adopted on the occasion, included among its main topics those of disarmament and human security, and of prevention of conflicts. The document recalled the long quest of humankind for peace, and the recurring protest against the use of nuclear weapons on the ground that “their effects allegedly cannot be limited to legitimate military targets and that they are thus by nature indiscriminate, and on the ground of excessive cruelty (heat and radiation).”²

The aforementioned Hague Agenda warned emphatically as to the dangers of all weapons of mass destruction, and, as part of a universal effort to abolish them, called upon all States to ratify the existing Conventions against Biological Weapons and against Chemical Weapons (cf. *infra*) and to adopt national measures of implementation. It further called upon all States to “negotiate and conclude within five years” a Convention against Nuclear Weapons, which would prohibit their production, use and threat, and would

1 UN document A/54/98/Annex, reproduced in Kalshoven, F. (ed.), *The Centennial of the First International Peace Conference. Reports and Conclusions*, The Hague, Kluwer, 2000 (remark by H. Blix), pp. 419-454.

2 Kalshoven (ed.), *The Centennial of the First International Peace ...*, p. 52.

provide for “verification and enforcement of their destruction.”³ The document well pondered, “The continued existence of nuclear weapons and their threat or use by accident, miscalculation or design threatens the survival of all humanity and life on earth.”⁴

Weapons of mass destruction continue to constitute a grave threat to the survival of humankind. Comparing with biological weapons and chemical weapons, the risks raised by nuclear weapons are further aggravated by the virtually total lack of control over their effects (of radioactive fall-out, thermal radiation, and ionizing radiation) in time. For ionizing radiation, in particular, the consequences may extend for days, weeks or years, before the appearance of symptoms of ill-health; it may precipitate certain diseases (some terminal ones), and delay the healing of other injuries.⁵

The same reasons which have led to the express prohibition of other weapons of mass destruction, and weapons that cause unnecessary and cruel suffering with indiscriminate effects, apply likewise –and even more forcefully to nuclear weapons, the most inhumane of all weapons.⁶ The damage caused by them has a *temporal* dimension, which can extend for years and years, distinguishing them from other weapons for their extreme cruelty, and causing a suffering which can simply not be measured. This should be kept in mind by all international lawyers, which, in my view, have a duty to sustain their utter illegality in contemporary international law, particularly if they bear in mind -as they ought to- not only the States, but also -and above all- humankind as a whole.

In any case, any consideration of the matter cannot fail to start from the general principle, enunciated in the Hague Conventions of 1899 and 1907,⁷ that the choice, by belligerents, of means and methods of combat of the enemy is not unlimited, as well as from the principle -also set forth in those Conventions- of the prohibition of any weapons and methods of combat that may cause unnecessary

3 Ibid., pp. 450 and 452 (items 48 and 44 of the Hague Agenda), and cf. pp. 426-427.

4 Ibid., p. 450 (item 44).

5 International Committee of the Red Cross (ICRC): *Weapons that May Cause Unnecessary Suffering or Have Indiscriminate Effects* (Report on the Work of Experts), Geneva, ICRC, 1973, pp. 20-21.

6 Glaser, S., *L'arme nucléaire à la lumière du droit international*, Paris, Pédone, 1964, pp. 34, 36-37 and 51.

7 Article 22 of the II Hague Convention of 1899, and of the IV Hague Convention of 1907.

suffering,⁸ with indiscriminate effects.⁹ The persistence of the arsenals of such weapons nowadays, and the dangers of their proliferation, despite decades of endeavours towards general and complete disarmament frustrated to a large extent by the oscillations of the politics of the great powers,¹⁰ has drawn attention in our days to what has come to be termed the *human* security.

Just that the logic of development has developed from the past framework of inter-State state relations into the new conception of *human* development, so has the logic of security: conceived in the past to apply in inter-State relations (including in the renewal scheme of collective security under the UN Charter), it nowadays transcends that dimension to shift attention to **human** security. In one and the other contexts, the central concern is no longer with States¹¹ properly, but rather –and more precisely, as it ought to– with human beings “within and across State borders”, thus replacing the old State-centric approach of the matter by an anthropocentric one.¹² The concern is, ultimately, with humankind as a whole, pointing, once again, to the new *jus gentium* of our days, the international law for humankind.

Some words of precision are here called for. In order to develop a new approach to the whole subject of security, the United Nations determined the creation, in the framework of the Millennium Summit (2000), of its Commission on Human Security. In its *Report* of 2003, the Commission reaffirmed the importance of multilateralism and categorically rejected unilateral action for the peaceful settlement of disputes. Its approach was based on rights and “humanitarian strategies”, thus clearly avoiding to refer to the concept of security of the State. Precisely for that, it insisted on the new concept of “human security.”¹³ Moreover, it called for the

8 Article 23(e) of the II and of the IV Hague Conventions...

9 ICRC: *Weapons that May Cause Unnecessary Suffering...*, p. 11. Glaser: *L'arme nucléaire...*, pp. 45-46.

10 Cf., e. g., Furet, M. F., *Le désarmement nucléaire*, Paris, Pédone, 1973, p. 9.

11 An outlook of sad memory to those victimized by the invocation of “State security” by the power-holders in order to try to “justify” abuses and human rights violations, in dictatorships and in authoritarian regimes, such as the ones in some South American countries, mainly between the mid-sixties and early eighties.

12 Cf., e.g., Ogata, S. and J. Cels, “Human Security. Protecting and Empowering the People,” 9 *Global Governance. A Review of Multilateralism and International Organizations* (2003), n. 3, pp. 274-275.

13 Expressly referring to the three branches of the International Law of Human Rights, of the International Law of Refugees and of International Humanitarian Law; UN Commission on Human Security: *Human Security Now. Protecting and Empowering People*, NY, UN, 2003, pp. 12, 27 and 49.

necessary control of weapons, in order to guarantee the “security of the persons.”¹⁴

In a similar line of thinking, another recent international document, the Declaration on Security in the Americas, adopted in Mexico City by the Special Conference on Security, of the Organization of American States (OAS), of October 2003, singled out the “multidimensional character” of security,¹⁵ invoked the principles of the UN Charter and of the OAS Charter,¹⁶ emphasized the “human dimension” of the issue,¹⁷ and affirmed its commitment with multilateralism.¹⁸ In sum, it can thus be fairly concluded, on this particular point, that human security is nowadays conceived –mainly at United Nations level– not at all to allow for unwarranted “humanitarian intervention” at inter-State level, nor for any manifestation of undue unilateralism, but rather, quite on the contrary, it is devised to strengthen multilateralism, so as to find common and generally accepted solutions to the current needs of security of human beings, and, ultimately, of the humankind.

2. The Initiative of Zones of Peace

In order to avoid the proliferation of weapons of mass destruction, and to put an end to the existing arsenals of those weapons, multilateral mechanisms of their control and prohibition, as well as their destruction, have been conceived, and created by international conventions, which ought to be applied and strengthened, towards world disarmament¹⁹(cf. *infra*). Likewise, the initiative was taken of establishing *zones of peace* in distinct continents, to give concrete expression to the emerging right to peace. In the mid-eighties, the issue occupied an important place in the international agenda, with

14 UN Commission on Human Security: *Human Security Now...*, p.134.

15 Preamble and item II (2).

16 Item I (1).

17 Item II (4) (e).

18 Item II (4) (z).

19 It is not to pass unnoticed that the Latin American countries (and not the great powers) were the ones which constituted the first –and densely inhabited– region of the world to declare itself a *nuclear-weapon-free zone*, by means of the adoption of the Treaty for the Prohibition of Nuclear Weapons in Latin America and the Caribbean (1967), which served as inspiration for other regions of the world, thus contributing to the formation of a universal conscience as to the pressing need of world disarmament. Cf. OPANAL/UNIDIR, *Las zonas libres de armas nucleares en el siglo XXI*, NY, UN, 1997, pp. 8-19 and 46-47; Epstein, W., “The Making of the Treaty of Tlatelolco,” 3 *Journal of the History of International Law. Revue d'histoire du Droit international*, 2001, pp. 153-177.

the proposal to set up zones of peace, like the one in the Indian Ocean, also in the Mediterranean and in South-East Asia.²⁰ In 1990 a similar zone of peace was contemplated for the whole of South America.²¹

In fact, the concept of zones of peace (sometimes used interchangeably with that of nuclear-weapon-free zones) appears intermingled with that of right to peace (cf. *infra*). The concepts of zones of peace (found, e.g., in the 1971 UN Declaration of the Indian Ocean as a Zone of Peace, not to speak of the 1959 Antarctic Treaty itself),²² as well as of nuclear-weapon-free zones (finding expression in such instruments as the treaties creating the current four nuclear-weapon-free zones, *infra*), were advanced for curbing the geographical spread of the weapons race.²³

When the UN General Assembly proclaimed in 1971 the Indian Ocean as a zone of peace,²⁴ and the States of the region took the initiative of assuming the primary collective responsibility for the preservation of peace therein, the concept of zone of peace was devised as one which would free the region from “great power rivalry,” would exclude the setting up of military bases therein in the context of “great power confrontation,” and would furthermore lead to measures of arms control and disarmament and of promotion of peace.²⁵ It was, thus, a general concept.

20 Szurek, S., “Zones exemptes d’armes nucléaires et zones de paix dans le tiers-monde,” 88 *Revue générale de Droit international public*, 1984, pp. 123-128 and 151-156.

21 Comisión Sudamericana de Paz (CSP): *Proyecto de Tratado de Zona de Paz* (Grupo de Trabajo de Juristas), Santiago de Chile, CSP, 21.06.1990, pp. 1-9 (internal circulation).

22 For an account, cf., e.g., Fujita, E., *The Prevention of Geographical Proliferation of Nuclear Weapons: Nuclear-Weapon-Free Zones and Zones of Peace in the Southern Hemisphere*, NY, UN/UNIDIR, 1989, pp. 1-40.

23 Reference could also be made to relevant resolutions of the UN General Assembly, such as the 1988 Declaration on the Prevention and Removal of Disputes and Situations that may Threaten International Peace and Security and on the Role of the United Nations in this Field. We can add to this latter one, other resolutions of the UN General Assembly, such as resolution 44/21, of 1989, on enhancing international peace, security and international cooperation in all its aspects in accordance with the UN Charter; B. Boutros-Ghali: *An Agenda for Peace*, 2nd. ed., NY, UN, 1995, p. 52.

24 UN General Assembly resolution 2832 (XXVI), of 16.12.1971.

25 International Peace Academy: *Regional Colloquium on Disarmament and Arms Control* (New Delhi, 12-17.02.1978), New Delhi/Bombay/Calcutta, IPA., 1978, pp. 23-25 and 78-80.

Although invoked interchangeably, the concept of zones of peace (such as those proclaimed by the United Nations in the Indian Ocean and in the South Atlantic) is not exactly the same as that of nuclear-weapon-free zones. These latter are based on treaties, while the zones of peace, in turn, give expression to an essentially political conception; but even though based on non-binding instruments, they reflect a consensus, emerging out of debates at the UN General Assembly, which cannot be overlooked or ignored, so as to endeavour to secure the total absence of all weapons of mass destruction, including nuclear weapons, in the respective zones of peace.²⁶

3. The Formulation of the Right to Peace

On its turn, the right to peace has antecedents in successive initiatives taken at international level, in distinct contexts, along the twentieth century.²⁷ Elements provided by Public International Law of relevance for the acknowledgement of the right to peace can be found in the 1928 General Treaty for the Renunciation of War (the so-called Briand-Kellog Pact),²⁸ in Articles 1 and 2(4) of the United Nations Charter,²⁹ complemented by the 1970 UN Declaration on Principles of International Law Governing Friendly Relations and Cooperation among States,³⁰ the 1970 Declaration on the Strengthening of International Security,³¹ and the 1974 Definition of Aggression,³² in the Code of Offences against the Peace and Security

26 Carasales, J. C., "El cambiante valor de las zonas libres de armas nucleares: la experiencia de Tlatelolco y Rarotonga," in *XVI Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano* (1989), Washington DC., Secretaría General de la OEA, 1991, p. 89.

27 Cf., generally, Uribe Vargas, D., *El derecho a la paz*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1996, pp. 1-250; Uribe Vargas, D., "El derecho a la paz," in *Derecho internacional y derechos humanos (Droit international et droits de l'homme)*, D. Bardonnet and A. A. Caçado Trindade (eds.), The Hague/San José, Costa Rica, IIDH/Hague Academy of International Law (1995 External Session), 1996, pp. 177-195.

28 Endeavouring to overcome the dangerous system of the equilibrium of forces by condemning war as a means of settlement of disputes and an instrument of foreign policy, and heralding the new system of collective security and the emergence of the right to peace. Zourek, J., *L'interdiction de l'emploi de la force en Droit international*, Leiden/Genève, Sijthoff/Inst. H.-Dunant, 1974, pp. 39-48.

29 The relevant UN provisions together with the 1928 General Treaty for the Renunciation of War, became major sources –the legal nature of which was unchallenged by States– of limitations of resort to force by States. Brownlie, I., *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, Clarendon Press, 1963 (reprint 1981), pp. 83 and 91.

30 UN General Assembly resolution 2625 (XXV), of 24.10.1970.

31 UN General Assembly resolution 2374 (XXV), of 16.12.1970.

32 UN General Assembly resolution 3314 (XXIX), of 14.12.1974.

of Mankind, drafted by the UN International Law Commission; and in resolutions of the UN General Assembly pertaining to the right to peace,³³ relating it to disarmament.

The 1974 Charter on Economic Rights and Duties of States in fact acknowledged the States' duty to coexist in peace and to achieve disarmament.³⁴ Likewise, references to the right to peace and disarmament can be found in the 1982 World Charter for Nature.³⁵ It has been argued that the right to peace entails as a corollary the right to disarmament; attention has in this regard been drawn to the fact that limitations to, or violations of, the rights of the human person have often been associated with the outbreak of conflicts, the process of militarization and the expenditure of arms (especially nuclear weapons and other weapons of mass destruction),³⁶ which have often led to arbitrary deprivation of human life in large scale. International law, moved ultimately by the universal juridical conscience, has reacted to that, in prohibiting the threat or use of all weapons of mass destruction, including nuclear weapons.

The antecedents of the right to peace also comprise the long-standing tradition of UNESCO of sponsoring studies to foster a culture of peace.³⁷ Within the framework of this tradition, UNESCO launched the initiative, in 1997, of the formulation of the human right to peace. To that end, the then Director-General of UNESCO (F. Mayor) convened a Group of Legal Experts (acting in their individual capacity)³⁸ which, at the end of their meetings of Las

33 UN General Assembly resolution 33/73, Declaration on the Preparation of Society to Live in Peace, of 15.12.1978; UN General Assembly resolution 39/11, Declaration on the Right of Peoples to Peace, of 12.11.1984; cf. also UN General Assembly resolution 34/88, of 1979.

34 Articles 26 and 15, respectively.

35 Preamble, par. 4(c), and Principles 5 and 20.

36 Tikhonov, A. A., "The Inter-relationship between the Right to Life and the Right to Peace. Nuclear Weapons and Other Weapons of Mass-Destruction and the Right to Life," in *The Right to Life in International Law*, B.G. Ramcharan (ed.), Dordrecht, Nijhoff/Kluwer, 1985, pp. 97-113; Alston, Ph., "Peace, Disarmament and Human Rights," in *Armement, développement, droits de l'homme, désarmement* (Colloque à l'UNESCO, 1982), G. Fischer (ed.), Paris/Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 325-330.

37 Cf., e.g., *inter alia*, Mayor, F., *The New Page*, Paris/Aldershot, UNESCO/Dartmouth, 1995, pp. 1-10 and 59-67; Symonides, J. and K. Singh, "Constructing a Culture of Peace: Challenges and Perspectives. An Introductory Note," in *From a Culture of Violence to a Culture of Peace*, Paris, UNESCO, 1996, pp. 9-30.

38 The Group was composed of A. Aguiar, M. Bedjaoui, R. Ben Achour, A.A. Caçado Trindade, A. Eide, H. Gros Espiell, G. Guerin, I. Nguema, R. Ranjeva, E. Roucouas, J. Symonides, K. Vasak (reporter) and C. Zanghi.

Palmas Island (February 1997) and Oslo (June 1997), produced the *Draft Declaration on the Human Right to Peace*. Its preamble³⁹ read that “Peace, a common good of humanity, is a universal and fundamental value to which all individuals and all peoples, and in particular the youth of the world, aspire.”

The right to peace was duly inserted into the framework of human rights,⁴⁰ which was taken into account to assert peace as a right and a duty. It was asserted as a right inherent in all human beings, embodying demands of the human person and of peoples to the ultimate benefit of humankind. The Draft Declaration called upon all subjects of international law (States, international organizations and individuals) to promote and implement that right as the foundation of a genuine culture of peace. The document was prepared as a contribution of UNESCO to the 50th anniversary (in 1998) of the Universal Declaration of Human Rights.

After the Las Palmas and Oslo meetings, UNESCO launched consultations with member States, 42 of which having replied a letter of the Director-General until the end of October 1997.⁴¹ The Draft Declaration became object of much attention when revised by governmental experts from 117 member States, at UNESCO headquarters in Paris, in March 1998. The document, as submitted to them, affirmed that “violence in all its forms is intrinsically incompatible with the right of every human being to peace,”⁴² and added categorically that peace ought to be based upon “the intellectual and moral solidarity of mankind.”⁴³ At the end of the debates, three main positions of the participants were discernible: those fully in support of the recognition of the right to peace as a human right, those who regarded it rather as a **moral right**, and those to whom it was an **aspiration** of human beings.⁴⁴

39 Seventh *considerandum*.

40 Cançado Trindade, A. A., “The Right to Peace and the Conditions for Peace,” 21 *Diálogo. The Human Right to Peace: Seed for a Possible Future*, UNESCO, Paris, June 1997, pp. 20-21.

41 UNESCO General Conference (29th Session, Paris), *Report by the Director-General on the Human Right to Peace*, document 29 C/59, of 29.10.1997, p. 5.

42 Operative part I, par. 4.

43 *Considerandum* 12 of preamble, and operative part I, par. 1. It further recalled the responsibilities of present generations towards future generations, to leave them a better world, with respect for international law and human rights; *considerandum* 14 of preamble.

44 UNESCO Executive Board, *Report by the Director-General on the Results of the International Consultation of Governmental Experts on the Human Right to Peace (Final Report)*, document 154 EX/40, of 17.04.1998, p. 10.

The main difficulty, as acknowledged by the *Report* of the Paris meeting, was its official recognition as a legal right.⁴⁵ While there was general agreement in regarding peace as a universal value and a common good of humankind, some governmental representatives expressed difficulties in reckoning the existence of true human **right** to peace and its legal consequences.⁴⁶ Thus, at the close of the twentieth century, it so appeared that some governments were not yet prepared to assume legal obligations ensuing from the formulated right to peace...

This was surely regrettable, though perhaps not so surprising, given the turmoiled world in which we live. States seem to be oversensitive, perhaps more than human beings, particularly when what they realize to be at stake is not the well-being of the human beings they represent and are supposed to protect, but rather what they regard –in their often incongruous practice– as being their own vital interests, in the perception of power-holders.

Be that as it may, the aforementioned UNESCO exercise of formulation of the right to peace is rightly oriented towards an international law for humankind. It is a conceptual construction which is helpful to the formation of a new *jus gentium*, responsive to the needs and aspirations of human beings and peoples. In recent years it has been fostered by the advent and evolution of the International Law of Human Rights⁴⁷ and of International Environmental Law; the conception of sustainable development, as endorsed by the 1992 UN Conference on Environment and Development, e.g., points to the ineluctable relationship between the rights to peace and to development. Other relevant elements to the attainment of peace can be found in the domain of disarmament, to which I shall now turn.

45 Cf. UNESCO Executive Board, *Report by the Director-General on the Results...*, pp. 2 and 10.

46 Cf. Aguiar, A., “Perfiles éticos y normativos del derecho humano a la paz,” in *Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber. Paix, Développement, Démocratie*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 884-894, and cf. pp. 878-884.

47 In fact, as early as in 1968 the *Final Act* of the I World Conference on Human Rights of the United Nations (held in Teheran) contained several references to the relationship between the observance of human rights and the maintenance of peace; cf. UN, *Final Act of the International Conference on Human Rights* (1968), UN doc. A/CONF.32/41, NY, UN, 1968, pp. 4, 6, 9, 14 and 36. And the UN General Assembly, on its turn has constantly been attentive to address the requirements of **survival** of humankind as a whole.

The Establishment of Nuclear-Weapon-Free Zones

The establishment, in the second half of the twentieth century, of nuclear-weapon-free zones, surely responded to the needs and aspirations of humankind, so as to rid the world of the threat of nuclear weapons; furthermore, it gave expression to the growing disapproval of nuclear weapons by the international community. The pioneering initiative in this domain was that of Latin America,⁴⁸ which resulted in the adoption of the 1967 Treaty for the Prohibition of Nuclear Weapons in Latin America and the Caribbean and its two Additional Protocols. This initiative, which was originally prompted by a reaction to the **Cuban missiles crisis** of 1962, was followed by three others (duly concluded to date) of the kind, in distinct regions of the world, conducive to the adoption of the 1985 South Pacific (Rarotonga) Nuclear-Free Zone Treaty, the 1995 Treaty on the Southeast Asia (Bangkok) Nuclear-Weapon-Free Zone Treaty, and the 1996 African (Pelindaba) Nuclear-Weapon-Free Zone Treaty.⁴⁹

Basic considerations of humanity have surely been taken into account for the establishment of the nuclear-weapon-free zones. By the time of the creation of the first of them with the adoption in 1967 of the Treaty of Tlatelolco, it was pointed out that it came as a response to humanity's concern with its own future (given the threat of nuclear weapons), and in particular with "the survival of the humankind."⁵⁰ Its reach transcended Latin America, as evidenced by its two Additional Protocols,⁵¹ and the obligations set forth in its legal regime were wide in scope:

Le régime consacré dans le Traité n'est pas simplement celui de non-prolifération: c'est un régime d'absence totale d'armes nucléaires, ce qui veut dire que ces armes seront interdites à perpétuité dans les territoires auxquels s'applique le Traité, quel que soit l'État sous le

48 On the initial moves in the UN to this effect, by Brazil (in 1962) and Mexico (taking up the leading role from 1963 onwards), cf. Naciones Unidas, *Las zonas libres de armas nucleares en el siglo XXI*, NY/Geneva, UN-OPANAL/UNIDIR, 1997, pp. 116, 20 and 139.

49 Naciones Unidas, *Las zonas libres de armas nucleares...*, pp. 9, 25, 39 and 153.

50 García Robles, A., "Mesures de désarmement dans des zones particulières: le Traité visant l'interdiction des armes nucléaires en Amérique Latine," 133 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1971), p. 99, and cf. p. 102.

51 The first one concerning the States internationally responsible for territories located within the limits of the zone of application of the Treaty, and the second one pertaining to the nuclear-weapon States.

contrôle duquel pourraient se trouver ces terribles instruments de destruction massive.⁵²

In fact, besides the Treaty of Tlatelolco, also the Rarotonga, Bangkok and Pelindaba Treaties, purport to extend the obligations enshrined therein, by means of the respective Protocols, not only to the States of the regions at issue, but also to nuclear States, as well as States which are internationally responsible, *de jure* or *de facto*, for territories located in the respective regions. The verification of compliance with the obligations regularly engages the International Atomic Energy Agency (IAEA); the Treaty of Tlatelolco has in addition counted on its own regional organism to that end, the Organism for the Prohibition of Nuclear Weapons in Latin America (OPANAL). Each of the four aforementioned treaties (Tlatelolco, Rarotonga, Bangkok and Pelindaba) creating nuclear-weapon-free zones has distinctive features, as to the kinds and extent of obligations and methods of verification,⁵³ but they share the same ultimate goal of preserving humankind from the threat of nuclear weapons.

The second nuclear-weapon-free zone, established by the Treaty of Rarotonga (1985), with its three Protocols, came as a response⁵⁴ to long-sustained regional aspirations, and increasing frustration of the populations of the countries of the South Pacific with incursions of nuclear-weapon States in the region, “including French testing at Moruroa, U.S. nuclear-armed ship visits, and threats of nuclear waste-dumping.”⁵⁵ The Rarotonga Treaty encouraged the negotiation of a similar zone, by the 1995 Bangkok Treaty, in the neighbouring region of Southeast Asia, and confirmed the “continued relevance of zonal approaches” to the goal of disarmament⁵⁶ and the safeguard of humankind from the menace of nuclear weapons.⁵⁷

52 García Robles, “Mesures de désarmement dans des zones particulières...,” p. 103, and cf. p. 71.

53 Cf. Goldblat, J., “Zones exemptes d’armes nucléaires: une vue d’ensemble,” *Le droit international des armes nucléaires* (Journée d’études, ed. S. Sur), Paris, Pédone, 1998, pp. 35-55.

54 Upon the initiative of Australia.

55 Hamel-Green, M., “The South Pacific. The Treaty of Rarotonga,” in *Nuclear Weapons-Free Zones* (ed. R. Thakur), London/NY, MacMillan/St. Martin’s Press, 1998, p. 59, and cf. p. 62.

56 As to this latter, the States Parties to the NPT decided in 1995 to extend its duration indefinitely and to adopt the document on “Principles and Objectives for Nuclear Non-Proliferation and Disarmament.”

57 Hamel-Green, “The South Pacific. The Treaty...,” pp. 77 and 71.

The third of those treaties, that of Bangkok, of 1995 (with its Protocol), was prompted by the initiative of the Association of South-East Asian Nations (ASEAN) to insulate the region from the policies and rivalries of the nuclear powers. The Bangkok Treaty, besides covering the land territories of all ten Southeast Asian States, is the first treaty of the kind also to encompass their territorial sea, 200-mile exclusive economic zone and continental shelf.⁵⁸

The fourth such treaty, that of Pelindaba, of 1996, in its turn, prompted by the continent's reaction to nuclear tests in the region (as from the French nuclear tests in the Sahara in 1961), and the desire to keep nuclear weapons out of the region.⁵⁹ In fact, as early as in 1964 the Organization of African Unity (OAU) had adopted the "Declaration on the Denuclearization of Africa", -a goal which was thus deeply-rooted in African thinking.⁶⁰ The Pelindaba Treaty⁶¹ (with its three Protocols) appears to have served the purpose to eradicate nuclear weapons from the African continent.

The four treaties at issue, though containing loopholes (e.g., with regard to the transit of nuclear weapons), have as common denominator the practical value of arrangements that transcend the non-proliferation of nuclear weapons.⁶² The establishment of the nuclear-weapon-free zones has fulfilled the needs and aspirations of peoples living under the fear of nuclear-victimization.⁶³ Their purpose has been served, also in withholding or containing nuclear ambitions, to the ultimate benefit of humankind as a whole.

58 This extended territorial scope has generated resistance on the part of nuclear-weapon States to accept its present form; Acharya, A. and S. Ogunbanwo, "The Nuclear-Weapon-Free Zones in South-East Asia and Africa," *Armaments, Disarmament and International Security. SIPRI Yearbook* (1998), pp. 444 and 448.

59 Naciones Unidas, *Las zonas libres de armas nucleares...*, pp. 60-61.

60 Cf. Ihonvbere, J. O., "Africa. The Treaty of Pelindaba," in Acharya and Ogunbanwo, "The Nuclear-Weapon-Free Zones..." pp. 98-99 and 109.

61 As the outcome of the initiative from such African States as South Africa (having dismantled its nuclear program), Egypt and Nigeria; *Ibid.*, pp. 109 and 107, and cf. p. 114.

62 Enkhsaikhan J., "Nuclear-Weapon-Free Zones: Prospects and Problems," 20 *Disarmament. Periodic Review by the United Nations*, 1997, n. 1, p. 74.

63 Cf., e.g., Fujita, H., "The Changing Role of International Law in the Nuclear Age: from Freedom of the High Seas to Nuclear-Free Zones," in *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead. Essays in Honour of F. Kalshoven*, A.J.M. Delissen and G.J. Tanja (eds.), Dordrecht, Nijhoff, 1991, p. 350, and cf. pp. 327-349.

Nowadays, the four aforementioned nuclear-weapon-free zones are firmly established in densely populated areas, covering most (almost all) of the landmass of the southern hemisphere land areas (while excluding most sea areas).⁶⁴ The adoption of the 1967 Tlatelolco Treaty, the 1985 Rarotonga Treaty, the 1995 Bangkok Treaty, and the 1996 Pelindaba Treaty disclosed the shortcomings and artificiality of the posture of the so-called political “realists,”⁶⁵ which insisted on the suicidal policy of nuclear deterrence, in their characteristic subservience to power politics. The fact that the international community counts today on four nuclear-weapon-free zones, in relation to which States that possess nuclear weapons do have a particular responsibility, reveals an undeniable advance of human reason, of the *recta ratio* of the Grotian thinking in international law at its best.

Moreover, the idea of nuclear-weapon-free zones keeps on clearly gaining ground. In recent years proposals are being examined for the setting up of new denuclearized zones of the kind (e.g., in Central and Eastern Europe, in the Middle East, in Central and Northeast and South Asia, and in the whole of the southern hemisphere), as well as of the so-called single-State zone (e.g., Mongolia).⁶⁶ Another proposal, which has retained the attention, in particular of the Middle East countries, has been the expansion of the concept of nuclear-weapon-free zones so as to encompass also other weapons (chemical and biological) of mass destruction.⁶⁷

As to this latter, Mongolia in effect declared its territory as a nuclear-weapon-free zone (in 1992), and in February 2000 adopted national legislation defining its status as a nuclear-weapon-free State. The four treaties establishing nuclear-weapon-free zones foresee cooperation schemes with the IAEA; furthermore, the great majority of States Parties to those four treaties have also ratified the

64 Prawitz, J., “Nuclear-Weapon-Free Zones: Their Added Value in a Strengthened International Safeguards System,” in *Tightening the Reins. Towards a Strengthened International Nuclear Safeguards System*, E. Häckel and G. Stein(eds.), Berlin/Heidelberg, Springer-Verlag, 2000, p. 166.

65 Cf. Naciones Unidas, *Las zonas libres de armas nucleares...*, pp. 27, 33-38 and 134.

66 Acharya and Ogunbanwo, “The Nuclear-Weapon-Free Zones...,” p. 443; Enkhsaikhan, “Nuclear-Weapon-Free Zones ...,” pp. 79-80.

67 Shaker, M., “Zones exemptes d’armes nucléaires et zones exemptes d’armes de destruction massive,” in *Le droit international des armes nucléaires* (Journée d’études, ed. S. Sur), Paris, Pédone, 1998, pp. 57-63.

Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty (CTBT).⁶⁸ All these developments reflect the increasing disapproval by the international community of nuclear weapons, which, for their hugely destructive capability, represent an affront to sound human reason (*recta ratio*).

The Endeavours towards General and Complete Disarmament

At a time when only the nuclear-weapon-free zone established by the Treaty of Tlatelolco existed and the possibility was considered of creation of other zones of the kind (cf. *supra*), the Conference of the Committee on Disarmament presented in 1975 a study on the matter, requested by the UN General Assembly in 1974 and undertaken by an *ad hoc* Group of Experts. The study indicated that the creation of future nuclear-weapon-free zones was to take place in conformity with international law, the principles of the UN Charter and the fundamental principles of international law that govern mutual relations among States. The effective guarantees of security which nuclear States were to provide to the States which were to create those zones ensued from the general principle of prohibition of the threat or use of force.⁶⁹

The study added that the establishment of such zones was not to be regarded as an end in itself, but rather as a means to achieve the wider aims of “general and complete disarmament” and international peace and security.⁷⁰ In the preparation of the study it was recalled that other international instruments on disarmament, with which those zones were to coexist in the search for greater protection to the international community, were conceived to the benefit of humankind;⁷¹ it was argued that such zones had “a fundamentally humanitarian purpose.”⁷²

In fact, it would go almost without saying that the aforementioned nuclear-weapon-free zones, herein envisaged under basic considera-

68 Vargas Carreño, E., *Una Conferencia Internacional de los Estados Partes de las Zonas Libres de Armas Nucleares (ZLANs)*, Mexico City, OPANAL, doc. C/DT/55/Rev.1, of 03.10.2002, pp. 5-8.

69 Naciones Unidas: *Amplio estudio de la cuestión de las zonas libres de armas nucleares en todos sus aspectos. Informe especial de la Conferencia del Comité de Desarme*, UN doc. A/10027/Add.1, NY, Naciones Unidas, 1976, p. 50.

70 Naciones Unidas, *Amplio estudio de la cuestión de las zonas libres...*, p.50.

71 *Ibid.*, pp.18 and 34.

72 *Ibid.*, p. 31 and, in this respect, a parallel was suggested with demilitarized zones foreseen in humanitarian norms of the law of armed conflicts.

tions of humanity in relation to territory, are to be duly related to the long-standing endeavors of general and complete disarmament (including non-proliferation of weapons of mass destruction). Non-proliferation of weaponry is but one aspect of the whole matter; thus, the 1968 Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons (NPT) belongs to the kind of treaties which aim to restrict the spread of weaponry, without however proscribing or limiting the weapons capability of those States which already possess the specified weapons.⁷³

They have contributed to disarmament, but have not escaped the criticism of being discriminatory, in the pursuance of their goals. Furthermore, the techniques of verification regarding disarmament have not proven wholly satisfactory to date, and it has rightly been warned that they should be strengthened in the context of the faithful compliance of international treaties based on the equilibrium of rights and duties between States Parties.⁷⁴

Other treaties, in turn, have gone further, in properly purporting to abolish given categories of weaponry: it is the case, e.g., of the 1972 Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on Their Destruction, and of the 1993 Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on Their Destruction. The preamble of the 1993 Convention, besides invoking the principles of international law and of the UN Charter, states that the complete banning of the use of chemical weapons is for the sake and benefit of all humankind.

Two decades earlier, in the same line of thinking, the preamble of the 1972 Convention expressed likewise the determination to exclude completely the use of bacteriological (biological) weapons, for the sake of all humankind, as their use “would be repugnant to the conscience of mankind.”⁷⁵ The preamble further asserted the determination of the States Parties to the 1972 Convention to achieve general and complete disarmament, “including the prohibition and

73 Chayes, A. and D. Shelton, “Commentary,” in *Commitment and Compliance*, D. Shelton (ed.), Oxford, University Press, 2000, pp. 522-523.

74 Sur, S., “Vérification en matière de désarmement,” in *273 Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1998, pp. 96-102.

75 Last *considerandum* of the preamble.

elimination of all types of weapons of mass destruction” (among which the bacteriological [biological] weapons).⁷⁶

The fact that there have been advances in arms control and reduction in recent years does not mean that disarmament has ceased to be a priority goal. The UN General Assembly adopted the Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty (CTBT) on 10 September 1996.⁷⁷ Ever since its adoption, the UN General Assembly has been attentive to foster the entry into force of the CTBT; a Conference convened to that end in November 2001 counted on the participation of more than one hundred States.⁷⁸

In the post-cold war period, the UN Conference on Disarmament (originally set up by the I Special Session on Disarmament in 1978 as the single multilateral forum of the international community for negotiating disarmament) has endeavoured to redefine its role, still reckoning that complete disarmament⁷⁹ remains a continuing necessity of humankind. The Conference contributed decisively to the successful conclusion of the 1993 Convention against Chemical Weapons as well as of the CTBT in 1996. Yet, it has to endeavour to maintain its relevance, as the risks to humankind entailed by weapons of mass destruction remain, the dangers of arms trade likewise persist, and the need to put a definitive end to nuclear tests is still felt; the ultimate aim of the international community cannot be other than the **total elimination** of all weapons of mass destruction, including nuclear weapons.⁸⁰

In the early nineties, at the beginning of the post-cold war period, the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons (NPT) counted on the accession of 189 States, and in its Review Conference

76 First *considerandum* of the preamble.

77 Which is to enter into force 180 days after 44 States deposit their instruments of ratification. Cf. Preparatory Commission for the CTBT Organization, *Advancing the Entry into Force of the Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty*, Vienna, CTBTO, 2001, pp. 1-14.

78 Vargas Carreño, E., “El futuro de la no proliferación nuclear con especial énfasis en América Latina,” in *Seminario Regional sobre el Protocolo Adicional de Salvaguardias Nucleares* (Lima/Perú, 04-07.12.2001), Lima, [OPANAL], 2001, pp. 5-6 (restricted circulation).

79 For earlier studies, cf., e.g., Dunshee de Abranches, C. A., *Proscrição das Armas Nucleares*, Rio de Janeiro, Livr. Freitas Bastos, 1964, pp. 13-179; Alves Pereira, A. C., *Os Impérios Nucleares e Seus Reféns: Relações Internacionais Contemporâneas*, Rio de Janeiro, Ed. Graal, 1984, pp. 13-288.

80 Boutros-Ghali, *Nouvelles dimensions...*, p. 14, and cf. pp. 3-4, 6, 8, 12-13 and 16-17.

of 1995 its duration was prorogated indefinitely and unconditionally; on the whole, in the domain of disarmament and arms limitation, there remained in force eleven multilateral treaties at global level,⁸¹ fourteen multilateral agreements at regional level, and sixteen bilateral agreements between the United States and the Russian Federation (the former USSR).⁸²

In addition to the indefinite extension of the NPT achieved in 1995, the Review Conference of 2000 attained further commitments in the implementation of the Treaty (Article VI). Yet, there remains a long way to go in the present domain (e.g., the prevention of the acquisition of nuclear weapons by private groups). In a report on the matter, a former UN Secretary-General, calling for a **concerted effort** towards complete disarmament, rightly pondered that

Dans le monde d'aujourd'hui, les nations ne peuvent plus se permettre de résoudre les problèmes par la force. [...] Le désarmement est l'un des moyens les plus importants de réduire la violence dans les relations entre États.⁸³

The Illegality of Nuclear Weapons

On the occasion of the centennial celebration (1999) of the I Hague Peace Conference, it was pondered that the threat or use of nuclear weapons “is protested both on the ground that their effects allegedly cannot be limited to legitimate military targets and that they are thus by nature indiscriminate, and on the ground of excessive cruelty (heat and radiation).”⁸⁴

81 Among which the 1971 Treaty on the Prohibition of the Emplacement of Nuclear Weapons and Other Weapons of Mass Destruction on the Sea-bed and the Ocean Floor and in the Subsoil Thereof, and the 1977 Convention on the Prohibition of Military or Any Other Hostile Use of Environmental Modification Techniques.

82 Among which the 1972 Treaty on the Limitation of the Systems of Anti-Ballistic Missiles (the ABM Treaty), the Agreements reached pursuant to the Strategic Arms Limitation Talks (SALT-I and II, 1972 and 1977, respectively); for an account of the negotiation of these latter, cf., e.g., Furet, *Le désarmement nucléaire...*, pp. 203-226; and cf. [Various Authors], *Regional Colloquium on Disarmament and Arms Control* (New Delhi, February 1978), Bombay/Calcutta, International Peace Academy, 1978, pp. 42-56.

83 Boutros-Ghali, B., *Nouvelles dimensions de la réglementation des armements et du désarmement dans la période de l'après-guerre froide. Rapport du Secrétaire Général*, NY, Nations Unies, 1993, pp. 21-22.

84 Kalshoven, F., “Introduction,” in UNITAR, *The Centennial of the First International Peace Conference. Reports and Conclusions*, F. Kalshoven (ed.), The Hague, Kluwer, 2000, p. 52.

The *opinio juris communis* as to the prohibition of nuclear weapons, and of all weapons of mass destruction, has gradually been formed.⁸⁵ Yet, despite the clarity of the formidable threat that nuclear weapons represent, their formal and express prohibition by conventional international law has most regrettably remained permeated by ambiguities,⁸⁶ due to resistances on the part of the so-called **realists** of *Realpolitik*, always at the service of power rather than Law.

On two occasions attempts were made, by means of contentious cases, to obtain a pronouncement of the International Court of Justice (ICJ) –in the **Nuclear Tests** (1974 and 1995)–⁸⁷ and on both occasions the Court assumed a rather evasive posture, avoiding to pronounce clearly on the substance of a matter pertaining to the very survival of humankind. One aspect of those contentious proceedings may be here briefly singled out, given its significance in historical perspective. It should not pass unnoticed that, in the first **Nuclear Tests** case (Australia and New Zealand *versus* France), one of the applicant States contended, *inter alia*, that the nuclear testing undertaken by the French government in the South Pacific region violated not only the right of New Zealand that no radioactive material enter its territory, air space and territorial waters **and** those of other Pacific territories but **also** “the rights of all members of the international community, including New Zealand, that no nuclear tests that give rise to radioactive fall-out be conducted.”⁸⁸ Thus,

85 Cf., e.g., Dunshee de Abranches, *Proscrição das Armas Nucleares...*, pp. 114-179; Do Nascimento e Silva, G. E., “A Proliferação Nuclear e o Direito Internacional,” in *Pensamiento jurídico y sociedad internacional. Libro-homenaje al Prof. A. Truyol y Serra*, vol. II, Madrid, Universidad Complutense, 1986, pp. 877-886.

86 For example, in preparing the Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind (first version), the UN International Law Commission considered, in 1954, the inclusion of nuclear weapons in the reformulation of a list of weapons to be restricted or limited; the polemics generated rendered it impossible to the Commission to determine whether the use of nuclear weapons constituted or not a crime against the peace and security of mankind; at last, the Commission, following a minimalist approach, excluded from the relation of international crimes the use of nuclear weapons. Morton, J. S., *The International Law Commission of the United Nations*, Columbia/South Carolina, University of South Carolina Press, 2000, pp. 46 and 51.

87 Cf. *ICJ Reports* (1974), pp. 63-455, and criticisms in: Lellouche, P., “The Nuclear Tests Cases: Judicial Silence versus Atomic Blasts,” 16 *Harvard International Law Journal* (1975), pp.614-637; and cf. *ICJ Reports* (1995), pp. 4-23, and the position of three dissenting Judges in *ibid.*, pp. 317-421.

88 ICJ, *Application Instituting Proceedings* (of 09.05.1973), *Nuclear Tests Case* (New Zealand *versus* France), pp. 8 and 15-16, cf. pp. 4-16.

over three decades ago, the perspective of the application by New Zealand (of 1973) went clearly –and correctly so– beyond the purely inter-State dimension, as the problem at issue pertained to the international community as a whole.

The outcome of the case, however, was quite disappointing: even though the ICJ granted orders of interim measures of protection in the case in June 1973 (requiring France to cease testing), subsequently, in its judgments of 1974,⁸⁹ in view of the announcement of France's voluntary discontinuance of its atmospheric tests, the ICJ found that the claims of Australia and New Zealand no longer had **any object** and it was therefore not called upon to give a decision thereon.⁹⁰

The dissenting Judges in the case rightly pointed out that the legal dispute between the parties, far from having ceased, still persisted, since what Australia and New Zealand sought was a declaratory judgment of the ICJ stating that atmospheric nuclear tests were contrary to international law.⁹¹ The reticent position of the Court in that case was even more regrettable if one recalls that the applicants, in referring to the **psychological injury** caused to the peoples of the South Pacific region through “their anxiety as to the possible effects of radio-active fall-out on the well-being of themselves and their descendants,” as a result of the atmospheric nuclear tests, ironically invoked the notion of *erga omnes* obligations as propounded by the ICJ itself in its landmark *obiter dicta* in the *Barcelona Traction* case only four years earlier.⁹²

89 For a critical parallel between the 1973 orders and the 1974 judgments, cf. Lellouche, P., “The International Court of Justice. The Nuclear Tests Cases: Judicial Silence vs. Atomic Blasts,” 16 *Harvard International Law Journal*, 1975, pp. 615-627 and 635.

90 *ICJ Reports* (1974), pp. 272 and 478, respectively.

91 ICJ, *Nuclear Tests Case*, Joint Dissenting Opinion of Judges Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga and Waldock; *ICJ Reports* (1974), pp. 319-322, 367-369, 496, 500, 502-504, 514 and 520-521; and cf. Dissenting Opinion of Judge De Castro, *ibid.*, pp. 386-390; and Dissenting Opinion of Judge Barwick, *ibid.*, pp. 392-394, 404-405, 436-437 and 525-528. It was further pointed out that the ICJ should thus have dwelt upon the question of the existence of rules of *customary* international law prohibiting States from causing, through atmospheric nuclear tests, the deposit of radio-active fall-out on the territory of other States; ICJ, *Nuclear Tests case*, Separate Opinion of Judge Petrán, *ICJ Reports* (1974) pp. 303-306 and 488-489. It was the existence or otherwise of such customary rules that had to be determined –a question which unfortunately was left largely unanswered by the Court in that case.

92 As recalled in the Joint Dissenting Opinion of Judges Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga and Waldock, *ICJ Reports* (1974) pp. 362, 368-369 and 520-521; as well as in the Dissenting Opinion of Judge Barwick, *ibid.*, pp. 436-437.

As the Court reserved itself the right, in certain circumstances, to reopen the 1974 case, it did so two decades later, upon an application instituted by New Zealand *versus* France. But in its Order of 22.09.1995, the ICJ dismissed the complaint, as it did not fit into the *caveat* of the 1974 Judgment, which concerned atmospheric nuclear tests; here, the complaint was directed against the underground nuclear tests conducted by France since 1974.⁹³

Be that as it may, having lost the historical opportunities, in both contentious cases, to clarify the key point at issue (nuclear tests), the Court was, more recently, in the mid-nineties, seized, in the exercise of its advisory function, of a directly related issue, that of nuclear weapons. The UN General Assembly and the World Health Organization (WHO) opened those proceedings before the Court, by means of requests for an Advisory Opinion: such requests no longer referred to nuclear tests (as in the aforementioned contentious cases), but rather to the question of the threat or use of nuclear weapons in the light of international law, for the determination of their illegality or otherwise.

The Court, in the Advisory Opinion of 08.07.1996⁹⁴ on the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, affirmed that neither customary international law nor conventional international law authorizes specifically the threat or use of nuclear weapons; neither one, nor the other, contains a complete and universal prohibition of the threat or use of nuclear weapons as such; it added that such threat or use which is contrary to Article 2(4) of the UN Charter and does not fulfill the requisites of its Article 51, is illicit; moreover, the conduct in armed conflicts should be compatible with the norms applicable in them, including those of International Humanitarian Law. It also affirmed the obligation to undertake in good will negotiations conducive to nuclear disarmament in all its aspects.⁹⁵

93 Cf. *ICJ Reports* (1995), pp. 288-308; once again, there were Dissenting Opinions (cf. *Ibid.*, pp. 317-421). Furthermore, petitions against the French nuclear tests in the atoll of Mururoa and in that of Fangataufa, in French Polynesia, were lodged with the European Commission of Human Rights (EComHR); cf. EComHR, *Case N.N. Tauira and 18 Others versus France* (app. n. 28204/95), decision of 04.12.1995, 83-A *Decisions and Reports* (1995), p. 130.

94 In response only to one of the petitions, that of the UN General Assembly, as the ICJ understood that the WHO was not competent to deal with the question at issue—despite the purposes of that UN specialized agency and the devastating effects of nuclear weapons over human health and the environment...

95 *ICJ Reports* (1996), pp. 226-267.

In the most controversial part of its Opinion (resolatory point 2E), the Hague Court stated that the threat or use of nuclear weapons “would be generally contrary to the rules of international law applicable in armed conflict,” mainly those of humanitarian law; however, the Court added that at the present stage of international law “it cannot conclude definitively if the threat or use of nuclear weapons would be licit or illicit in an extreme circumstance of self defense in which the very survival of a State would be at stake.”⁹⁶ With seven dissenting opinions, this point was adopted with the casting vote of the President of the Court, who, in his Individual Opinion, pointed out that the Court limited itself to record the existence of a legal uncertainty.⁹⁷

In fact, it did not go further than that, and the Opinion was permeated with evasive ambiguities, not avoiding the shadow of the *non liquet*, in relation to a question which affects, more than each State individually, the whole of humankind. The Advisory Opinion made abstraction of the implications of the basic distinction between the *jus ad bellum* and the *jus in bello*, and of the fact that International Humanitarian Law applies likewise in case of self defense, safeguarding always the principle of proportionality (which nuclear weapons simply ignore).⁹⁸ The Opinion, on the one hand, recognized that nuclear weapons cause indiscriminate and durable suffering, and have an enormous destructive effect,⁹⁹ and that the principles of humanitarian law (encompassing customary law) are **intransgressible**;¹⁰⁰ nevertheless, these considerations did not appear sufficient to the Court to discard the use of such weapons also in self-defense, thus eluding to tell what the Law is¹⁰¹ in all circumstances.

The Opinion minimized¹⁰² the resolutions of the United Nations General Assembly which affirm the illegality of nuclear weapons¹⁰³

96 Ibid., p.266.

97 Cf. Ibid., pp. 268-274, esp. p. 270.

98 Doswald-Beck, L., “International Humanitarian Law and the Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons,” 316 *International Review of the Red Cross* (1997), pp. 35-55; Fujita, H., “The Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legality of Nuclear Weapons,” in 316 *International Review of...*, pp. 56-64.

99 Par. 35.

100 Par. 79.

101 David, E., “The Opinion of the International Court of Justice on the Legality of the Use of Nuclear Weapons,” 316 *International Review of ...*, pp. 21-34.

102 David, “The Opinion of the International Court of Justice....,” par. 68.

103 Notably resolution 1653(XVI) of 24.11.1961

and condemn their use as a violation of the UN Charter and as a crime against humanity. Instead, it took note of the **policy of deterrence**, which led it to find that the members of the international community continued **profoundly divided** on the matter, what rendered impossible to it to determine the existence of an *opinio juris* in this respect.¹⁰⁴ It was not incumbent upon the Court to resort to the “policy of deterrence”, devoid of any legal value for the determination of the formation of the rules of customary law prohibiting the use of nuclear weapons; as rightly regretted, the Court did not help at all in the struggle for non-proliferation and prohibition of nuclear weapons,¹⁰⁵ and, in relying on **deterrence**¹⁰⁶ –a division in its view **profound**– between an extremely reduced group of nuclear powers on the one hand, and the vast majority of the countries of the world on the other, it ended up by favouring the former, by means of an inadmissible *non liquet*.¹⁰⁷

The Court, thus, lost yet another opportunity to consolidate the *opinio juris communis* in condemnation of nuclear weapons. It considered the survival of a hypothetical State, rather than that of humankind formed by human beings of flesh and bone (and those still to come). It mistakenly minimized the doctrinal construction on the right to life in the ambit of the International Law of Human Rights, and seemed to have forgotten that the survival of a State cannot have primacy over the right to survival of humankind as a

104Par. 67.

105Reisman, W. M., “The Political Consequences of the General Assembly Advisory Opinion,” in *International Law, the International Court of Justice, and Nuclear Weapons*, L. Boisson de Chazournes and Ph. Sands (eds.), Cambridge, University Press, 1999, pp. 473-487. The Court did not solve the issue raised before it by the UN General Assembly, leaving the “debate open”; Sur, S., “Les armes nucléaires au miroir du droit,” in *Le droit international des armes nucléaires*, pp. 9-25, esp. pp. 12, 16 and 24.

106Par. 73.

107Condorelli, L., “Nuclear Weapons: A Weighty Matter for the International Court of Justice. Jura Novit Curia?,” 316 *International Review of ...*, pp. 9-20. The Opinion is not conclusive and provides no guidance; Queneudec, J. P., “E.T. à la C.I.J.: méditations d’un extra-terrestre sur deux avis consultatifs,” 100 *Revue générale de droit international public*, 1996, 907-914, esp. p. 912. The language utilized in the Opinion is ambiguous, lending itself to the most distinct interpretations (including that whereby in self defense military necessity could have primacy over humanitarian law), dangerous for the prevalence of Law; Lanfranchi, M. P. and Th. Christakis, *La licéité de l’emploi d’armes nucléaires devant la Cour Internationale de Justice*, Aix-Marseille/Paris, Université d’Aix-Marseille III/Economica, 1997, pp. 111, 121 and 123; Mahmoudi, S., “The International Court of Justice and Nuclear Weapons,” 66 *Nordic Journal of International Law* (1997), pp. 77-100.

whole.¹⁰⁸ Without humankind, there is no State whatsoever; one cannot simply have in mind the States, apparently forgetting humanity. The position of the Court leaves it quite clear that a matter which concerns the whole of humankind, such as that of the threat or use of nuclear weapons, can no longer be appropriately dealt with from a purely inter-State outlook of international law, which is wholly surpassed in our days.

The Court took note of the treaties which nowadays prohibit, e.g., chemical and bacteriological (biological) weapons,¹⁰⁹ and weapons which cause excessive damages or have indiscriminate effects.¹¹⁰ But the fact that there does not yet exist a similar general treaty, of specific prohibition of nuclear weapons, does not mean that these latter are permissible (in certain circumstances, even in self defense).¹¹¹ In my understanding, it cannot be sustained, in a matter which concerns the future of humankind, that what is not expressly prohibited is thereby permitted (a classic postulate of positivism).

This posture would amount to the traditional –and surpassed– attitude of the *laissez-faire, laissez-passer*, proper of an international legal order fragmented by State voluntarist subjectivism, which in the history of Law has invariably favoured the most powerful ones. *Ubi societas, ibi jus...* Nowadays, at this beginning of the twenty-first century, in an international legal order in which one seeks to affirm common superior values, amidst considerations of international *ordre public*, as in the domain of the International Law of Human Rights, it is precisely the reverse logics which ought to prevail: **that which is not permitted, is prohibited.**¹¹²

Even if there was a **gap** in relation to nuclear weapons –which there is not (cf. *infra*)– it would have been possible to fill it by

108Cf. Mohr, M., “Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legality of the Use of Nuclear Weapons under International Law. A Few Thoughts on Its Strengths and Weaknesses,” 316 *International Review of...*, pp. 92-102.

109The Geneva Protocol of 1925, and the Conventions of 1972 and 1993 against Biological and Chemical Weapons, respectively.

110Par. 76; the 1980 Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons, Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects.

111The Roman-privatist influence –with its emphasis on the autonomy of the will– had harmful consequences in traditional International Law; in the public domain, quite on the contrary, conscience stands above the will, also in the determination of competences.

112Caçado Trindade, A. A., *O direito internacional em um mundo em transformação*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2002, p. 1099.

resorting to a general principle of Law. The Court surprisingly resorted to that of self-defense of a hypothetical individual State, instead of having developed the rationale of the *Martens clause*, the purpose of which is precisely that of filling gaps¹¹³ in the light of the “laws of humanity” and the “dictates of public conscience” (terms of the wise premonition of Friedrich von Martens,¹¹⁴ formulated in the I Hague Peace Conference of 1899).¹¹⁵ It cannot be denied that nuclear weapons are intrinsically indiscriminate, incontrollable, that they cause durable harms and in a wide scale, that they are prohibited by International Humanitarian Law (Articles 35 and 48), and are inhuman as weapons of mass destruction.¹¹⁶

States are bound to respect, and ensure respect for International Humanitarian Law in **any circumstances; intransgressible** principles of humanitarian law (encompassing customary law) belong to the domain of *jus cogens*, wherein no derogation is permitted, in any circumstances.¹¹⁷ As to the aforementioned

113 Salmon, J., “Le problème des lacunes à la lumière de l’avis ‘Licéité de la menace ou de l’emploi d’armes nucléaires’ rendu le 8 juillet 1996 par la Cour Internationale de Justice,” *Mélanges en l’honneur de N. Valticos. Droit et justice* (ed. R.-J. Dupuy), Paris, Phédon, 1999, pp. 197-214, esp. pp. 208-209; Ticehurst, R., “The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict,” 317 *International Review of the Red Cross*, 1997, pp. 125-134, esp. pp. 133-134; Azar, A., *Les opinions des juges dans l’avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l’emploi d’armes nucléaires*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 61.

114 Which was intended to extend juridically the protection to the civilians and combatants in all situations, even if not contemplated by the conventional norms.

115 It is not merely casual that the States militarily powerful have constantly opposed themselves to the influence of natural law in the norms applicable to armed conflict, even if they base themselves on natural law to judge war criminals (as in Nuremberg). Ticehurst, “The Martens Clause...,” pp. 133-134.

116 Burroughs, J., *The (Il)legality of Threat or Use of Nuclear Weapons*, Münster, Lit Verlag/International Association of Lawyers against Nuclear Weapons, 1997, p. 84. For the inference of the prohibition of nuclear weapons from the express prohibition, by Article 35 of Additional Protocol I (of 1977) to the 1949 Geneva Conventions on International Humanitarian Law, of weapons that cause “superfluous damage” or “unnecessary suffering” (par. 2), and which cause or intend to cause “extensive, durable and severe damage to the natural environment” (par. 3), cf., e.g., Pastor Ridruejo, J. A., *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 6th. ed., Madrid, Tecnos, 1996, pp. 680 and 683-684; and cf. comments in *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Y. Sandoz, C. Swinarski and B. Zimmermann (eds.), Ginebra, ICRC/Nijhoff, 1987, pp. 389-420 and 597-600.

117 Coussirat-Coustère, V., “La licéité des armes nucléaires en question,” in *Le droit international des armes nucléaires*, Paris, Pédone, Journée d’études, S. Sur (ed.), 1998, p. 109.

Advisory Opinion of 1996 of the ICJ, the relevance of the Martens clause in the present context was properly emphasized by two dissenting Judges,¹¹⁸ while another dissenting Judge singled out the *jus cogens* character of International Humanitarian Law in prohibition of nuclear weapons.¹¹⁹

The well-known resolution 1653 of 1961, of the UN General Assembly, containing the Declaration of the Prohibition of the Use of Nuclear and Thermonuclear Weapons, considered the use of such weapons not only in violation of the UN Charter, of International Law and of the **laws of humanity**, but also a **crime against humanity and civilization**. While various States endorsed the resolution as a result of the **indiscriminate suffering** caused by such weapons, others (mainly the nuclear powers) attempted to minimize their importance for not having been adopted by an overwhelming majority:¹²⁰ 55 votes to twenty, with 26 abstentions.¹²¹

However, the several subsequent resolutions which reaffirmed the resolution 1653 referred to, were adopted by increasingly expressive majorities, such as resolution 46/37D of 1991, which called upon the elaboration of a convention prohibiting the use of nuclear weapons (by 122 votes to 16, with 22 abstentions). The non-nuclear States, which form the overwhelming majority of members of the international community, came to sustain that the series of resolutions in condemnation of the use of nuclear weapons as illegal under general international law, together with the fact the 1968 Treaty on Non-Proliferation of Nuclear Weapons (NPT) is in force, and the establishment of regional nuclear-weapon-free zones (cf. *supra*), among other developments, evidenced the emergence of a prohibition of customary law of the use of such weapons.¹²²

Still in the ambit of the United Nations, the Human Rights Committee (under the Covenant on Civil and Political Rights) has

118Cf. the Dissenting Opinions of Judge Shahabuddeen, pp. 386-387, 406, 408, 410-411 and 425, and of Judge Weeramantry, pp. 477-478, 481, 483, 486-487, 490-491, 494, 508 and 553-554.

119Dissenting Opinion of Judge Koroma, pp. 573-574 and 578.

120Cassese, A., "The Prohibition of Indiscriminate Means of Warfare," in *Declarations on Principles. A Quest for Universal Peace*, R.J. Akkerman *et alii*, Leyden (eds.), Sijthoff, 1977, pp. 176-182.

121With the negative votes coming from NATO member States and other allies of the United States.

122Burroughs, *The (Il)legality of Threat or Use of Nuclear...*, p. 27.

affirmed that “the production, the tests, the possession, the proliferation and the use of nuclear weapons” constitute “crimes against humanity.”¹²³ The Human Rights Committee, stressing that the right to life is a fundamental right which does not admit any derogation not even in time of public emergency, related the current proliferation of weapons of mass destruction to “the supreme duty of States to prevent wars.” The Committee characterized that danger as one of the “greatest threats to the right to life which confronts mankind today”, which created “a climate of suspicion and fear between States, which is in itself antagonist to the promotion of universal respect for and observance of human rights” in accordance with the UN Charter and the UN Covenants on Human Rights.¹²⁴ The Committee, accordingly, “in the interest of mankind”, called upon all States, whether Parties to the Covenant or not, “to take urgent steps, unilaterally and by agreement, to rid the world of this menace.”¹²⁵

It may be recalled that, already in 1969, *the Institut de Droit International condemned all weapons of mass destruction*. In the debates of its Edinburgh session on the matter, emphasis was placed on the need to respect the principle of distinction (between military and non-military objectives),¹²⁶ the terrifying effects of the use of nuclear weapons were pointed out,¹²⁷ the example of the atomic bombing of Hiroshima and Nagasaki having been expressly recalled.¹²⁸ In its resolution of September 1969 on the matter, the *Institut* began by restating, in the preamble, the **prohibition of recourse to force** in International Law, and the duty of protection of civilian populations in any armed conflict; it further recalled the general principles of international law, customary rules and conventions –supported by international case-law and practice– which “clearly restrict” the extent to which the parties engaged in a

123 General Comment’ n. 14 (of 1984) of the Human Rights Committee, text in: United Nations, *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, doc. HRI/GEN/1/Rev.3, of 15.08.1997, p. 19, par. 6.

124 UN, *Report of the Human Rights Committee, G.A.O.R.*, 40th Session (1985), suppl. n. 40 (A/40/40), p. 162.

125 UN, *Report of the Human Rights...*, p. 162.

126 Cf. *Annuaire de l’Institut de Droit International. Session d’Edimbourg*, 1969, II, pp. 49, 53, 55, 60, 62-63, 66 and 99.

127 Cf. *Annuaire de l’Institut de Droit...*, pp. 50, 88-89 and 90.

128 Ibid., p.88

conflict may harm the adversary, and warned against “the consequences which the indiscriminate conduct of hostilities and particularly the use of nuclear, chemical and bacteriological weapons, may involve for civilian populations and for mankind as a whole.”¹²⁹

In its operative part, the aforementioned resolution of the *Institut* stressed the importance of the principle of distinction (between military and non-military objectives) as a “fundamental principle of international law” and the pressing need to protect civilian populations in armed conflicts,¹³⁰ and added, in paragraphs 4 and 7, that:

Existing international law prohibits all armed attacks on the civilian population as such, as well as on non-military objects, notably dwellings or other buildings sheltering the civilian population, so long as these are not used for military purposes [...]

Existing international law prohibits the use of all weapons, which, by their nature, affect indiscriminately both military objectives and non-military objects, or both armed forces and civilian populations. In particular, it prohibits the use of weapons the destructive effect of which is so great that it cannot be limited to specific military objectives or is otherwise uncontrollable (self-generating weapons), as well as of blind weapons.¹³¹

The absence of conventional norms stating that nuclear weapons are prohibited in all circumstances does not mean that they would be allowed in a given circumstance. The Martens clause safeguards the integrity of Law (against the permissiveness of a *non liquet*) by invoking the “laws of humanity” and the “dictates of the public conscience”. Thus, that absence of a conventional norm is not conclusive¹³², and is by no means the end of the matter, - bearing in mind also customary international law.

If weapons less destructive than the nuclear ones have already been expressly prohibited by their names, it would be nonsensical to argue that, those, which have, not, by positive conventional international, and which, like nuclear weapons, have long-lasting devastating effects, threatening the existence of the international community as a whole, would not be illicit in certain circum-

¹²⁹Ibid., pp. 375-376.

¹³⁰Ibid., par. 1-3, 5-6 and 8, in pp. 376-377.

¹³¹Ibid., pp. 376-377.

¹³²Glaser, *L'arme nucléaire à la lumière...*, pp. 15, 24-25 and 41.

tances.¹³³ A single use of nuclear weapons, irrespective of the circumstances, may today ultimately mean the end of humankind itself.¹³⁴ The criminalization of the threat or use of such weapons is even more forceful than that –already established by positive conventional international law– of less destructive weapons. This is what ineluctably ensues from an international legal order the ultimate source of which is the universal juridical conscience.

From the outlook of the emerging international law for humankind, the conclusion could not be otherwise. Had the ICJ made decidedly recourse in great depth to the Martens clause, it would not have lost itself in a sterile exercise, proper of a legal positivism *déjà vu*, of a hopeless search of conventional norms, frustrated by the finding of what it understood to be a lack of these latter as to nuclear weapons specifically, for the purposes of its analysis. The existing arsenals of nuclear weapons, and of other weapons of mass destruction, are to be characterized by what they really are: a scorn to human reason, the ultimate insult to human reason, and an affront to the juridical conscience of humankind.

If, in other epochs, the ICJ had likewise limited itself to verify a situation of “legal uncertainty” (which, anyway, does not apply in the present context), most likely it would not have issued its *célèbres* Advisory Opinions on *Reparations for Damages* (1949), on *Reservations to the Convention against Genocide* (1951), and on *Namibia* (1971), which have so much contributed to the evolution of International Law. This evolution, in our days, points, in my understanding, towards the construction of a universal law for humankind, with the outlawing by general international law of all weapons of mass destruction (among other aspects).

Final Observations

In the course of the proceedings (written and oral phases) before the ICJ (1994-1995) pertaining to the aforementioned requests for an Advisory Opinion (of 1996) on the question of the legality (or rather illegality) of nuclear weapons (*supra*), Japan, the one country whose population has been victimized by the use of those weapons, consistently argued that

¹³³Ibid., pp. 53 and 21, and cf. p. 18.

¹³⁴Singh, Nagendra, *Nuclear Weapons and International Law*, London, Stevens, 1959, p. 242.

Because of their immense power to cause destruction, the death of and injury to human beings, the use of nuclear weapons is clearly contrary to the spirit of humanity that gives international law its philosophical foundation.¹³⁵

In its oral statement before the ICJ in the public sitting of 7 November 1995, Japan further asserted that

with their devastating power, nuclear weapons can in an instant take a tremendous toll in human life and deprive people of their local community structures; they can also cause the victims who survive an attack itself indescribable and lasting suffering due to atomic radiation and other lingering effects.¹³⁶

All this has been duly demonstrated in documents collected by the prefectures of the cities of Hiroshima and Nagasaki.¹³⁷ And this coincides with the concerns of the international community as a whole nowadays.

In the aforementioned pleadings (of 1995) before the ICJ, other States were as clear and uncompromising as Japan in their arguments. To recall but a couple of examples, Australia invoked the Martens clause, and argued that the principles of humanity and the dictates of public conscience are not static, and permeate the whole of international law in its evolution, calling for the prohibition of nuclear weapons for all States. Australia further recalled the final preambular paragraph of the Convention against Biological Weapons, pondering that its warning that those weapons are “repugnant to the conscience of mankind” applies likewise to nuclear weapons, and that the use of them all would be contrary to general principles of humanity.¹³⁸

135 Government of Japan, *Written Statement of the Government of Japan* [on the Request for an Advisory Opinion to the ICJ by the World Health Organization], 10 June 1994, p. 2 (internal circulation); Government of Japan: *Written Statement of the Government of Japan* [on the Request for an Advisory Opinion to the ICJ by the United Nations General Assembly], 14.06.1995, p. 1 (internal circulation); Government of Japan: *The Oral Statement by the Delegation of Japan in the Public Sitting Held at the Peace Palace*, The Hague, 07 November 1995, p. 1 (internal circulation).

136 Government of Japan, *The Oral Statement...*, pp. 1-2 (internal circulation).

137 Cf. accounts, Committee of Japanese Citizens, *Days to Remember: An Account of the Bombings of Hiroshima and Nagasaki*, Hiroshima/Nagasaki, Hiroshima-Nagasaki Publishing Committee, 1981, pp. 1-37; Hiroshima Peace Memorial Museum (HPMM): *Atomic Bomb Tragedy. The Spirit of Hiroshima*, Hiroshima, HPMM, pp. 1-128; Ôé, Kenzaburô, *Notes de Hiroshima*, Paris, Gallimard, 1996, pp. 17-230; Ogura, T., *Letters from the End of the World. A Firsthand Account of the Bombing of Hiroshima*, Tokyo, Kodansha International, 2001 [reed.], pp. 15-192; Shohno, N., *The Legacy of Hiroshima. Its Past, Our Future*, Tokyo, Kôsei Publ. Co., 1987 [reed.], pp. 13-136.

138 ICJ, pleadings of Australia (1995), pp. 45, 60 and 63, and cf. p. 68.

On its turn, New Zealand stated that the *rationale* of the 1968 Nuclear Non-Proliferation Treaty is that “nuclear weapons are too dangerous for humanity and must be eliminated.”¹³⁹ Moreover, Egypt asserted that International Humanitarian Law prohibits the threat or use of nuclear weapons as weapons of mass destruction; the Additional Protocol I of 1977 to the 1949 Geneva Conventions establishes the prohibition of unnecessary suffering (Article 35) and imposes the differentiation between civilian population and military personnel (Article 48). Thus, by their effects, nuclear weapons, being weapons of indiscriminate mass destruction, infringe International Humanitarian Law, which contain precepts of *jus cogens*, as recalled by successive resolutions of the UN General Assembly; those precepts are the *opinio juris* of the international community.¹⁴⁰

In historical perspective, the lack of common sense of still trying to approach the challenges facing international law from an exclusively inter-State outlook is today manifest, and has in the past led to some rather awkward situations, to say the least. A pertinent illustration is afforded by the outcome of the case *Shimoda and Others versus Japan*. On 7 December 1963, a Japanese domestic court, the District Court of Tokyo, delivered a decision regarding claims against the Japanese State advanced by five injured survivors of the atomic bombings of Hiroshima and Nagasaki. They claimed compensation from the Japanese government for damages suffered as a result of the atomic blasts. Japan, and not the United States, was the defendant, by virtue of Article 19(a) of the Treaty of Peace following the II world war, whereby Japan waived the claims of its nationals against the United States.¹⁴¹

The District Court’s decision contained discussion of those bombings in the light of the laws of armed conflict and descriptions of the horrifying injuries resulting from the blasts. The plaintiffs argued that the atomic bombing was an illegal act contrary to international law (as it stood in 1945) aiming at a non-military target and causing unnecessary pain, in violation of fundamental human

139ICJ, pleadings of New Zealand (1995), p. 33.

140ICJ, pleadings of Egypt (1995), pp. 37-41 and 44.

141 The Japanese Government thereby saw itself in the ironical situation of having to argue as defendant in a case moved by Japanese nationals, victims of the atomic bombings of Hiroshima and Nagasaki. Cf. 355 *Hanrei Jibo (Decisions Bulletin)*, p. 17, later translated into English and reported in: *Toward a Theory of War Prevention* (Series *The Strategy of World Order*), vol. I, R.A. Falk and S.H. Mendlovitz (eds.), NY, World Law Fund, 1966, pp. 314-354.

rights. Furthermore, the plaintiffs asserted the responsibility of the defendant State for waiver of claims for damages against the United States (in municipal law as well as in international law).¹⁴²

In its decision, the District Court began by asserting that the atomic bombing on both cities was “an illegal act of hostility as the indiscriminate aerial bombardment on undefended cities” and “contrary to the fundamental principle of the laws of war that unnecessary pain must not be given;” thus, left aside the Peace Treaty, Japan would theoretically have a claim for damages against the United States in international law.¹⁴³ By exercising diplomatic protection of its nationals, Japan would be asserting its own right; however –the Court proceeded,– in principle “individuals are not the subject of rights in international law”, and in the case the victims could not ask for redress either before the courts of Japan, or those of the United States:¹⁴⁴ their claims under the municipal laws of Japan and of the United States had in fact been waived by Article Nineteen (a) of the Peace Treaty.¹⁴⁵

The defendant State, although conceding that the atomic bombing of Hiroshima and Nagasaki was “exceedingly enormous in destructive power” and a “matter of deep regret”, the damage being the “heaviest in history”, found nevertheless that the plaintiff’s claims were “not legal questions” but rather “abstract questions.”¹⁴⁶ The defendant State’s reasoning, as to the waiver of claims pursuant to Article Nineteen (a) of the Peace Treaty, was very much in the lines of an analogy with the practice of diplomatic protection: the individuals concerned could not pursue their claims directly against a foreign State at international level, as their State had exercised its right to waive any such claims by agreement with the foreign State.¹⁴⁷ The defendant State argued that domestic courts were to recognize the conclusion of the Peace Treaty as a *fait accompli*.¹⁴⁸

142 *Shimoda and Others versus Japan Case*, pp. 316-322.

143 *Shimoda and Others...*, pp. 339-345.

144 Under the U.S., Federal Tort Claims Act after the War.

145 *Ibid.*, pp. 347-352.

146 *Ibid.*, pp. 323-330.

147 *Ibid.*, pp. 330-331.

148 Cf. *ibid.*, pp. 331-332. The Defendant State added that although “deep sympathy” was due to the victims of the atomic explosions in the war, the way of consolation for them “must be balanced with the consolation for other war victims.” Whether measures should be taken in legislature and in finance was a political rather than legal question; “this is the same as where the State receives indemnity from another country by exercising the right of diplomatic protection,

The District Court of Tokyo concluded that, notwithstanding the atomic bombing of Hiroshima and Nagasaki had been an illegal act in violation of international law, the plaintiffs' claims in the *cas d'espèce* were "improper", and they were therefore dismissed on the merits.¹⁴⁹ It was certainly not purely coincidental that District Court saw it fit to deliver its decision on 07.12.1963, the anniversary of Pearl Harbor...¹⁵⁰

Even in the days of the *Lotus* case (1927), the view endorsed by the old Permanent Court of International Justice (PCIJ), whereby under International Law everything that was not expressly prohibited would thereby be permitted, was object of severe criticisms not only of a compelling Dissenting Opinion in the case itself¹⁵¹ but also on the part of expert writing of the time.¹⁵² Such conception could only have flourished in an epoch "politically secure" in global terms,¹⁵³ certainly quite different from that of the last decades, in face of the recurrent threat of nuclear weapons and other weapons of mass destruction, the growing vulnerability of the territorial State and indeed of the world population, and the increasing complexity in the conduction of international relations. In our days, in face of such terrifying threat, it is -as I sustained in a recent book- the logic opposite to that of the *Lotus* case which imposes itself: all that is not expressly permitted is surely prohibited.¹⁵⁴ All weapons of mass

and where the State can decide independently by its authority whether it will distribute the indemnity to the sufferers and also the method of distribution [...]"'; *ibid.*, p. 332, and cf. p. 333.

149 The costs of litigation were to be borne by the plaintiffs, *ibid.*, pp. 352 and 314. The Court, nevertheless, expressed its "whole-hearted compassion" for the victims of the atomic blasts, cf. *Ibid.*, p. 352.

150 It is somewhat surprising that the District Court should treat the plaintiffs on the same footing as other war victims, as their claims were specifically directed against an armed attack –the atomic bombings of undefended cities– which the same Court had held to have been contrary to the laws of armed conflict.

151 Cf. Dissenting Opinion of Judge Loder, PCIJ, *Lotus* Case (France versus Turkey), Series A, n. 10, Judgment of 07.09.1927, p. 34 (such conception was not in accordance with the "spirit of International Law").

152 Cf. Brierly, J. L., *The Basis of Obligation in International Law and Other Papers*, Oxford, Clarendon Press, 1958, pp. 412 and 94-96; Lauterpacht, H., *The Function of Law in the International Community*, Oxford, Clarendon Press, 1933, pp. 409-144; and cf., subsequently, e.g., Herczegh, G., "Sociology of International Relations and International Law," in *Questions of International Law*, G. Haraszti (ed.), Budapest, Progresprint, 1971, pp. 69-71 and 77.

153 Bos, Maarten, "Dominant Interest in International Law," 21 *Revista Española de Derecho Internacional*, 1968, p. 234.

154 Cançado Trindade: *O direito internacional em um mundo...*, p. 1099.

destruction, including nuclear weapons, are illegal and prohibited and contemporary international law.

Furthermore, in an essay published more than two decades ago, I allowed myself to warn against the disastrous consequences -in times of peace and of war- of not recognizing the position of individuals as subjects of international law, and of insisting to erect this latter on an exclusively inter-State basis. The widespread bombings of largely undefended cities (either with weapons of mass destruction, or with conventional weapons in large scale), with thousands and thousands of helpless, innocent and silent victims (e.g., Hiroshima, Nagasaki, Tokyo, Coventry, Dresden, Hamburg, Güernica, to name a few, among so many others also bombarded), has been -like the issue of arms trade- simply overlooked¹⁵⁵ in international legal doctrine, and has passed with impunity in international law to date. The case of *Shimoda and Others* stands as a dreadful illustration of the veracity of the maxim *summum jus, summa injuria*, when one proceeds on the basis of an allegedly absolute submission of the human person to a degenerated international legal order erected on an exclusively inter-State basis.

May I thus reiterate, here at the University of Hiroshima in 2004, what I wrote in 1981, regarding the *Shimoda and Others* case, namely,

[...] The whole arguments in the case reflect the insufficiencies of an international legal order being conceived and erected on the basis of an exclusive inter-State system, leaving individual human being impotent in the absence of express treaty provisions granting them procedural status at international level. Even in such a matter directly affecting fundamental human rights, the arguments were conducted in the case in the classical lines of the conceptual apparatus of the so-called law on diplomatic protection, in a further illustration of international legal reasoning still being haunted by the old Vat Elian fiction.¹⁵⁶

In conclusion, the initiatives I have mentioned in the present study of the conception of zones of peace, of the formulation of the right to peace (within the conceptual universe of the International Law of Human Rights),¹⁵⁷ and of the establishment of nuclear-weapon-free

155 With rare and distinguished exceptions, among which, e.g.

156 Caçado Trindade, A.A., "The Voluntarist Conception of International Law: A Re-Assessment," in 59 *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques*, Genève, 1981, p. 214.

157 For a projection into the future, cf. Caçado Trindade, A. A., "The Future of the International Protection of Human Rights," in Boutros-Ghali, B., *Amicorum*

zones, added to the successive and constant endeavors towards general and complete disarmament, disclose the existence nowadays of an *opinio juris communis* as to the illegality of all weapons of mass destruction, including nuclear weapons, under contemporary international law. There is no **gap** concerning nuclear weapons; given the indiscriminate, lasting and indescribable suffering they inflict, they are outlawed, as much as other weapons of mass destruction (chemical and bacteriological [biological] weapons) are.

The positivist outlook purporting to challenge this prohibition of contemporary general international law has long been surpassed. Nor can this matter be approached from a strictly inter-State outlook, without taking into account the condition of human beings as subjects of international law. All weapons of mass destruction are illegal under contemporary international law. The threat or use of such weapons is condemned in any circumstances by the *universal juridical conscience*, which in my view constitutes the ultimate *material* source of international law, as of all Law.

This is in keeping with the conception of the formation and evolution of international law which I have been sustaining for many years, also in my Opinions within the Inter-American Court of Human Rights.¹⁵⁸ And this is also in keeping with the similar conception upheld, in his Opinions within the ICJ four decades ago, by the distinguished Japanese Judge Kotaro Tanaka: that is, an international law transcending the limitations of legal positivism,¹⁵⁹ and thus capable of responding effectively to the needs and aspirations of the international community as a whole, and, ultimately, of humankind.

Discipulorumque Liber. Paix, Développement, Démocratie, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 961-986.

158Cançado Trindade, A. A., "La humanización del derecho internacional y los límites de la razón de Estado," 40 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte/Brazil, 2001, pp.11-23; Cançado Trindade, A. A., "Reflexiones sobre el desarraigo como problema de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal," in *La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo XXI*, A.A. Cançado Trindade and J. Ruiz de Santiago (eds.), 3rd. ed., San José, Costa Rica, UNHCR, 2004, pp. 19-78.

159Cf. Tanaka, K., "The Character or World Law in the International Court of Justice," translated from Japanese into English by S. Murase, 15 *Japanese Annual of International Law*, 1971, pp. 1-22; and cf. Gowlland-Debbas, V., "The International Court of Justice: Its Future Role after Fifty Years," A.S. Muller et al. (eds.), The Hague, Kluwer, 1997, pp. 344-346; and cf. Saito, Y., "Judge Tanaka, Natural Law and the Principle of Equality," in *The Living Law of Nations. Essays in Memory of A. Grahl-Madsen*, G. Alfredsson and P. Macalister-Smith (eds.), Kehl/Strasbourg, N.P. Engel Publ., 1996, pp. 401-402 and 405-408.

Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*

Humberto Henderson*

Introducción

El presente trabajo pretende ser una de las posibles aproximaciones al estudio de la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos, dentro de los ordenamientos internos de los países, siguiendo las doctrinas clásicas de aplicación e interpretación del derecho, con la inclusión de algunas reglas de hermenéutica propias del actual desarrollo teórico del derecho internacional de los derechos humanos.

Estas líneas solo proponen unas respuestas a este significativo tema que se encuentra en un lento pero constante avance en los tribunales internos. Es importante advertir que sólo en la última década, las universidades y las escuelas de derecho están abordando de un modo mucho más sistemático la cuestión de la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos. Poco a poco se está reconociendo la autonomía científica de este derecho, como una disciplina específica, y más lentamente, como parte obligatoria del currículum. Por su parte, los poderes judiciales de Latinoamérica¹ no aceptan con facilidad la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, aunque también aquí se han alcanzado modestos avances en algunos países².

* El autor ha sido docente universitario en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República en Montevideo (Uruguay), trabajó para las Naciones Unidas, y actualmente se desempeña como Senior Technical Advisor for Latin American Programs para Freedom House en México. El autor agradece los comentarios y las sugerencias que sobre el borrador de este trabajo han efectuado los colegas Luis Pasara, Alejandro Silva y Claire Mason.

1 En un estudio realizado algunos años atrás, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos identificó como factores negativos que inciden en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, los siguientes: a) la estrecha relación con el poder; b) el desconocimiento de las normas de derechos humanos; c) la debilidad formativa de los jueces. Ver *Guía sobre la aplicación del derecho internacional en la jurisdicción interna*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, págs. 19-21.

2 Entre los factores que han ayudado para alcanzar algunos modestos avances, se

El autor está consciente de que este breve ensayo intenta abordar uno de los temas que por su particularidad, inmediatamente convoca a la polémica y a la discusión jurídica y política de defensores de derechos humanos, abogados, jueces, fiscales y otros operadores jurídicos en el seno de los Estados. Asimismo, conviene advertir que este breve trabajo no aborda ni se acerca al estudio específico de los tratados internacionales, las teorías tradicionales sobre las fuentes del derecho, su jerarquía, ni a la teoría general de las escuelas y los métodos de la aplicación e interpretación del derecho interno e internacional.

Finalmente, es importante señalar que este ensayo se refiere a la incorporación, interpretación y aplicación de tratados internacionales de derechos humanos, cualquiera que sea la denominación dada, pero no se adentra en el estudio de otras fuentes tales como la costumbre internacional³, ni las decisiones judiciales de tribunales internacionales, que también podrían incorporarse en los ordenamientos internos de los países⁴.

encuentran las reformas que se ha intentando implantar en América Latina, encaminadas a lograr la independencia judicial, tan necesaria cuando un juez o un tribunal debe resolver una violación de los derechos humanos con responsabilidad de otros agentes del Estado. Recientemente, expertos en la materia han analizado algunos de estas transformaciones ocurridas en países de América Latina, orientadas a lograr la independencia judicial de otros poderes públicos; entre ellas se encuentran cambios en el sistema de selección judicial, establecimiento de la carrera judicial, autonomía presupuestaria, establecimiento de consejos de la magistratura, mecanismos de evaluación judicial, objetivos, creación de escuelas judiciales, participación de la sociedad civil, aumento de salario de los jueces y magistrados, creación de cortes y salas constitucionales, inamovilidad en el cargo de los jueces, etc. Popkin, Margaret, "Fortalecer la independencia judicial", en *En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina*, Luis Pasara (compilador), Lima, Consorcio Justicia Viva, 2004, págs. 409-445. Pasara, Luis, "Lecciones ¿aprendidas o por aprender?", en *En busca de una justicia...*, págs. 515-529.

- 3 Puede verse un excelente estudio sobre la costumbre internacional y su incorporación en los ordenamientos internos, así como un cuidadoso análisis del artículo 38 (I) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en: Robertson, Geoffrey, *Crimes Against Humanity*, London, Allen Lane The Penguin Press, 1999, págs. 77-84.
- 4 Un estudio sobre las relaciones (supervisión, control, incorporación, subsidiariedad, etc.) entre los tribunales latinoamericanos y los órganos de supervisión interamericanos puede verse en: Dulitzky, Ariel, "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: Un estudio comparado", en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, 1997, págs. 33-74. Bedjaoui, Mohammed, "The reception by National Courts of Decisions of International Tribunals", en *International Law Decisions in National Court*, Thomas M. Frank y Gregory H. Fox (eds.), New York, Transnational Publishers, Inc., 1996, pág. 22, citado por Dulitzky, "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos...", págs. 33-74.

Incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en los ordenamientos internos

Como es sabido, al hablar de la incorporación de los instrumentos internacionales en general y de los tratados de derechos humanos en particular, debe analizarse si el Estado en cuestión ha adoptado una posición dualista o monista respecto a la relación entre ordenamiento jurídico internacional y ordenamiento jurídico interno⁵.

En el caso de la adopción de un sistema dualista que, por otra parte, era el que predominaba y se enseñaba en las escuelas de derecho algunas décadas atrás, el ordenamiento jurídico internacional y el ordenamiento jurídico interno, son dos sistemas jurídicos separados. En virtud de este sistema, para que una norma de fuente internacional pudiera tener algún valor en el ordenamiento interno de un país, es necesario un expreso acto de **transformación legislativa**, esto es, una ley que “rescriba” el contenido de la norma internacional, siguiendo el procedimiento interno establecido para la aprobación de leyes.

Con la adopción de un sistema monista, ambos ordenamientos jurídicos, el interno y el internacional, se interconectan y se constituyen en un único sistema jurídico estrechamente relacionado, donde los tratados internacionales se **incorporan de forma automática** luego de haber sido ratificados soberanamente por los Estados, y por ende, también se constituyen en normas de aplicación inmediata para los tribunales nacionales.

Asimismo, y en sentido análogo, se ha expresado que el estatus de los tratados en el ordenamiento interno está determinado por dos técnicas constitucionales diferentes, que corresponden a los sistemas enunciados anteriormente, la de la **incorporación legislativa** y la de la **incorporación automática**. Algunos países requieren que, además de la ratificación, exista otro acto legislativo que “cree” la norma en el orden nacional nuevamente, y distinguen dicho acto

5 Casi todos los tratadistas de derecho internacional público se refieren a estas teorías, y hacen un análisis metodológico de autores clásicos como Triepel, Anzilotti, Kelsen, Scelle, Kunz, etc. Entre los mexicanos puede verse en Sepúlveda, César, *Derecho internacional*, 23ra. ed., México, Editorial Porrúa, 2002, págs. 67-76; Seara Vázquez, Modesto, *Derecho internacional público*, 21ra. ed., México, Editorial Porrúa, 2004, págs. 41-43. Entre los autores de obras sobre derechos humanos que citan casos concretos, se encuentran Steiner, Henry J. y Philip Alston, *International Human Rights in Context, Law, Politics, Morals*, 2da. ed., Great Britain, Oxford University Press, 2000, págs. 1004-1005.

legislativo con el de la ratificación. Esta es la técnica seguida por el Reino Unido, los países del Commonwealth y los países escandinavos. Otros Estados adoptan la incorporación automática de los tratados en el orden interno, en virtud del mero acto de ratificación, tales como Francia, Suiza, Países Bajos, Estados Unidos, algunos países africanos y asiáticos, y, como se verá más adelante, la amplia mayoría de los de América Latina⁶.

El hecho de que un determinado Estado se regule por un sistema dualista o monista no depende de lo que establezcan las normas internacionales o el derecho internacional de los derechos humanos; es el derecho constitucional de cada país, como norma máxima de un ordenamiento jurídico interno, el que finalmente adopta una opción por uno u otro sistema.

En la actualidad, la mayoría de las constituciones latinoamericanas han adoptado la posición monista⁷ con leves oscilaciones que van desde la regulación expresa hasta el más absoluto silencio. Como se verá más adelante, la mayoría de las constituciones nacionales de las Américas, disponen expresamente que el derecho internacional de los derechos humanos o el derecho internacional, forma **parte del derecho del Estado**⁸.

Del mismo modo, cuando las constituciones no hacen referencias expresas, es la doctrina y la jurisprudencia nacional la que entiende

6 Steiner y Alston, *International Human Rights in Context...*, pág. 1000.

7 Robertson, *Crimes Against...*, págs. 76-77. El autor británico indica que tanto Francia como España, así como varias de sus ex colonias en África y América, incorporan automáticamente los tratados internacionales de derechos humanos, desde el momento mismo de la ratificación por parte del órgano ejecutivo, por lo que el autor también considera que se convierten en “*part of the national law*”. A diferencia de lo que sucede en la mayoría de los países de América, en Gran Bretaña y las demás naciones del Commonwealth, que son dualistas, la ratificación como una decisión ejecutiva, no tiene efectos a menos que el Parlamento incluya el tratado con un acto legislativo expreso, con el fin de que se convierta en ley local. No obstante, el autor afirma que los tribunales británicos aplican directamente “*the law of the nations*” y los principios derivados de los tratados de derechos humanos como integrantes de la “costumbre internacional”.

8 Desde hace tiempo, tribunales de muchos países como Inglaterra y los Estados Unidos, han alcanzado los mayores avances jurisprudenciales reconociendo como regla internacional que “*international law is a part of the law of the land*”, es decir, que el derecho internacional es parte del derecho del país. En los Estados Unidos, se debe al famoso juez de la Suprema Corte, J.C. Marshall, la presencia del mismo principio, “*international law is a part of the law of the land*”, en varios asuntos importantes que vinieron a la jurisdicción de ese tribunal. Sepúlveda, *Derecho internacional...*, págs. 69-71.

y acepta la incorporación automática de los instrumentos internacionales dentro del elenco de normas en el ordenamiento jurídico interno. Lo que resulta insoslayable es que, a diferencia del derecho internacional público clásico, el derecho internacional de los derechos humanos no rige exclusivamente la relación entre los Estados, sino **dentro de los Estados**.

Una vez que las Constituciones nacionales incorporan como derecho dentro de los Estados, los tratados internacionales de derechos humanos, es importante conocer con qué nivel jerárquico ingresan estos en el ordenamiento jurídico interno.

Jerarquía de los instrumentos incorporados dentro del ordenamiento jurídico interno

El tema de la jerarquía con la que se incorporan los tratados internacionales de derechos humanos tampoco es resuelto por lo dispuesto en el derecho internacional, sino que, una vez más, son las propias constituciones nacionales las que indefectiblemente definen de qué modo ingresan aquellos en el ordenamiento jurídico interno. Huelga decir que la ubicación jerárquica de los instrumentos internacionales de derechos humanos es un factor de extrema importancia en el momento de solicitar la aplicación de ese derecho ante los tribunales domésticos y para que estos puedan interpretarlo y aplicarlo debidamente.

Conviene recordar que uno de los postulados de la seguridad jurídica en cualquier ordenamiento jurídico, es la clarificación de una graduación o jerarquía normativa, a partir de los enunciados constitucionales de cada Estado, y teniendo en cuenta los poderes sociales de los que emanan. A partir de dichas consideraciones en las que se sustenta el derecho, la consecuencia obligada de una ordenación jerárquica, es el sometimiento de las normas inferiores a las superiores, superioridad que se manifiesta o debe manifestarse en la inconstitucionalidad o ilegalidad de aquellas normas que contradigan lo que dispone una norma de rango superior, por lo cual la norma superior ejerce una especie de función controladora sobre las inferiores. Sin perjuicio de lo anterior, luego se analizará que en la aplicación de las normas de derechos humanos, se pueden considerar algunas leves correcciones a esta regla, a partir de la aceptación paulatina, en el derecho internacional de los derechos humanos, del denominado principio *pro homine*.

Siguiendo los lineamientos expuestos por varios juristas reconocidos y diversos estudios sobre este tema⁹, se puede afirmar que las constituciones nacionales de los países americanos incorporan y jerarquizan los instrumentos internacionales de cuatro maneras diferentes: derecho internacional de los derechos humanos que puede modificar la Constitución (supraconstitucional); derecho internacional de los derechos humanos equiparado a la Constitución (constitucional); derecho internacional de los derechos humanos por debajo de la Constitución, pero por encima de las leyes nacionales (supralegal); y derecho internacional de los derechos humanos equiparado a las leyes nacionales (legal). A continuación se propone un breve análisis de cada uno de estos sistemas, considerando las más recientes reformas constitucionales en algunos países de América Latina.

1. Supraconstitucional

En estos sistemas, los tratados internacionales de derechos humanos prevalecen por encima de la constitución nacional, debido a que son los propios textos constitucionales los que disponen tal solución. Esto hace que los tratados rijan aun oponiéndose a la propia Constitución. Este modelo es seguido, entre otras, por la Constitución de Guatemala, la de Honduras y también parece ser la línea adoptada por la nueva Constitución de Venezuela.

El artículo 46 de la Constitución de Guatemala de 1985 dispone “La preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”.

Los artículos 16,17 y 18 de la Constitución de Honduras de 1982 establecen que los tratados contrarios a la Constitución exigen su

9 Puede consultarse Rodríguez, Diego, Claudia Martín y Tomás Ojeda Quintana, “La dimensión internacional de los derechos humanos”, en *Guía para la aplicación de normas internacionales en el derecho interno*, Washington DC, Banco Interamericano de Desarrollo y American University, 1999, págs. 87-97; Sagues, Néstor Pedro, “Mecanismos de incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos, al derecho interno”, en *Retos a la judicialización en el proceso de verdad, justicia, reparación y reconciliación*, Lima, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos -CNDDHH-, 1993, págs. 87-95; *Guía sobre la aplicación del derecho internacional...*, págs. 33-42. Un excelente trabajo acerca del constitucionalismo latinoamericano frente al derecho internacional de los derechos humanos, con un metodológico análisis del tipo de cláusulas constitucionales latinoamericanas relativas a los derechos humanos, puede encontrarse en: Dulitzky, “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos...”, págs. 33-74.

aprobación por el procedimiento de reforma constitucional. El artículo 16 dispone que forman parte del derecho interno. El artículo 17 determina que cuando un tratado internacional afecte una disposición constitucional, debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución antes de ser ratificado por el Poder Ejecutivo. Por su parte, el artículo 18 expresa que en caso de conflicto entre el tratado o convención y la ley, prevalecerá el primero.

El artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos, sin embargo, también parece establecer la supraconstitucionalidad¹⁰ al instaurar que “prevalecen en el ordenamiento interno, en la medida que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las instituidas por esta Constitución [...]”.

Los efectos que aparejaría el carácter supraconstitucional de los tratados internacionales de derechos humanos serían que, en caso de que se suscitara un conflicto ideológico y/o normativo con la constitución nacional, esta cláusula constitucional sería inválida. En cuanto a la armonización entre ambas fuentes, los preceptos constitucionales deberían ser interpretados según el contenido normativo e ideológico del tratado internacional de derechos humanos que le precede jerárquicamente.

2. Constitucional

Con este modelo, las constituciones nacionales colocan los tratados internacionales de derechos humanos en la misma jerarquía normativa de constitución. Es esta la que concede a los tratados el rango constitucional, el máximo rango dentro del ordenamiento jurídico interno de un país. La Constitución de Argentina y la de Brasil son las que adoptan esta modalidad, sin perjuicio de la interpretación que se haga a la de Perú de 1993.

El artículo 75 (22) de la Constitución argentina de 1994, consagra que los tratados tienen jerarquía superior a las leyes, y los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos enumera-

¹⁰ Importantes defensores de derechos humanos lo han expresado refiriéndose a los tratados: “[...] todos aquellos debidamente suscritos forman parte de la legislación interna, conforme a lo establecido en el artículo 23; incluso prevalecen sobre la Constitución en razón del principio de progresividad”. Correa, Carlos, “Democracia, libertad de expresión y procesos electorales”, en *Prensa y elecciones. Experiencias de América Latina*, Caracas, Instituto Prensa y Sociedad, 2004, pág. 126.

dos expresamente, tienen jerarquía constitucional. Incluso, la Constitución prevé de qué modo deben sancionarse los nuevos tratados de derechos humanos en el futuro, a efectos de que revistan la jerarquía constitucional¹¹.

Los artículos 4 y 5 de la Constitución brasileña de 1988 recogen los tratados internacionales de derechos humanos como elenco de derechos constitucionalmente protegidos. El artículo 4 establece “A Republica Federativa do Brasil rege-se nas suas relacoes internacionais pelos seguintes princípios: II. Prevalencia dos direitos humanos” Por su parte, el artículo 5.2 consagra: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a Republica Federativa do Brasil seja parte”. Prestigiosos autores¹² consideran que la Constitución confiere naturaleza constitucional y que por otra parte, son inmediatamente exigibles en el orden jurídico interno, sin depender de un acto adicional del Poder Legislativo, como sucede con otros tratados que no se refieren a la protección de los derechos humanos.

11 Artículo 75. Corresponde al Congreso: 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional. Constitución de la República Argentina del 22 de agosto de 1994.

12 Caçado Trindade, Antônio Augusto, “Direito internacional e direito interno: Sua interação dos direitos humanos”, San José, Costa Rica, 1996. <http://www.dhnet.org.br/direitos>. Versión revisada el 19 de julio de 2004. Piovesan, Flávia, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, São Paulo, Max Limonad, 1996, pág.111. Flain dos Santos, Vanessa, “Tratados de direitos humanos e direito interno”, en revista *Âmbito Jurídico*, 2002. De Oliveira Massuoli, Valério, “Direitos humanos e relações internacionais: status do tratado internacional na ordem jurídica interna”, en *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, vol. 21, 2001, pág. 61.

El artículo 55 de la Constitución de Perú de 1993 establece que “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor, forman parte del derecho nacional” y a pesar de que la redacción dada por la nueva Constitución es “peor” que la dada por la Constitución de 1979, la doctrina peruana entiende que los tratados sobre derechos humanos mantienen la jerarquía constitucional e, incluso, hasta podrían tener jerarquía supraconstitucional¹³.

Los efectos de esta equiparación constitucional se producirían en caso de que no exista oposición; cabe resolver si la constitución debe interpretarse con criterios nacionales o internacionales. Si existieran ciertas oposiciones menores, podría compatibilizarse con el principio *pro homine*, cada vez más aceptado. Igual solución se daría en caso de que debiera cotejarse o armonizarse un tratado de derechos humanos con otro tratado “constitucionalizado” de derechos humanos.

En el orden práctico, la cuestión más importante sería que se diera una oposición entre un tratado de derechos humanos con rango constitucional y una ley nacional. En ese caso, la ley nacional que se oponga al tratado resultaría inválida. Respecto a la armonización, la ley debe ser interpretada normativa e ideológicamente conforme al tratado internacional de derechos humanos. Todo esto hace que la ley deba pensarse, interpretarse y aplicarse con la filosofía jurídico-política del tratado de derechos humanos.

3. Supralegal

Cuando la jerarquía adoptada por la Constitución es la denominada supralegal o subconstitucional de primer grado, los tratados internacionales de derechos humanos no pueden modificar la constitución, porque se hallan por debajo de esta, pero sí prevalecen sobre las leyes nacionales. Ejemplos como los de Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Colombia o Paraguay son suficientemente elocuentes al respecto.

El artículo 7 de la Constitución de Costa Rica de 1949, con la reforma de 2001, determina que los tratados tienen “autoridad superior a las leyes”.

Los artículos 163 y 274 de la Constitución de Ecuador de 1998 establecen que los tratados internacionales “forman parte del

13 Bazan Chacón, Iván, “Aplicación del derecho internacional en la judicialización de violaciones de derechos humanos”, en *Para hacer justicia. Reflexiones en torno a la judicialización de casos de violaciones de derechos humanos*, Lima, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2004.

ordenamiento jurídico y prevalecerán sobre las leyes y otras normas de menor jerarquía”. Asimismo, el artículo 18 de la Constitución instituye que los derechos y las garantías determinados en la Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad.

El artículo 144 de la Constitución de El Salvador de 1983, establece que “la ley no podrá modificar o derogar un tratado”: “en caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado”.

Por su parte, el artículo 93 de la Constitución de Colombia de 1991, establece que los tratados de derechos humanos prevalecen en el orden interno. Los derechos deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia.

Finalmente, el artículo 137 de la Constitución de Paraguay de 1992 consagra que “La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado”. Por otra parte, el artículo 141 agrega que “Los tratados internacionales válidamente celebrados [...] forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el artículo 137”.

Los efectos del carácter supralegal de los tratados de derechos humanos serían los siguientes:

- Un tratado podría ser reputado inconstitucional, en caso de oponerse a la constitución nacional.
- Los tratados deben interpretarse de conformidad con las reglas constitucionales.
- La ley nacional no puede derogar o modificar un tratado ratificado; aun siendo posterior, adolecería de inmediata invalidez, dada la jerarquía prevalente del tratado. De aceptarse el principio *pro homine*, una ley posterior, aun con una jerarquía inferior a un tratado, se puede aplicar con prevalencia, en tanto establezca o consagre protecciones más favorables a las personas que las consignadas en el tratado internacional. Esta ley posterior

más favorable, no deroga formalmente al tratado internacional, pero podría hacerlo inaplicable en razón de su carácter más protector, independientemente de su jerarquía inferior. Como se verá más adelante, la mayoría de las veces son los propios tratados los que permiten expresamente este extremo.

- La ley nacional debe interpretarse de acuerdo con los tratados de derechos humanos ratificados. Debe existir armonización entre la ley y las líneas ideológicas y normativas del tratado.

4. Legal

Con esta modalidad se conoce cuando la Constitución dispone que los tratados internacionales de derechos humanos tienen el mismo rango que la ley interna. En ese sentido, los ejemplos que podrían considerarse serían los de la Constitución de los Estados Unidos de América, de Uruguay y, posiblemente, de México, aunque este último tiene un fallo interpretativo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que la colocaría en el grupo anterior.

El artículo VI.2 de la Constitución de los Estados Unidos dispone que “todos los tratados, así como la Constitución y las leyes, serán ley suprema del país”. La jurisprudencia la equipara a las leyes federales, por lo que una ley federal posterior, contraria a un tratado internacional de derechos humanos ratificado, podría hacer inaplicable o inválido al tratado anterior. En general, los jueces norteamericanos tienden a conciliar los contenidos de los tratados de derechos humanos y las leyes federales internas¹⁴.

El artículo 6 de la Constitución de Uruguay de 1966 hace referencia a los tratados internacionales y al derecho internacional, sin disponer expresamente la jerarquía dentro del ordenamiento jurídico interno. Son la doctrina y la jurisprudencia las que equiparan los tratados internacionales a la jerarquía de ley.

El artículo 133 de la Constitución de México, establece: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión”. Este artículo parece tener una redacción algo similar a la de los Estados Unidos,

14 Sobre el sistema de tratados de derechos humanos en los Estados Unidos, los efectos de su ratificación, los efectos de la reserva con varios casos concretos, ver Steiner y Alston, *International Human Rights in Context...*, págs. 1022-1078.

no obstante, una interpretación relativamente reciente la colocaría en el grupo de países que ubican a los tratados internacionales por debajo de la Constitución, pero por encima de las leyes. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, de noviembre de 1999 (tesis P. LXXVII/99, Semanario Judicial de la Federación, t. X) interpreta que en virtud del artículo 133 de la Constitución, los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima de la ley federal y local. Para la SCJN, sólo la Constitución es la Ley Suprema a la que hace referencia el artículo 133. La SCJN abandonó la tesis que había sustentado desde 1992 (Tesis P. C/92 de diciembre de 1992), de la equiparación entre los tratados y las leyes federales¹⁵.

Las consecuencias de la modalidad de equiparación legal serían las siguientes:

- El tratado internacional de derechos humanos se encuentra por debajo de la Constitución, y debe interpretarse de acuerdo con esta.
- Un tratado posterior derogaría a una ley anterior, excepto que la ley sea más protectora, en cuyo caso debería seguir siendo aplicada. Al igual que lo enunciado precedentemente, la mayoría de las veces son los propios tratados los que permiten expresamente este extremo. En cambio, si la ley es menos protectora, se aplicaría directamente el tratado internacional más favorable.
- Una ley posterior podría pretender derogar el tratado de derechos humanos anterior en caso de que se opongan. En el caso de que la ley posterior reduzca los niveles de protección consagrados en el tratado internacional, y este no fuera aplicado en virtud de la posterioridad de la ley, el Estado estaría haciéndose responsable internacionalmente por ello. Una decisión legislativa interna que hiciera inaplicable un tratado, requeriría de una denuncia internacional del tratado, a efectos de evitar cualquier responsabilidad internacional. En caso de que esta ley posterior sea más favorable, formalmente no deroga al tratado internacional, pero podría hacerlo inaplicable en razón de su carácter más protector, en cuyo

15 Sobre la incorporación del derecho internacional en México, puede verse Barrena, Guadalupe y Carlos Montemayor, "Incorporación del derecho internacional en la Constitución Mexicana", en *Derechos Humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, vol. III, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001. También en este trabajo se puede encontrar un análisis sobre la costumbre internacional y las decisiones de los tribunales internacionales como fuentes a incorporar en el ordenamiento interno mexicano.

caso operan las reglas de la temporalidad y del carácter más protectorio de la ley.

- Los jueces podrían llegar a interpretar los tratados de derechos humanos con un espíritu internacional o nacional.

Operatividad de los instrumentos internacionales incorporados

Resueltos los problemas de la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos y su ubicación jerárquica dentro del ordenamiento interno, queda por analizar si los instrumentos internacionales de derechos humanos en cuestión tienen la suficiente precisión como para ser aplicados en los tribunales domésticos.

Este tema ha sido resuelto años atrás en el ámbito del derecho internacional público, donde se elaboró el concepto clave de la autoejecutabilidad o autoaplicabilidad para decidir si una cláusula o norma de un instrumento internacional tiene vocación de incorporación automática o si, por el contrario, puede requerir de un acto jurídico de transformación posterior. Resolver este punto es particularmente indispensable para cualquier intento de aplicación de las estipulaciones de un tratado que pueda invocar un particular ante un juez de jurisdicción interna.

Estudiosos de esta materia¹⁶ han indicado que para que una norma sea autoejecutable o *self executing*, se requieren dos condiciones. Primera: que de la disposición del tratado se derive directamente un derecho o una pretensión en favor de un individuo que comparece ante un juez solicitando su aplicación, para lo cual resulta

16 Jiménez de Arechaga, Eduardo, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n. 7, San José, Costa Rica, 1988. En el estudio publicado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, se concluye que una norma de origen internacional que haya sido incorporada al orden interno puede ser invocada para exigirse su cumplimiento cuando es autoejecutable, es decir, si: a) establece un derecho de un modo claro y específico; b) contiene los elementos necesarios para que un juez aplique tal derecho al caso concreto, sin necesidad de que una norma secundaria o reglamentaria complete la primera, a los efectos de que pueda ser aplicada y resulte garantizado el derecho internacionalmente reconocido. Ver, entre diversos trabajos, *Guía sobre la aplicación del derecho internacional en la...*, pág. 50. Sobre este tema también puede verse Sepúlveda, César, "La autoridad de los tratados internacionales en el derecho interno", en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado*, n. 45, III, México, 1962, págs. 511-519. Sobre el carácter autoejecutable de la Convención Interamericana de Derechos Humanos de 1969, puede consultarse Cançado Trindade, "Direito internacional e direito...", así como "La dimensión internacional de los derechos humanos", en *Guía para la aplicación...*, págs. 99-101.

extremadamente importante la forma de redacción de la norma en cuestión. Segunda: que la regla sea lo suficientemente específica como para ser aplicada judicialmente, sin que su ejecución se subordine a un acto legislativo o administrativo subsiguiente.

En suma, resulta indispensable que la disposición del tratado tenga una redacción que la haga susceptible de aplicación inmediata y directa, sin el requerimiento de una acción jurídica complementaria para lograr su implementación o exigibilidad.

También se ha hablado de una presunción de autoejecutabilidad en algunos casos¹⁷. Asimismo, se ha considerado que cuando pasa el tiempo sin que el Poder Ejecutivo ni el Poder Legislativo soliciten o sancionen una ley, bien podría ser considerada por un juez como autoejecutable o de no entenderlo así, como un incumplimiento estatal con innumerables consecuencias jurídicas¹⁸.

Sin perjuicio del desarrollo teórico del derecho internacional público, es muy importante considerar que en materia de tratados de derechos humanos, los objetivos y las razones difieren de los demás tratados internacionales de otras disciplinas. Los tratados de derechos humanos tienen como objetivo reconocer derechos y libertades fundamentales a favor de los individuos.

El objetivo no es regular las relaciones entre los Estados Partes. El derecho internacional de los derechos humanos “regula las relaciones entre el individuo y el Estado, imponiendo determinadas obligaciones a este último[...]¹⁹.”

17 En efecto, en los Estados Unidos se había aceptado una teoría de un abogado del Departamento de Estado, Hackworth, que entendía que una disposición de un tratado es ejecutable por sí misma, a menos que contenga una estipulación expresa de ejecución por medio de una ley.

18 En derecho internacional se reconoce la responsabilidad del Estado por actos del Poder Judicial: a) cuando por sí mismos causan un ilícito internacional, cuando aplican mal un tratado o una costumbre internacional, o cuando aplicando el derecho interno lo hacen de manera de violar una norma internacional que se deba cumplir, y b) cuando cometen la figura clásica de “denegación de justicia”. Sepúlveda, *Derecho internacional...*, pág. 242.

19 Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, págs. 28-29. Para afirmar este razonamiento, una Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 24 de septiembre de 1982 estableció: “los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad,

También la Opinión Consultiva 7 de la Corte Interamericana dispuso que no resulta suficiente que un artículo haga referencia a la ley, para que pierda autoejecutividad. Para que ello ocurra es necesario que la realidad y vigencia del propio derecho queden expresamente encomendadas por el precepto al dictado de una ley o de medidas complementarias. Las cuestiones administrativas pendientes, no hacen perder la ejecutabilidad de una norma internacional que consagra un derecho.

Si un juez nacional resuelve sin fundamentos jurídicos verosímiles que una norma derivada de un tratado internacional de derechos humanos no es autoejecutable por sí misma, ese acto judicial podría llegar a revelar una violación internacional. Siempre es importante recordar que el Estado debe no sólo respetar, sino también garantizar el libre ejercicio de los derechos humanos, por lo que no puede negar a los individuos el necesario amparo jurisdiccional para exigir el cumplimiento de un derecho que le es inherente a su persona. Queda claro que al ratificar un tratado de derechos humanos, el Estado se encuentra en la obligación de prevenir, investigar y sancionar violaciones, así como de organizar instituciones que efectivamente cumplan con ese cometido.

Aplicación e interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en los tribunales nacionales

Incorporado el tratado internacional de derechos humanos por la Constitución del Estado, definida su jerarquía, consentida su autoejecutabilidad, sólo resta que el derecho o los derechos consagrados en el tratado se hagan exigibles y aplicables por un juez nacional. Desde este punto, se ingresa en el ámbito de la interpretación y la aplicación del tratado internacional de los derechos humanos por parte de un juez dentro de la jurisdicción del Estado. La aplicación de estas normas se rige, en esencia, por las mismas reglas por las que se conduce la aplicación del derecho en general, reglas entre las cuales ocupan un lugar destacado las de carácter interpretativo internacional y nacional que se analizarán seguidamente, además de ciertas normas de hermenéutica o de interpre-

tanto frente a su propio Estado, como frente a los otros contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”.

tación particulares, que inspiran al derecho internacional de los derechos humanos.

Al ingresar en el ámbito de la interpretación y aplicación del derecho de fuente internacional, en primera instancia el juez nacional debe tener en cuenta dos disposiciones de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969.

El artículo 27 sobre el derecho interno y la observancia de los tratados de la mencionada Convención, dispone “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. En tanto el artículo 29 sobre el ámbito territorial de los tratados establece “Un tratado será obligatorio por cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una disposición diferente se desprenda de él o conste de otro modo”. Estas son dos reglas básicas, generales y previas que los jueces deben considerar en el momento de la aplicabilidad de un tratado internacional, y que deben tratar de hacer que armonicen con las reglas tradicionales de aplicación e interpretación del derecho.

1. Reglas tradicionales de aplicación e interpretación del derecho

Sin perjuicio de lo anterior, al incorporarse el tratado como parte del derecho dentro del Estado, y atendiendo a una determinada jerarquía dada por la propia Constitución, el juez siempre está en condiciones de analizar las reglas tradicionales para aplicarlas en el ordenamiento jurídico interno, es decir, las clásicas reglas de la **jerarquía** y la **temporalidad** de las fuentes, que a los efectos ilustrativos se describen someramente.

En el caso de que haya **conurrencia** de normas de distintas fuentes y que estén simultáneamente vigentes, el juzgador debe aplicar la de mayor jerarquía, por lo que, frente a un caso de “vigencia simultánea” de normas de distinto rango, predomina la que cuenta con mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico.

En el caso que se produzca una sucesión de normas opuestas del mismo rango, capaces de sustituirse o derogarse expresa o tácitamente entre ellas, el juzgador debe aplicar aquella que sea posterior en el tiempo, o en otras palabras, frente a un caso de “vigencia sucesiva” de normas opuestas o contradictorias, predomina aquella que haya sido sancionada con posterioridad en el tiempo.

Por otra parte, el juez nacional debe tener en cuenta las consecuencias que se derivan de la elección jerárquica de los tratados internacionales, pero siempre debe entenderla de acuerdo con las normas de interpretación de los tratados que finalmente son la fuente directa.

Los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969 establecen reglas mínimas de interpretación de los tratados internacionales, que en cualquier caso deben ser tenidas en cuenta. En efecto, el artículo 31 establece que “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”; y agrega: “Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además, de texto, incluidos su preámbulo y anexos”²⁰.

En suma, el juez nacional cuenta con reglas de interpretación derivadas de los propios tratados internacionales en general, de los tratados internacionales de derechos humanos, como se verá seguidamente, y con reglas del derecho interno, todo lo cual debe procurar armonizar un modo lógico y sistemático.

2. Principio *pro homine* en derechos humanos

Sin perjuicio de las reglas tradicionales de interpretación y aplicación de las fuentes de derecho tanto de orden interno como internacional enunciadas sucintamente, conviene subrayar que en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos importa tener en cuenta una regla que está orientada a privilegiar, preferir, seleccionar, favorecer, tutelar y, por lo tanto, a adoptar la aplicación de la norma que mejor proteja los derechos fundamentales del ser humano.

En el ámbito del derecho internacional, el propio artículo 31 de la Convención de Viena²¹, permite fundamentar lo que se ha denominado o puede denominarse el **principio *pro homine***²², cada

20 De manera secundaria, el artículo 32 dispone que “Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”.

21 Sobre la interpretación de los tratados de derecho internacional general, de acuerdo con la Convención de Viena, puede verse Vázquez, *Derecho internacional...*, págs. 212-213.

22 Sobre el principio *pro homine*, puede verse Cançado Trindade, “Direito internacional e direito...”; en este ensayo, el prestigioso profesor brasileño lo

vez más aceptado por los estudiosos del derecho internacional de los derechos humanos, incluso reconocido como parte de la lógica y la principiología propias del derecho internacional de los derechos humanos²³. En ese sentido, se ha subrayado que “la invocación y el uso de la norma más protectora son perfectamente aceptados, en la doctrina acerca de la defensa judicial en derechos humanos, debido al objetivo garantista que orienta la materia”²⁴.

En sentido análogo se ha expresado que este principio se puede considerar como “[...] un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos [...] Este principio coincide con el rango fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estará siempre a favor del hombre”²⁵.

En efecto, de acuerdo con el artículo 31.1 de la Convención de Viena, la interpretación debe tener en cuenta el objeto y fin del tratado y es aquí donde debe recordarse que los tratados sobre derechos humanos tienen como objeto y fin, el conferir derechos a los individuos frente al Estado y no regular las relaciones entre los Estados como lo hace el “derecho de gentes”²⁶.

Además de lo establecido en la Convención de Viena, aplicable con carácter general en el derecho internacional, y de lo que dispo-

denomina de la “Primazía da Norma Mais Favorável as Vitimas” y muestra un extenso fundamento en textos internacionales sobre derechos humanos, de carácter universal, americano y europeo. Pinto, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, 1997, pág. 163. Rodríguez Rescia, Víctor M., “El sistema internacional de las Naciones Unidas y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos: su relación con el derecho interno”, en *I Conferencia Nacional sobre Derechos Humanos*, ASIES, IDHUSAC, IIJ/URL, PNUD, Guatemala, 2002, págs. 523-525. Bazan Chacón, “Aplicación del derecho internacional en la judicialización...”, págs. 27-28.

23 Piovesan, Flávia, “Derechos sociales, económicos y culturales y derechos civiles y políticos”, en *Sur, Revista Internacional de Derechos Humanos*, n. 1 (edición en español), San Pablo, Brasil, Red Universitaria de Derechos Humanos, 2004, pág. 25.

24 Sobre este punto puede verse *Guía sobre la aplicación del derecho internacional...*, pág. 56.

25 Pinto, “El principio *pro homine*. Criterios de...”, pág. 163.

26 En ese sentido, prestigiosos especialistas en derecho internacional público afirman que el derecho internacional moderno ya no se ocupa exclusivamente de las relaciones políticas entre las naciones, sino que también tiende a procurar la justicia social a todos los hombres. Sepúlveda, *Derecho internacional...*, pág. 340.

nen muchas constituciones nacionales²⁷, son varios los instrumentos internacionales de derechos humanos que consagran expresamente la regla de interpretación *pro homine*, tanto en el ámbito universal, como en el propio sistema interamericano de estos derechos. Sin pretender presentar una enumeración detallada y exacta de las normas internacionales, y a modo de ejemplo, se pueden citar las siguientes disposiciones de algunos de estos instrumentos internacionales de carácter universal:

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16/12/1966), artículo 5: “Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (18/12/1979), artículo 23: “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a disposición alguna que sea más conducente al logro de la igualdad entre hombres y mujeres y que pueda formar parte de: a) la legislación de un Estado Parte; o b) cualquier otra convención, tratado o acuerdo internacional vigente en ese Estado”.
- Convención sobre los Derechos del Niño (20/11/1989), artículo 41: “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) el derecho de un Estado Parte; o b) el derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado”.

27 Las constituciones nacionales desempeñan un papel fundamental para cimentar internamente la aplicación del principio *pro homine*; no obstante, abordar metodológicamente este extremo requeriría de mayor atención, de un extenso análisis particular, que rebasaría los objetivos del presente trabajo. A mero título de ejemplo, en la Constitución de Perú de 1993, se consagra el principio *pro homine* en el mismo artículo 1 que establece: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”. Bazan Chacón, “Aplicación del derecho internacional en la judicialización...”, pág. 27.

- Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión (resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988), principio 3: “No se restringirá o menoscabará ninguno de los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Conjunto de principios no reconoce esos derechos o los reconoce en menor grado”.
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (10/12/1984), artículo 1.2: “El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance”.
- Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992), artículo 21: “Las disposiciones de la presente Declaración son sin perjuicio de las disposiciones enunciadas en la Declaración Universal de Derechos Humanos o en cualquier otro instrumento internacional y no deberán interpretarse como una restricción o derogación de cualquiera de esas disposiciones”.

También en el ámbito del sistema interamericano, los instrumentos internacionales de alcance regional, reconocen y consagran el principio de interpretación *pro homine*. A continuación se enuncian algunos.

- Convención Americana sobre Derechos Humanos (22/11/1969), artículo 29: “Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a. Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b. Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c. Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d. Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (9/06/1994), artículo XV: “Nada de lo estipulado en la presente Convención se interpretará en sentido restrictivo de otros tratados bilaterales o multilaterales y otros acuerdos suscritos entre las partes”.
- Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (7/06/1999), artículo VII: “No se interpretará que disposición alguna de la presente Convención restrinja o permita que los Estados Partes limiten el disfrute de los derechos de las personas con discapacidad reconocidos por el derecho internacional consuetudinario o los instrumentos internacionales por los cuales un Estado Parte está obligado”.

De la lectura de estos instrumentos internacionales resulta evidente que el objetivo primordial es reconocer derechos al ser humano, por lo que la interpretación debe hacerse a favor del individuo, o en otras palabras, debe hacerse aquella que mejor proteja al individuo o la víctima de una violación a sus derechos humanos. Este principio de interpretación *pro homine*, debe ser inspirador del derecho internacional de los derechos humanos y representar una fundamental e indispensable regla de hermenéutica en el momento de la aplicación de los tratados internacionales de los derechos humanos por los tribunales internos.

Este principio se basa en que los derechos inherentes a la persona humana reconocidos por la conciencia jurídica universal, deben ser protegidos frente al accionar ilegítimo del Estado, así como frente a la institucionalidad estatal, a sus agentes, empleados, funcionarios o servidores públicos, las cadenas de mando, los grupos clandestinos e irregulares a su servicio, así como la red de relaciones institucionales que favorecen, permiten o amparan las violaciones de derechos en un escenario de impunidad.

Si en otras ramas de derecho existen reglas de hermenéutica similares a la que se expone aquí –tales como la civilista del *favor debitoris*, la penalista del *in dubio pro reo*, la laboral del *in dubio pro operario*– mucho más sentido tiene el principio de interpretación *pro homine*, cuando de lo que se trata no es de estar en desventaja frente a otro particular o frente a un empresario, sino de la desigualdad existente entre un individuo y el propio Estado, para hacer valer nada más y nada menos, que sus derechos humanos fundamentales como

soporte indispensable y excluyente de todos los otros derechos del ser humano.

Resulta claro que en el ámbito de los derechos humanos no puede regir la regla *in dubio pro reo*, propia del derecho penal, debido a que el responsable directo o indirecto de la violación es un agente del Estado que precisamente está llamado a proteger los derechos de las personas y que por otra parte, y lo que es más delicado aun, puede servirse de todo o parte de la institucionalidad estatal para favorecer su impunidad. Debe señalarse que el principio *pro homine* ha sido aceptado por tribunales domésticos como una regla de hermenéutica para entender los derechos humanos²⁸. Luego de esto, resta analizar cómo desde nuestro punto de vista se manifiesta o de qué modo se puede aplicar esta regla de hermenéutica propia de nuestra disciplina.

3. Formas de aplicación del principio *pro homine*

En virtud de lo que establecen los instrumentos internacionales de derechos humanos anteriormente citados, se puede afirmar que esta regla interpretativa *pro homine* podría manifestarse, o ser aplicada de diferentes maneras, como un útil instrumento tanto para el juzgador del caso concreto, como para el resto de los operadores jurídicos, como el agente fiscal, el defensor público o el abogado.

Siguiendo lineamientos análogos derivados de otras disciplinas jurídicas²⁹, e intentando proponer una sistematización metodológica

28 Al igual que ocurre con el análisis del fundamento del principio *pro homine* en las constituciones nacionales, lo que rebasaría el objetivo de este trabajo, resulta de extremo interés hacer una recopilación de los fallos emitidos por los tribunales nacionales de las Américas, en cuanto a la aceptación de los tratados de derechos humanos incorporados en general, y del principio *pro homine* en particular. En el caso de Perú, un reciente fallo del Tribunal Constitucional (29/01/2003) lo recoge expresamente. Bazan Chacón, “Aplicación del derecho internacional en la judicialización...”, págs. 27-28.

29 En el ámbito del derecho laboral, se ha desarrollado el denominado principio protector, como una regla de interpretación y aplicación, tanto para fuentes derivadas del derecho interno, como para las que provienen del derecho internacional, en particular, los convenios internacionales de trabajo de la OIT. Sobre el desarrollo y las reglas de aplicación de este principio, que en puridad tiene similares fundamentos que los del derecho internacional de los derechos humanos, debe verse Pla Rodríguez, Américo, *Los principios del derecho del trabajo*, Buenos Aires, Editorial De Palma, 1978. Sobre la vigencia sucesiva y temporal del derecho interno y su articulación con el derecho internacional del trabajo, puede consultarse: Henderson, Humberto, “La conservación de las condiciones más favorables: amparo, ajuste o eclipse de un criterio fundamental”, en *Jornadas Uruguayas-Santafesinas*, Santa Fe, Argentina, 1997, págs. 439-449.

que favorezca la aplicación de este principio, se podría consentir que el principio *pro homine* se manifiesta de tres maneras diferentes, o lo que es lo mismo, se traduce en tres reglas que podrían ser denominadas: la aplicación de la norma más protectora, la conservación de la norma más favorable y la interpretación con sentido tutelar.

a) Aplicación de la norma más protectora

Una de las formas es emplear la regla de interpretación *pro homine*, cuando a una determinada situación concreta, le es posible aplicar dos o más normas vigentes, nacionales e internacionales, cualquiera que sea su jerarquía. Con esta regla, el juez y el intérprete deben seleccionar de entre varias normas concurrentes, y elegir aquella que contenga protecciones mejores o más favorables para el individuo o la víctima en relación con sus derechos humanos.

Similar a lo que existe en otras disciplinas, aquí se trata de que la norma de derechos humanos que mejor protege a la persona, prevalezca sobre otra de igual, inferior o incluso de superior rango y sea aplicada en tanto más protectora del derecho o de los derechos fundamentales del ser humano. Ello significa que la tradicional regla de la jerarquía cedería frente al carácter más favorable de otra norma, aun de jerarquía inferior, en el caso que mejor proteja al ser humano.

Con esta regla no puede plantearse un problema de “ilegalidad” al aplicar una norma inferior, dado que es la misma norma de rango superior (tratados internacionales de derechos humanos ratificados) los que expresamente permiten la aplicación de aquella otra norma, en tanto más protectora. Esto puede darse entre dos normas de fuente internacional o una norma internacional con una nacional, en virtud de lo que consagran los propios tratados internacionales de derechos humanos.

Indudablemente que si la norma de rango inferior consagra menor protección, el juzgador debe volver a aplicar la regla tradicional de la jerarquía y disponer el cumplimiento de la norma superior, sea una ley, sea un tratado, en tanto conceda mayores reaseguros a las personas en el ejercicio de sus derechos humanos. Son las reglas de la norma más protectora y la jerarquía las que operan en este proceso de interpretación y aplicación del derecho.

Es importante subrayar que aquí no está en juego un problema de derogación como abrogación, sino de aplicabilidad e interpretación de distintas fuentes de igual o diferente rango. Todo ello, sin

perjuicio de los tradicionales problemas técnicos³⁰ que apareja calificar una norma como más protectora de los derechos humanos, en el momento de compararla con otra.

Esta aplicación del principio puede verse, entre otras, en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984).

b) Conservación de la norma más favorable

También a partir de los instrumentos internacionales, el principio *pro homine* actúa como una regla de interpretación y aplicación, en el caso de sucesión de normas, esto es, cuando una norma posterior tiene vocación para desaplicar o derogar una norma anterior de igual o inferior jerarquía de manera expresa o tácita. A deferencia de la regla anterior, en este caso se ingresa en el terreno de la temporalidad.

En virtud de esta regla del principio *pro homine*, una norma posterior no derogaría o desaplicaría otra anterior, independientemente de su jerarquía, en tanto la anterior consagre protecciones mejores o mayores que deben conservarse para las personas. Una vez más, importa señalar que las propias normas internacionales disponen expresamente que aunque las normas sean posteriores, en el momento de ser ratificadas no derogan otras disposiciones nacionales o internacionales anteriores que establezcan protecciones más favorables al ser humano, dejan de lado las reglas de la jerarquía y la temporalidad, y consagran la conservación de las normas que mejor protegen.

Con esta segunda manifestación del principio, es la regla tradicional de la temporalidad la que adolece de leves variaciones, en tanto los propios tratados internacionales de derechos humanos lo habilitan expresamente y no entra en juego un problema de derogación o abrogación.

Esta regla puede provocar algunas dificultades adicionales, en caso de que se considere la vigencia sucesiva de dos normas de derecho interno, como por ejemplo, dos leyes de igual rango.

30 Los criterios de comparación que puede utilizar el intérprete en el momento de aplicar el derecho son: a) la comparación global entre normas, donde se dé preferencia, en bloque, a la que en conjunto resulta más favorable; b) la selección de los artículos o disposiciones más favorables que contiene cada una de las normas a comparar; c) la comparación parcial entre grupos homogéneos de materias de una y otras normas.

Aquí el juez nacional se encontrará con diferentes problemas de hermenéutica, pero atendiendo a lo que dispongan las normas nacionales, debería hacer el máximo esfuerzo para hacer armonizar estas leyes con el fin de no desmejorar las protecciones de los derechos humanos. En cualquier caso, esta última hipótesis es algo más difícil que se concrete en sistemas democráticos y de pleno respeto del Estado de Derecho.

Para finalizar con la vigencia sucesiva, cabe subrayar que una norma de rango inferior posterior en el tiempo que intente desmejorar derechos, no puede derogar la norma anterior de rango superior, en virtud de las tradicionales reglas de la jerarquía y de la aplicación del mismo principio *pro homine*.

Esta aplicación del principio puede verse, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1969), el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión (1988), la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (1992), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994), la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999).

c) Interpretación con sentido tutelar

Finalmente, puede señalarse la aceptación del principio *pro homine*, cuando un juez se encuentre frente a una norma de derechos humanos donde pudieran existir varias interpretaciones posibles, esto es, cuando exista una *res dubia* de una pluralidad de posibles interpretaciones de la norma. A diferencia de las dos reglas anteriores, esta regla no se aplica para casos donde existen dos o más normas con vocación de aplicabilidad a una situación concreta, sino que tiene incidencia en el momento de analizar el significado de una determinada norma, sin que exista una situación de concurrencia o sucesión de distintas normas.

En este caso, el juez debería adoptar la interpretación que mejor tutele al individuo o a la víctima, siempre que ello no lleve a una aplicación contraria a la voluntad expresa del legislador o del órgano creador de esa norma internacional. Esta regla o manifestación del principio *pro homine*, que se insiste, no refiere a la comparación de

diferentes normas posiblemente aplicables, es de utilidad en el momento de buscar el significado de un precepto ambiguo de una determinada norma y darle el alcance que mejor tutele al ser humano.

A pesar de que esta tercera manifestación del principio *pro homine* no aparece explícitamente en las normas internacionales anteriormente citadas, este se puede fundar en los propios textos constitucionales de los Estados, y a escala internacional, en lo dispuesto en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En ese sentido, es importante recordar la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 24 de septiembre de 1982 anteriormente citada, de la que se desprende que uno de los elementos para interpretar la norma internacional es el objeto y el fin del tratado, por lo que la interpretación debe ser siempre en favor del individuo.

d) Un ejercicio de aplicación práctica

A los efectos de ejemplificar una de las posibles formas de aplicación de las reglas tradicionales del derecho armonizadas con el principio *pro homine* y dos de sus reglas o manifestaciones, y con la única intención de dar una guía práctica para los operadores jurídicos, se propone un ejercicio teórico dentro de un ordenamiento jurídico donde los tratados internacionales de derechos humanos estén jerárquicamente por encima de la ley nacional. Una vez más se aclara que en este ejercicio teórico, de lo que se trata es de la aplicabilidad, no de derogación o abrogación de normas.

Existe una ley y posteriormente el Estado ratifica un tratado internacional de derechos humanos.

En caso de que ese tratado contenga disposiciones más protectoras que la ley, debe ser aplicado en virtud de las reglas tradicionales de la temporalidad y jerarquía, lo que también podría ser complementado con la regla de la norma más protectora del principio *pro homine*.

En caso de que ese tratado contenga disposiciones menos protectoras que la ley, y aunque sea jerárquicamente superior y posterior en el tiempo, debe atenderse la regla de la conservación de la norma más favorable del principio *pro homine*, por lo que se debe aplicar la ley. Como se dijo anteriormente, los propios tratados de derechos humanos aceptan expresamente esta regla, y modifican las reglas tradicionales de la jerarquía y la temporalidad.

Existe un tratado internacional de derechos humanos ratificado y posteriormente el Estado ratifica otro tratado internacional de derechos humanos; ambos tienen igual jerarquía y se refieren a los mismos temas, hipótesis que comúnmente se plantea entre normas internacionales de alcances universal y regional.

En caso de que el segundo tratado contenga disposiciones más protectoras, este debe ser aplicado en virtud de la regla tradicional de la temporalidad, complementada con la regla de la norma más protectora del principio *pro homine*. Aquí no se plantea un problema de jerarquía entre ambas normas.

En caso de que el segundo tratado contenga disposiciones menos protectoras y sea posterior en el tiempo, debe aplicarse la regla de la conservación de la norma más favorable del principio *pro homine*, esto es, el primer tratado internacional de derechos humanos. Al igual que en el caso anterior, los propios tratados de derechos humanos aceptan expresamente esta regla, modificándose de este modo, la regla tradicional de la temporalidad.

Existe un tratado internacional de derechos humanos ratificado y luego el Estado sanciona una ley posterior, que dentro de su orden jurídico tiene menor rango jerárquico.

En caso de que la ley posterior contenga disposiciones más protectoras que el tratado, esta última es la que debe ser aplicada, en virtud de la regla de la norma más protectora del principio *pro homine*, consagrada por los propios tratados internacionales de derechos humanos; de este modo se modifica la regla tradicional de la jerarquía, en tanto que la regla tradicional de la temporalidad cede ante las dos anteriores.

En caso de que la ley posterior contenga disposiciones menos protectoras que el tratado, debe aplicarse la regla tradicional de la jerarquía, y esta se puede complementar por la regla de la conservación de la norma más favorable del principio *pro homine*, derivada de los tratados internacionales de derechos humanos. Huelga decir que la regla de la temporalidad no puede ser aplicada en este caso.

Finalmente, una vez más resulta importante señalar que lo anterior no pretende ser más que un mero ejercicio teórico, donde no se ha tenido en cuenta la incidencia que pudiera tener el principio *pro homine* derivada de los textos constitucionales nacionales, ni se han previsto hipótesis que confronten exclusivamente normas de fuente interna.

Aproximación a algunas conclusiones

No obstante la inicial reticencia de los tribunales domésticos para aplicar derecho de fuente internacional, como es el de los derechos humanos, en ocasiones, y como producto de la debilidad formativa, el desconocimiento de las normas de derechos humanos y los compromisos y lealtades hacia las autoridades gubernamentales, esta aplicabilidad corresponde bajo cualquier razonamiento jurídico que se intente emprender. La consecuencia insoslayable de la incorporación de un tratado de derechos humanos autoejecutable, es su vocación de aplicabilidad y la correspondiente obligación de los jueces para que los tengan en cuenta cuando corresponde su aplicación directa, además de constituirse en una fuente de interpretación obligatoria para las propias normas nacionales de derechos humanos.

Teniendo en cuenta los textos constitucionales y las reglas tradicionales de interpretación y aplicación del derecho, la consecuencia no puede ser otra que la de la factibilidad de aplicación. A ello cabe agregar principios propios del derecho internacional de los derechos humanos, como el *pro homine*, que representan otra herramienta con la que pueden contar los tribunales internos. El principio *pro homine* constituye una significativa herramienta de hermenéutica de creación nacional e internacional, de aceptación doctrinaria especializada y que los jueces no pueden ni deberían desconocer. Se proponen tres posibilidades de aplicación de este principio, como un intento más de buscar la delimitación de su alcance.

Son los abogados que trabajan en derechos humanos quienes deben hacer un doble y significativo esfuerzo. Por un lado, invocar los tratados internacionales de derechos humanos en todos aquellos casos en los que sea pertinente ante los tribunales nacionales; y por otro, colaborar con *ombudsman*, jueces y fiscales, y proporcionar toda la información que sea necesaria para que ellos se familiaricen con estas normas y con los criterios interpretativos propios de los derechos humanos. Son las organizaciones no gubernamentales que trabajan en derechos humanos, sus redes, sus líderes, sus promotores, los encargados de la capacitación, los que deben seguir esforzándose por la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, armonizado con el derecho nacional, para que sean los propios tribunales nacionales los que den pasos firmes, más allá de los discursos de las autoridades gubernamentales.

Indudablemente, seguir insistiendo en este tema, a primera instancia muy teórico, es uno de los tantos retos en el que no debe existir descanso, sobre todo en momentos coyunturales tan adversos, momentos en que los expertos insisten en la necesidad de “acompañar la denuncia con la disposición al diálogo” y con la elaboración de propuestas concretas y razonables, además de constituirse en formadores de opinión con un mensaje “ético y programático” a la vez³¹.

Aun reconociendo dificultades, ese parece ser el único rumbo posible; buscar consensos, alianzas y compromisos estratégicos con jueces, fiscales, defensores y en general con autoridades gubernamentales. Las experiencias de abogados defensores de derechos humanos que actúan como “querellantes adhesivos”, “coadyuvantes”, involucrados en las investigaciones, en la proposición de los argumentos jurídicos, en los medios probatorios y, sobre todo, que cumplen un rol estratégico desde adentro del procedimiento judicial, permite exigir desde el inicio y durante todo el procedimiento, la aplicación armónica y efectiva del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho nacional.

31 Méndez, Juan E. y Javier Mariezcurrena, “Las perspectivas para el trabajo en derechos humanos a partir del 11 de setiembre de 2001”, en *Grupos de reflexión regional. Temas de derechos humanos en debate*, coordinador de contenidos José Zalaquett, Lima, Instituto de Defensa Legal, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2004, págs. 299-308.

La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos

*Fabián Salvioli**

Introducción y antecedentes del sistema interamericano

La tutela regional de los derechos fundamentales de mujeres y hombres en el continente se desarrolla en el seno de la Organización de los Estados Americanos y tiene lugar a través del llamado Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Este encuentra sus antecedentes en las reuniones entre países que se celebraron a partir de 1826, cuando se llevó a cabo un congreso en Panamá, bajo las ideas de Simón Bolívar, con el propósito de conformar una confederación de Estados para consolidar la paz y defender solidariamente los derechos de cada uno de ellos¹. Desde este encuentro, donde se aprobó un Tratado de Unión que contiene disposiciones relativas a distintos temas (entre ellos la completa abolición del tráfico de esclavos), y hasta 1889, se desarrollaron otros congresos predominantemente hispanoamericanos en Lima (1847-1848), Santiago (1856), Washington (1856), Lima (1864) y Montevideo (1888-1889).

A partir de 1889 se inició el llamado “panamericanismo” con la realización de conferencias internacionales americanas: la primera de ellas se celebró en Washington (1889-1890), donde se creó la Unión Internacional de las Repúblicas Americanas² que estableció una oficina comercial³. La segunda Conferencia Interamericana fue en México (1901-1902); la tercera en Río de Janeiro (1906); la cuarta

* Profesor titular de Derecho Internacional Público, director del Instituto de Derechos Humanos y de la carrera de postgrado de Magíster en Derechos Humanos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata; consultor externo del IIDH.

1 El Congreso Anfictiónico de Panamá se inauguró el 22 de junio de 1826 y sus sesiones fueron clausuradas el 15 de julio del mismo año.

2 El 14 de abril de 1890; por ello, desde 1931 se celebra en esta fecha el Día de las Américas.

3 La organización distaba de tener un carácter internacional; la oficina formaba parte del organigrama del Departamento de Estado de los Estados Unidos.

en Buenos Aires (1910); la quinta en Santiago (1923); la sexta en La Habana (1928); la séptima en Montevideo (1933); la octava en Lima (1938); la novena en Bogotá (1948) y la décima en Caracas (1954).

No es común que en la reunión fundacional para la creación de una entidad se aprueben varios textos jurídicos; sin embargo, la IX Conferencia Internacional Americana determinó no solamente el nacimiento formal de la OEA, sino también la adopción de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, y de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y de la Mujer⁴. Aquí comienza la protección contemporánea de los derechos humanos en el sistema interamericano, que ha sido aumentada y perfeccionada a través de la adopción de nuevas normas y la creación de órganos de protección.

Los derechos económicos, sociales y culturales forman parte de los derechos humanos, nacen de la dignidad humana y son, por ende, inherentes a la persona. Sin embargo, en todos los sistemas internacionales, el avance en cuanto a la regulación y protección de los mismos ha sido sensiblemente menor que el de los derechos civiles y políticos.

El sistema interamericano no ha sido la excepción a esta regla, debido no tanto a un supuesto vacío normativo, sino más bien a la aplicación por parte de los órganos de protección.

Derechos económicos, sociales y culturales en los instrumentos interamericanos

Como se desarrollará en el presente capítulo, si bien el sistema interamericano no posee un marco normativo óptimo para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, cabe señalar que existe una base jurídica suficiente en los diferentes instrumentos, que pudo ser utilizada con mayor profundidad por la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos a efectos de la tutela de aquellos.

La interpretación de un sistema de derechos humanos tiene como piedra angular el **principio pro persona** y la armonización herme-

4 Su nombre oficial referido a los “derechos y deberes del hombre” obedece a que aún en el lenguaje del derecho internacional no se contaba con un abordaje desde el punto de vista género-sensitivo; hubiera sido más apropiado que la Declaración se llamara de los “derechos y deberes de la persona humana”; nosotros nos referiremos a la misma como Declaración Americana o Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y de la Mujer.

néutica del conjunto de instrumentos aplicables a cada situación, apoyándose y complementándose mutuamente siempre en la dirección más favorable a la persona humana.

Por ello resulta útil para el presente trabajo la referencia a diferentes instrumentos del sistema interamericano (con énfasis en los derechos económicos, sociales y culturales) que hacen directa o indirectamente a la protección de los derechos humanos.

1. La Carta de la OEA y los derechos económicos, sociales y culturales

La Organización de los Estados Americanos nace en la IX Conferencia Internacional Americana celebrada en 1948 en la ciudad de Bogotá⁵. La Carta de la OEA aprobada tenía muy pocas disposiciones atinentes a los derechos humanos y estas se encontraban redactadas en términos muy generales⁶, una de ellas ubicada en el preámbulo, donde se subrayaba la importancia de los sistemas democráticos de gobierno como marco del disfrute de los derechos humanos⁷.

Dentro de los principios fundantes de la entidad, los derechos humanos también encuentran un lugar en la Carta original de la Organización de los Estados Americanos. Así, se señala que los Estados americanos proclaman los derechos de la persona humana, sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo, y que la educación de los pueblos debe orientarse hacia la justicia, la libertad y la paz⁸.

En lo que se refiere específicamente a cuestiones atinentes a los derechos económicos, sociales y culturales, la Carta de la OEA de 1948 fijaba algunas previsiones de tipo declamativo, como que los

5 La IX Conferencia tenía que celebrarse en 1943, pero fue aplazada a causa de la Segunda Guerra Mundial; no obstante, entre 1939 y 1948 se llevaron a cabo dos encuentros de trascendencia para la futura entidad, una de ellas en México (1945) y la otra en Petrópolis (1947).

6 Buergethal, Thomas; Robert Norris y Dinah Shelton, *La protección de los derechos humanos en las Américas*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Madrid, Ed. Civitas, 1988. p. 34.

7 “El sentido genuino de la solidaridad americana no puede ser otro que el de consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”; Preámbulo de la Carta de la OEA, párrafo 4.

8 Desde la reforma a la Carta adoptada en Buenos Aires (1967), el artículo sobre los principios es el 3; las disposiciones citadas en el cuadro son en la actualidad, respectivamente, los artículos 3.1 y 3.n.

Estados están de acuerdo en la conveniencia de desarrollar su legislación social sobre la base de que todos los seres humanos tienen el derecho de alcanzar su bienestar material y su desarrollo espiritual; que el trabajo es un derecho y un deber social, que reclama respeto para la libertad de asociación y dignidad de quien lo presta, y se debe efectuar en condiciones que aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso⁹; en la Carta los Estados acuerdan favorecer el derecho a la educación sobre la base de la enseñanza primaria obligatoria, y gratuita cuando la imparta el Estado, y el deber de reconocer el acceso de todas las personas a los estudios superiores¹⁰.

La Carta de la OEA sufrió una modificación estructural importante en 1967 cuando se aprobó el llamado Protocolo de Buenos Aires. Esta reforma avanzó con profundidad en cuestiones institucionales y sustantivas de la entidad donde se destacaron aspectos concretos en lo concerniente al disfrute y goce de los derechos económicos, sociales y culturales; particularmente, en el artículo 34 se propician como metas básicas para el desarrollo integral, entre otras, salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todas las personas; la erradicación rápida del analfabetismo; nutrición y vivienda adecuadas; y condiciones urbanas que hagan posible una vida sana, productiva y digna.

El artículo 45 de la Carta regula, asimismo, normas sociales, entre ellas el derecho al bienestar material y desarrollo espiritual; el derecho al trabajo, la negociación colectiva y la huelga, el desarrollo eficiente de la seguridad social, y la asistencia legal para hacer valer los derechos. Finalmente, en el artículo 50 hay disposiciones sobre educación y cultura.

Hubo dos reformas más a la Carta de la Organización de los Estados Americanos. La primera de ellas tuvo lugar en Washington (Estados Unidos) en 1992, y uno de sus ejes fue el tratamiento institucional de la cuestión de la pobreza, uno de los fenómenos estructurales violatorios indefectiblemente del conjunto de los derechos (civiles, sociales, políticos, culturales y económicos) de las personas bajo dicha situación¹¹. Por ella, se incorporaron como

9 Carta de la OEA (1948), artículos 28 y 29 (numeración original).

10 Carta de la OEA, artículo 30 (numeración original).

11 La incidencia de la pobreza en los derechos humanos ha sido objeto de tratamiento en diferentes cumbres mundiales de la Organización de las Naciones Unidas; se destaca entre ellas la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social celebrada en Copenhague, Dinamarca, en 1995.

propósitos de la Organización, la promoción, por medio de la acción cooperativa, del desarrollo económico, social y cultural; erradicar la pobreza crítica; y alcanzar una efectiva limitación de armamentos convencionales que permita dedicar el mayor número de recursos al desarrollo económico y social de los Estados Miembros¹². También se añaden, entre otros, como principios de la OEA, los siguientes enunciados: la eliminación de la pobreza crítica es parte esencial de la consolidación de la democracia representativa; y la justicia y la seguridad sociales son bases de una paz duradera¹³.

Por el Protocolo adoptado en Washington se convino en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de los pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son objetivos básicos del desarrollo integral¹⁴.

En la reforma a la Carta de la OEA aprobada en Managua (Nicaragua), en reunión celebrada en el año 1993, se suprimieron los consejos interamericanos económico y social, y para la educación, la ciencia y la cultura; y se creó el Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral¹⁵, que depende directamente de la Asamblea General de la Organización.

2. Los derechos económicos, sociales y culturales en la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales

La Carta Interamericana de Garantías Sociales se adoptó en 1948, y fue dedicada a la consagración de los principios fundamentales que deben amparar a las personas que trabajan, los cuales constituyen el *mínimum* de derechos que las mismas deben gozar. En ella se señala que el trabajo es una función social y toda persona que trabaja debe tener la posibilidad de una existencia digna; que a trabajo igual corresponde remuneración igual; que los derechos consagrados a favor de las personas que trabajan no son renunciables; que hay derecho a seguir la vocación, recibir educación profesional y técnica y participar en la equitativa distribución del bienestar nacional; la regulación por ley del contrato individual y la convención colectiva de trabajo; el establecimiento de un salario mínimo suficiente para

12 Artículo 2 de la Carta de..., incisos f, g y h, respectivamente.

13 Artículo 3 f y 3 j.

14 Carta de la OEA, artículo 34.

15 *Ibíd.*, artículo 94.

cubrir las necesidades normales del hogar; el carácter inembargable del salario, el derecho a participar en las utilidades de las empresas; la limitación de la duración de la jornada, el derecho a descanso y a vacaciones; la estabilidad del empleo; los derechos de asociación y huelga; la previsión y la seguridad sociales.

3. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y de la Mujer¹⁶ (1948)

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y de la Mujer (1948) es un instrumento jurídico que posee un preámbulo y dos capítulos, el primero de ellos correspondiente a los derechos y el segundo a los deberes.

La Declaración expresa por su contenido los conceptos de indivisibilidad, universalidad e interdependencia de los derechos humanos; la Resolución XXX de la IX Conferencia Interamericana que le da nacimiento, señala que los derechos esenciales tienen como fundamentos los atributos de la persona humana, y que todas las personas tienen los derechos fijados por ella sin distinción de raza, sexo, idioma, credo, ni ninguna otra condición. Esta última expresión otorga a los órganos de aplicación del sistema la posibilidad (y la obligación conforme al criterio de progresividad), de interpretar el principio de no discriminación contenido en la Declaración de acuerdo con un criterio evolutivo.

A diferencia de su contemporánea, la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁷, los derechos económicos, sociales y culturales en la Declaración Americana se encuentran entremezclados con los derechos civiles y políticos, dando una sensación instrumental de interdependencia e indivisibilidad.

Entre los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en la Declaración Americana se encuentran la protección de la familia, de la maternidad y la infancia; los derechos a la preservación de la salud y el bienestar; a la educación, la cultura; al trabajo y a las condiciones dignas del mismo, al descanso y a la seguridad social.

16 Ya nos hemos referido antes (nota al pie número 4) al criterio bajo el cual utilizamos este nombre para la Declaración. En el año 2000 se analizaba en la OEA el cambio de nombre de la Declaración Americana, para reemplazar el vocablo "hombre" por el de "persona" u otro adecuado; sin embargo, la Asamblea General ha quitado esta cuestión de su temario.

17 Una comparación entre estos dos instrumentos puede verse en Salvioli, Fabián, "El desarrollo de la Protección Internacional de los Derechos Humanos, a partir de las Declaraciones Universal y Americana", en *Relaciones Internacionales*, n. 13, La Plata, Argentina, Ed. Instituto de Relaciones Internacionales, 1997.

La Declaración Americana reconoce el derecho de toda persona a construir una familia, y a la protección, el cuidado y ayudas especiales a todo niño y niña y a toda mujer en estado de gravidez.

En cuanto a la salud, la Declaración señala que esta debe ser preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica¹⁸.

En materia educativa, la Declaración reconoce el derecho de toda persona a una educación basada en principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas, mediante la cual se le capacite para lograr una subsistencia digna y una mejora del nivel de vida; se indica que toda persona tiene derecho a recibir, por lo menos, educación primaria gratuita¹⁹.

En lo relativo a los derechos culturales, la Declaración reconoce a toda persona como sujeto activo para la construcción de tales derechos, y para la necesaria protección jurídica de los productos de su autoría. La Declaración manifiesta expresamente que toda persona tiene derecho a participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de sus beneficios, y fija la protección de los intereses morales y materiales por razones de autoría²⁰.

Respecto al derecho al trabajo y a los derechos derivados de la relación laboral²¹, la Declaración Americana posee disposiciones muy similares a los de la Carta Interamericana de Garantías Sociales, lo cual se explica por el hecho de que ambas han emanado de la misma reunión internacional.

Finalmente, la Declaración se refiere al derecho humano a la seguridad social²², mediante el cual una persona recibe protección frente a la desocupación, la vejez y la incapacidad.

La Declaración Americana representa el desarrollo de los derechos humanos contenidos en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, es aplicada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dentro de las funciones que rigen la competencia de esta, y ha sido interpretada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Adquirió carácter vinculante y se constituyó en una herramienta clave para la protección de los derechos humanos en

18 Declaración Americana, artículo 11.

19 *Ibíd.*, artículo XIII.

20 *Ibíd.*, artículo XIII.

21 *Ibíd.*, artículos XIV y XV.

22 *Ibíd.*, artículo XVI.

el continente americano²³; debe destacarse finalmente que, a pesar de tener más de medio siglo de vida, posee un potencial valioso que no ha sido explotado suficientemente dentro de la OEA en lo que se refiere a la fundamentación y aplicación de aquella frente a violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales.

4. La Convención Americana sobre Derechos Humanos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida también como Pacto de San José, fue adoptada en la Conferencia Interamericana Especializada sobre Derechos Humanos, celebrada en la ciudad de San José de Costa Rica durante el mes de noviembre de 1969.

En lo concerniente a la estructura de la Convención, debe señalarse que, a diferencia de la Declaración Americana, aquella identifica órganos de protección de los derechos contenidos en ella, e igualmente señala mecanismos al efecto. Así, el Pacto de San José de Costa Rica recepta a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²⁴, al indicar las funciones que los Estados le han querido asignar a nivel convencional; y crea la Corte Interamericana de Derechos Humanos como órgano jurisdiccional dotado de dos competencias principales, una consultiva y la restante contenciosa.

En la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos hubo tres posturas distintas en un marco polémico de discusión: la que consideraba que no debía hacerse referencia a los derechos económicos, sociales y culturales en la Convención; la que propugnaba la necesidad de contar en el Pacto de San José con una enunciación muy prolija de los derechos económicos, sociales y culturales; y la que pretendía conciliar las anteriores posiciones, relacionando los derechos económicos, sociales y culturales, pero de una manera vaga y generalizada, con compromisos de progresividad²⁵.

23 Véase Salvioli, Fabián, “El aporte de la Declaración Americana de 1948 para la protección internacional de los derechos humanos”, en *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, tomo I, San José, Costa Rica, Ed. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001.

24 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ya estaba creada por la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores llevada a cabo en Chile en 1959.

25 Urquilla Bonilla, Carlos, “Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la reforma al sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en *Revista* n. 31, San José, Costa Rica, Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000, pp. 264-265. En dicho trabajo, el autor realiza,

El Pacto de San José de Costa Rica se refiere principalmente a derechos de tipo civil y político, circunstancia que motivó la adopción posterior del Protocolo de San Salvador, instrumento que complementa a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

Pero ello no significa que el Pacto de San José no contenga disposiciones relativas a los derechos económicos, sociales y culturales; en efecto, el capítulo III de la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuenta con el artículo 26, que señala:

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados²⁶.

Esta disposición tiene que ser considerada e interpretada de manera armónica con el resto de las normas del propio Pacto de San José de Costa Rica, conforme a las reglas de interpretación que se encuentran establecidas en la misma Convención y en las disposiciones generales hermenéuticas del derecho internacional.

En su Preámbulo, el Pacto reafirma el propósito de los países americanos de consolidar un régimen de justicia social fundado en el respeto de los derechos esenciales de la persona; y luego señala que sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos²⁷. No puede explicarse cómo lograr dicho propósito de “justicia social” sin el respeto y la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales; como símbolo de todos los tipos de derechos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales) la Convención habla de la libertad frente al temor y a la miseria.

además, un interesante estudio de las actas y los documentos de la Conferencia, relacionados con el tema.

26 Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 26, Desarrollo progresivo.

27 *Ibíd.*, Preámbulo, párrafo 4.

A renglón seguido destaca que, en la reforma a la Carta de la Organización de los Estados Americanos celebrada en Buenos Aires (Argentina), se aprobó incorporar a la entidad normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales, y se resolvió en dicho encuentro que una convención interamericana sobre derechos humanos determinara la estructura, la competencia y el procedimiento de los órganos encargados de esa materia²⁸.

En el capítulo I de la Convención Americana se establecen dos deberes para un Estado Parte: el primero de ellos es el de respetar los derechos reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a la jurisdicción de aquel, sin discriminación alguna²⁹. Debe remarcarse aquí que de ninguna manera puede presumirse que la obligación señalada se refiere solamente a derechos civiles y políticos, sino a todos los reconocidos en la Convención; y también que en la recepción del principio de no discriminación (si bien no existe una “lista cerrada”) expresamente se prohíbe a los Estados discriminar sobre la base de la posición económica o cualquier otra condición social.

La Convención también establece el deber de adoptar las disposiciones de derecho interno, legislativas o de otro carácter, que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y las libertades contenidos en el Pacto de San José³⁰; consideramos que esta previsión abarca los derechos económicos, sociales y culturales de acuerdo con las disposiciones del artículo 26 ya señalado.

El artículo 42 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reza que los Estados tienen que remitir a la Comisión Interamericana copia de los informes y estudios que someten al Consejo Interamericano Económico y Social, y al Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura³¹. Por su parte, el artículo 43 del Pacto establece la obligación de los Estados Partes, de remitir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos las informaciones que esta les solicite sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualquier disposición del mismo.

28 *Ibíd.*, párrafo 5.

29 *Ibíd.*, artículo 1.1.

30 *Ibíd.*, artículo 2.

31 Estos consejos ya no existen en la estructura orgánica de la OEA, y sus funciones han sido absorbidas en general por el Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral.

Todas estas prescripciones, por tratarse de un instrumento de derechos humanos, giran en torno a los principios **pro persona** y **pro sociedad**. En el voto separado emitido por el juez Rodolfo Piza Escalante, en ocasión de emitir la Corte Interamericana de Derechos Humanos su sentencia sobre la Opinión Consultiva n° 4, el magistrado expresa que los derechos humanos son, además de exigibles, progresivos y expansivos, caracteres estos que imponen una actitud interpretativa consecuente y, por ende, la necesidad de considerar en cada caso, no sólo el sentido literal y el alcance de las normas, sino igualmente su potencialidad de crecimiento, convertida en derecho legislado por los artículos 2 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³².

Las reglas de interpretación de la Convención Americana, que deben ser seguidas rigurosamente tanto por los órganos del sistema interamericano como por los Estados Partes en la misma, están previstas de forma expresa en el artículo 29, y dejan claro que siempre ha de primar la norma más favorable a las personas y el criterio más extensivo sobre el alcance de los derechos humanos. Dicho precepto reza:

[...] ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención, o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática, representativa de gobierno, y; d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Abramovich señala con acierto que “la condición de justicia-bilidad requiere identificar las obligaciones mínimas de los Estados en relación a los derechos económicos, sociales y culturales y es este

32 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización; Opinión Consultiva n. 4 de 19 de enero de 1984; voto separado del juez Rodolfo Piza Escalante, párrafo 3.

quizás el principal déficit del derecho internacional de los derechos humanos”³³.

A nuestro juicio, a efectos de la identificación de estas obligaciones mínimas deben utilizarse amplios criterios de hermenéutica jurídica, sobre la base de las propias disposiciones del sistema interamericano de derechos humanos, cuya riqueza facilita la tarea a llevar a cabo.

Entonces, una interpretación sobre los derechos económicos, sociales y culturales en el Pacto de San José conforme al artículo 29 y al objeto y fin de la Convención Americana, de acuerdo a los principios **pro persona** y **pro sociedad**, nos lleva a las siguientes conclusiones:

- a) Las obligaciones de respetar y garantizar los derechos y las libertades, y de adoptar las disposiciones de derecho interno, alcanzan tanto a los derechos civiles y políticos como a los derechos económicos, sociales y culturales, de acuerdo con el alcance del artículo 26 de la Convención Americana.
- b) Es plenamente exigible la toma de medidas (y la abstención de adoptar medidas que generen el efecto contrario), para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales.
- c) Un Estado debe utilizar sus recursos disponibles de manera compatible con las previsiones sobre derechos económicos, sociales y culturales establecidas en la Convención Americana, para no incurrir en violaciones al artículo 26 del Pacto de San José.
- d) El artículo 43 del Pacto de San José refuerza el deber de garantía del artículo 1 de la Convención Americana, al establecer la obligatoriedad de asegurar su aplicación efectiva en relación con todos los derechos humanos consagrados.

Un Estado, finalmente, incurrirá en responsabilidad internacional por violación al artículo 26 del Pacto de San José, si:

- a) En la medida de sus recursos disponibles no adopta medidas progresivas que tengan por resultado un mejor disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales que el existente antes de adoptar dichas medidas.

33 Abramovich, Víctor, “Los derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en *Presente y futuro de los derechos humanos. Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, San José, Costa Rica, Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, p. 140.

- b) Adopta medidas que además de no mejorar el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, generan el efecto contrario, es decir, deterioran el goce de los mismos.
- c) Se demuestra que con los recursos disponibles podían tomarse medidas que otorgaran mejores resultados, o iguales resultados con menos recursos disponibles.

5. El Protocolo de San Salvador

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece expresamente la posibilidad de que se adopten protocolos adicionales a la misma, a solicitud de un Estado Parte o de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³⁴. Sobre la base de esta disposición, el 17 de noviembre de 1998 la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos reunida en El Salvador adoptó el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (también conocido como Protocolo de San Salvador).

El principio de inherencia de los derechos humanos está contenido en el propio Preámbulo del Protocolo, que indica que los derechos esenciales no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana³⁵. La interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos también son subrayados expresamente en el Protocolo de San Salvador:

[...] Considerando la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros [...]³⁶.

El Protocolo reafirma, tal como lo destacara la propia Convención, que sólo puede concebirse como ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y

34 Convención Americana..., artículo 77.

35 Protocolo de San Salvador, Preámbulo, párrafo 2.

36 *Ibíd.*, Preámbulo, párrafo 4.

culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos. Así, como indica Zerbini Leao, el Preámbulo del Protocolo de San Salvador sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales constituye “un elemento vital para la tesis de la integralidad e indivisibilidad de los derechos humanos”³⁷.

La parte dispositiva del Protocolo de San Salvador comienza determinando la obligación a cargo de los Estados Partes de adoptar las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos disponibles, y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos allí contenidos³⁸.

La expresión “hasta el máximo de los recursos disponibles”, descubre el propósito evidente del instrumento de señalar que no alcanza, para cumplir con las obligaciones que emanan del mismo, el hecho de que un Estado Parte simplemente adopte medidas, sino que la acción de política pública de los gobiernos, llevada a cabo por sí o con la cooperación de otros Estados, tiene que esforzarse al límite de sus posibilidades para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Protocolo.

El Protocolo establece para los Estados, la obligación de adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones vigentes, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos, cuando el ejercicio de estos no se encontrare garantizado. La obligación de garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos en el Protocolo, debe ser asumida bajo el respeto del axioma medular de la no discriminación, principio rector del derecho internacional de los derechos humanos.

La aplicación de cláusula más favorable a la persona humana encuentra su recepción en el artículo cuatro del Protocolo. En virtud de dicha cláusula, no cabe alegar este instrumento para restringir o menoscabar el ejercicio de un derecho reconocido tanto en el plano interno como en otro instrumento internacional. Derivado de este principio, deviene insostenible cualquier postura que pretenda realizar una mirada restringida de la protección de los derechos económicos, sociales y culturales desde la Convención Americana sobre

37 Ribeiro Leao, Renato, *Os direitos econômicos, sociais e culturais na América Latina e o Protocolo de San Salvador*, Porto Alegre, Ed. Sergio Antonio Fabris, 2001, pp.112.

38 Protocolo de San Salvador, artículo 1.

Derechos Humanos, utilizando como argumento la adopción o la letra del Protocolo de San Salvador.

Sustantivamente, el Protocolo no puede negar la influencia que ha recibido del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, aunque cabe marcar algunas diferencias entre ellos, tanto en los mecanismos de protección como en la recepción de derechos³⁹.

El Protocolo reconoce como contenido del derecho al trabajo el de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada⁴⁰. Un grupo de medidas tendientes a lograr el pleno empleo, y brindar orientación vocacional y para el desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, son identificadas por el Protocolo para hacer plenamente efectivo el derecho al trabajo.

Asimismo, se establece la obligación de ejecutar y fortalecer programas de atención familiar, encaminados a permitir que la mujer cuente con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo⁴¹. Esta previsión pone a la luz el diagnóstico de una situación que debe revertirse, por el cual la mujer se encuentra llevada a ocuparse principalmente del ámbito de lo privado; la cláusula forma parte de una tendencia de “generización” progresiva e irreversible en el derecho internacional de los derechos humanos⁴².

El Protocolo señala que el derecho al trabajo implica el de gozar de condiciones justas, equitativas y satisfactorias de empleo, las cuales requieren una remuneración que asegure la subsistencia digna y decorosa para quien trabaja y su familia; salario equitativo e igual

39 Así, por ejemplo, la libre determinación de los pueblos que inaugura el catálogo de derechos del Pacto de Naciones Unidas no encuentra analogía en el Protocolo de San Salvador; por el contrario, el derecho al ambiente sano establecido expresamente por este último, no se receptaba en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. En cuanto a los mecanismos de protección hay identidad en el llamado “mecanismo de informes”, desarrollado más en profundidad dentro de la Organización de las Naciones Unidas. El Protocolo de San Salvador tiene, como valor agregado, el expreso reconocimiento del sistema de comunicaciones individuales para algunos de los derechos contenidos en él.

40 Protocolo de San Salvador, artículo 6.

41 *Ibíd.*, artículo 6.2.

42 García Muñoz, Soledad, “Mujer, empleo y no discriminación desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos”, en *Trabajo, género y ciudadanía en los países del cono sur*, Montevideo, Ed. OIT y Universidad de la República, 2001, p. 221.

por igual trabajo; estabilidad; indemnización en casos de despido injustificado; derecho al ascenso; derecho a la seguridad social e higiene en el trabajo; limitación razonable de las horas de trabajo; derecho al descanso; prohibición del trabajo nocturno o insalubre para menores de dieciocho años.

Respecto a los derechos sindicales, se reconoce que las personas que trabajan pueden formar sindicatos, y ejercer el derecho a huelga⁴³. La norma vino a llenar un vacío en el sistema interamericano, ya que la Declaración Americana no contempla previsiones similares, y la Convención Americana tan sólo hace mención a la libertad de asociación con fines de distinta índole, entre ellos laborales⁴⁴. Aunque desde una interpretación **pro persona** el artículo 16 de la Convención Americana debe ser comprendido como abarcativo del derecho a sindicarse, la previsión del Protocolo enriquece y precisa el marco de protección interamericana a los derechos de asociación sindical y de huelga.

La seguridad social, tal y como se ve reflejada en el Protocolo de San Salvador, adquiere una triple dimensión en el marco de la protección internacional de los derechos humanos; en sí misma conforma un derecho humano básico (frente a las consecuencias de la vejez o la incapacidad); puede ser la consecuencia del ejercicio del derecho humano al trabajo propio o ajeno (jubilación o pensión), y finalmente es, en algunos casos, una herramienta indispensable para el ejercicio de otros derechos sociales, como la salud. En este sentido el Protocolo destaca la protección que los Estados deben brindar frente a las contingencias derivadas de la vejez, y las enfermedades, de tal forma que aquella cubra la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidente de trabajo o de enfermedad profesional, y la licencia a las mujeres antes y después del parto⁴⁵.

El Protocolo de San Salvador entiende el derecho a la salud como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Los Estados se comprometen a garantizar la atención primaria de la salud, y ponerla al alcance de todas las personas sujetas a su jurisdicción⁴⁶.

Es destacable la previsión del Protocolo de San Salvador (no establecida por el Pacto Internacional de Derechos Económicos,

43 Protocolo de San Salvador, artículo 8.

44 Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 16.

45 Protocolo de San Salvador, artículo 9.

46 *Ibíd.*, artículo 10.

Sociales y Culturales) que establece el compromiso de los Estados a considerar a la salud como un bien público. Ello indica que los gobiernos no pueden desentenderse de la atención y garantía del derecho a la salud de forma equitativa para todas las personas sujetas a sus jurisdicciones. Según el Protocolo de San Salvador deben tomarse las siguientes medidas a efectos de garantizar este derecho: total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; prevención y tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; educación de la población para la prevención y el tratamiento de los problemas de salud; satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo, y que por sus condiciones de pobreza son más vulnerables.

Otra previsión particular del Protocolo de San Salvador es el reconocimiento convencional del derecho de toda persona a un ambiente sano⁴⁷, al expresar que todo ser humano tiene derecho a vivir en un medio ambiente saludable y a contar con los servicios públicos básicos, y que los Estados Partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente⁴⁸.

El derecho a un medio ambiente sano posee una interrelación especial con otro conjunto de derechos, tanto civiles como sociales; así, en palabras de Cançado Trindade aparece como una extensión natural de los derechos a la vida y a la salud, en cuanto protege la vida humana tanto en el aspecto de la existencia física y la salud de los seres humanos como en el de las condiciones y la calidad de vida dignas⁴⁹.

El Protocolo consagra el derecho de toda persona a una nutrición adecuada que le asegure el más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual. Para ello, los Estados se obligan a perfeccionar los métodos de producción, aprovisionamiento y distribución de alimentos; el propósito de la previsión es garantizar el ejercicio del derecho humano a la alimentación⁵⁰, a efectos de que todas las

47 En el plano de las convenciones regionales generales, solamente la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos recepciona el derecho al medio ambiente satisfactorio y global, pero como un derecho cuyo titular son los pueblos como sujeto colectivo: Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, artículo 24. Esta Carta, adoptada en 1981 en Nairobi (Kenia), es el principal instrumento de derechos humanos con que cuenta la Unión Africana (antiguamente llamada Organización de la Unidad Africana).

48 Protocolo de San Salvador, artículo 11.

49 Cançado Trindade, A. A., "Derechos de solidaridad", en *Estudios básicos I*, San José, Costa Rica, Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1995, p.70.

50 Protocolo de San Salvador, artículo 12.

personas obtengan la nutrición necesaria para alcanzar al menos un desarrollo suficiente en términos de dignidad humana.

En materia educativa, los Estados Partes del Protocolo de San Salvador acuerdan que la educación es un derecho de todas las personas, y un medio para capacitarlas a efectos de participar activamente en la vida democrática⁵¹. Los objetivos de toda educación, según el Protocolo de San Salvador, deben orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, el fortalecimiento del respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz.

El Protocolo dispone que la enseñanza primaria será obligatoria, asequible y gratuita para todas las personas; la enseñanza secundaria debe ser generalizada, y al igual que la superior, accesible a todas las personas por cuantos medios sea posible, y en particular por su progresiva gratuidad. Los Estados deben fomentar la educación básica para quienes no la hubieren recibido o no hubieren concluido la instrucción primaria, así como establecer programas de enseñanza diferenciada para las personas minusválidas⁵². Por último, el Protocolo reconoce el derecho de los padres a escoger el tipo de educación que deseen para sus hijos e hijas, siempre que aquella se adecue a los principios establecidos.

Con respecto al derecho a la cultura y a formar parte de su construcción, el Protocolo de San Salvador posee una previsión casi idéntica a la establecida en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵³. Los Estados Partes en el Protocolo se encuentran obligados a tomar medidas tales como asegurar la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia, la cultura y el arte; y a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora⁵⁴.

Seguidamente, el Protocolo desarrolla el derecho a la constitución y protección de la familia, institución reconocida como el elemento natural y fundamental de la sociedad. Los Estados asumen los compromisos de adoptar medidas especiales de protección de las madres, los niños, las niñas y las personas adolescentes.

51 *Ibíd.*, artículos 13.1 y 13.2.

52 *Ibíd.*, artículo 13.3.

53 Ver Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 15.

54 Protocolo de San Salvador, artículo 14.

El Protocolo enuncia y desarrolla derechos categoriales, es decir, propios de determinadas categorías que abarcan a un colectivo de personas (derechos de la niñez, derechos de las personas ancianas, derechos de las personas con discapacidad)⁵⁵.

Respecto a los derechos de la niñez, el primer párrafo del Protocolo reitera el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la materia⁵⁶; reconoce que todo niño o niña tiene derecho a la protección propia de su condición de menor de edad, por parte de su familia, de la sociedad y del Estado, y añade que este derecho subsiste cualquiera que sea la filiación del niño o la niña. Asimismo recoge el resultado de la lucha por eliminar las diferencias de derechos entre quienes hubieren nacido dentro o fuera del matrimonio.

El Protocolo agrega el derecho de todo niño y niña a crecer al amparo de su madre y padre, a no sufrir separación de la madre cuando tuviere corta edad (salvo circunstancias excepcionales reconocidas judicialmente); y a la educación, en términos concordantes con las previsiones sobre este derecho que el Protocolo posee en su artículo 13.

La protección de las personas ancianas debe tener carácter especial según el Protocolo de San Salvador; al efecto se requiere poner en práctica medidas progresivas para garantizar sus derechos, como proporcionar instalaciones adecuadas, asegurar la alimentación y atención médica, desarrollar programas laborales, y estimular la formación de organizaciones sociales para mejorar su calidad de vida.

En materia de protección de las personas minusválidas, se reconoce su derecho a recibir atención especial tendiente a posibilitar el máximo desarrollo de la personalidad; los Estados asumen la obligación de ejecutar programas destinados a proporcionar los recursos y el ambiente necesario para que hombres minusválidos y mujeres minusválidas puedan ejercitar sus derechos⁵⁷.

En cuanto a los medios de protección, el Protocolo de San Salvador adopta dos sistemas: el relativo a informes y el de peticiones individuales. Por el primero de ellos los Estados Partes se comprometen a informar sobre las medidas progresivas que vayan adoptando para cumplir con sus obligaciones conforme al Protocolo; los

55 *Ibíd.*, artículos 16 a 18.

56 Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 19.

57 Protocolo de San Salvador, artículo 18.

informes se presentan al Secretario General de la OEA y este transmite copia a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y las partes pertinentes a los organismos especializados en temas de su interés.

Los órganos encargados por el Protocolo para efectuar recomendaciones sobre dichos informes son el Consejo Interamericano Económico y Social y el Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, que han sido eliminados de la estructura oficial de la Organización de los Estados Americanos, la cual ahora cuenta con el Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral.

Para casos de violaciones de los derechos de personas trabajadoras, de la organización de sindicatos y de la libre afiliación al sindicato de su elección, así como para violaciones del derecho a la educación según se recepta en el Protocolo, el instrumento habilita la aplicación del sistema de peticiones individuales establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por último, el Protocolo destaca que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos podrá formular las observaciones y recomendaciones que considere pertinentes sobre la situación de los derechos económicos, sociales y culturales establecidos, en todos o algunos de los Estados Partes, y puede incluirlas en el informe anual que presenta ante la Asamblea General de la OEA, o confeccionar un informe especial.

6. La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer fue adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos celebrada en Belém do Pará, Brasil, en el año 1994. Este instrumento identifica a la violencia contra la mujer como una violación a los derechos humanos en general, y establece medidas para condenar y terminar con dicha práctica, así como para establecer parámetros de conducta culturales diferentes a los actuales, que la prevengan⁵⁸. En ella se

⁵⁸ Un detalle de esta Convención puede encontrarse en Salvioli, Fabián, *Curso básico sobre el sistema interamericano de derechos humanos*; publicación en línea del Instituto Interamericano de Derechos Humanos: www.iidh.ed.cr/CursosIIDH, San José, Costa Rica, 2003; para mayor profundidad puede acudir a García Muñoz, Soledad, *Utilización del sistema interamericano para la protección de los derechos humanos de las mujeres*, en el mismo portal electrónico.

reconoce que toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia tanto en el ámbito público como privado; e igualmente se reafirma el derecho de toda mujer al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y libertades consagrados en los instrumentos regionales e internacionales de protección de los derechos humanos⁵⁹. Cabe señalar que la Convención no establece distinción entre tipos de derechos, a efectos de pronunciarse sobre el disfrute de estos.

En su artículo 5, la Convención señala que toda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y contará con la total protección para ello. Seguidamente, los Estados Partes, en el instrumento, reconocen que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de todos esos derechos. Se establece que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye el derecho “[...] a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación”⁶⁰. En el análisis de este punto queda claro que la orientación hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y la educación para la comprensión, la justicia y la paz, son objetivos que deben guiar toda educación. La educación no estereotipada requiere una revisión profunda de la práctica docente, la currícula educativa e igualmente de los textos escolares; como destaca la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación “El análisis de libros de texto escolares ha reflejado con frecuencia un panorama en que la mujer está en casa en tanto que el hombre hace historia fuera de ella”⁶¹.

Los Estados Partes están obligados a brindar el derecho a la educación bajo estos parámetros; ello redundará en el objetivo de lograr la erradicación de la violencia contra las mujeres, y hará posible el disfrute de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Los Estados, de acuerdo con la Convención, asumen la obligación de adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia

59 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, artículo 4.

60 *Ibíd.*, artículo 6.b.

61 Tomasevski, Katarina, “Contenido y vigencia del derecho a la educación”, en *Revista* n. 34, San José, Costa Rica, Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2002, p. 34.

contra la mujer, y la puesta en marcha de otras medidas progresivas. Entre estas se encuentran el diseño de programas de educación formal y no formal apropiados a todo nivel del proceso educativo, tendientes a modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres; así como el fomento y apoyo al desarrollo de programas de educación gubernamental y del sector privado para concientizar al público sobre los problemas relacionados con la violencia contra las mujeres.

Los Estados deben ofrecer a la mujer víctima de violencia el acceso a programas eficaces de rehabilitación y capacitación que le permita a aquella participar plenamente en la vida pública, privada y social. La Convención obliga a los Estados Partes a suministrar los servicios especializados apropiados para la atención necesaria de la mujer víctima de violencia, “inclusive refugios, servicios de orientación para toda la familia, cuando sea del caso, cuidado y custodia de los menores afectados”.

Para la adopción de las medidas contempladas en la Convención, el instrumento señala que los Estados deberán tener especialmente en cuenta, entre otros factores de particular vulnerabilidad, la situación socioeconómica desfavorable de la mujer⁶².

7. La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad

La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad fue adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos que se celebró en la ciudad de Guatemala, en junio de 1999; este instrumento destaca y alienta la puesta en marcha de acciones de “discriminación positiva” (acciones afirmativas) que tiendan a promover la integración social y el desarrollo personal de las personas con discapacidad.

Las personas con discapacidad suelen sufrir violaciones graves de sus derechos civiles y políticos, aunque en materia de derechos económicos, sociales y culturales la situación resulta pavorosa; ello ha sido uno de los motivos que generó la creación de la Convención: “Esta ofensiva tiene sus frutos a partir de un informe del Relator

62 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, artículo 9.

Especial sobre la situación de los derechos humanos de las personas con discapacidad, en el cual se dio a conocer ante la comunidad internacional lo que ya el movimiento de personas con discapacidad conocía: los índices de analfabetismo, desnutrición, desempleo, por ejemplo, fueron alarmantes”⁶³.

En su artículo III, la Convención señala que para lograr sus objetivos, los Estados se comprometen a adoptar medidas de distinto carácter; destacan las que son de tipo social, educativa y laboral, así como las de la esfera del empleo, el transporte, la vivienda, la recreación y la educación.

La educación para eliminar progresivamente la discriminación comprende dos vías de trabajo: por un lado, se hace hincapié en la educación y formación ocupacional de las personas con discapacidad, para asegurarles un nivel óptimo de independencia y de calidad de vida; por el otro, se enfatiza la educación hacia el resto de la población, que debe ser dirigida a eliminar prejuicios, estereotipos y otras actitudes que atentan contra el derecho de las personas a ser iguales⁶⁴.

Igualmente, se promueve la cooperación entre los Estados Partes para colaborar de manera efectiva en la investigación científica y tecnológica, y el desarrollo de medios y recursos tendientes a promover para las personas con discapacidad la vida independiente, la autosuficiencia e integración total en la sociedad, en condiciones de igualdad.

Como mecanismo de supervisión, la Convención crea el Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, el cual recibe y analiza informes periódicos de los Estados Partes, y formula conclusiones, observaciones y sugerencias generales⁶⁵; aunque ello no constituye obstáculo para que un caso de discriminación pueda ser objeto de una comunicación individual ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, donde se alegue violación a la Declaración Americana o al Pacto de San José de Costa Rica.

63 Cuéllar Martínez, Roberto, “Presentación”, en *Convención Americana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad*, Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2000, p. 8.

64 Convención Americana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, artículo III.

65 *Ibíd.*, artículo VI.

8. Los derechos económicos, sociales y culturales en los instrumentos emanados de las Cumbres de las Américas

Las Cumbres de las Américas conforman espacios de intercambio y encuentro donde la totalidad de los Jefes y Jefas de Estado y de Gobierno de los países americanos asisten con el objeto de promover la búsqueda de soluciones a problemas y necesidades comunes de la región. El proceso de Cumbres de las Américas se inició en el año 1994, ocasión en la que las y los líderes políticos del hemisferio se reunieron en la ciudad de Miami, Estados Unidos. A partir de allí, y en cada oportunidad en que los encuentros se celebraron, la agenda de temas de discusión y debate alentó un sostenido trabajo en áreas económicas, sociales y políticas.

En las declaraciones los Estados expresan sus motivos de preocupación e interés, y alientan la satisfacción y el alcance de ciertos fines comunes; en los planes de acción, en cambio, los representantes de los países americanos señalan el cuerpo de iniciativas concretas destinadas a promover las condiciones necesarias para el logro de los objetivos. Asimismo, las Cumbres crean los grupos de trabajo de revisión y seguimiento que luego tienen a su cargo el control del cumplimiento de los principios y las acciones allí desplegadas.

La Primera de las Cumbres de las Américas (Miami, 1994) dio lugar a una iniciativa por la cual en 1996 se efectuó la Cumbre Especializada de las Américas sobre Desarrollo Sostenible, en la localidad de Santa Cruz, Colombia. En 1998 se realizó en Santiago de Chile la Segunda Cumbre de las Américas. La ciudad de Québec, Canadá, fue anfitriona de la Tercera Cumbre de las Américas, evento que tuvo lugar en el año 2000; finalmente, en el año 2004 se realizó la Cumbre Extraordinaria de las Américas en Monterrey, México.

Quizás la Cumbre donde directamente se abordaron los problemas del continente como problemas de derechos humanos fue la celebrada en Canadá, en el año 2001. Allí se sintetizaron los avances y los desafíos entonces pendientes de la región. Entre los temas tratados en el encuentro figura el de los derechos humanos en general, el desarrollo rural, el trabajo, el crecimiento con equidad, la educación, la salud, la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas, así como la diversidad cultural.

El texto de la Declaración de Canadá reconoce una vez más que la corrupción menoscaba valores democráticos básicos, lo cual representa un desafío a la estabilidad política y al crecimiento económico y, por tanto, constituye una amenaza de los intereses vitales del hemisferio; se renueva el compromiso en la lucha contra el flagelo de la droga, y del VIH-SIDA; se advierte sobre el desafío que presenta la gestión ambiental, por cuanto los Estados se comprometen a fortalecer la protección del medio ambiente y el uso sostenible de los recursos naturales con miras a asegurar un equilibrio entre el desarrollo económico, el desarrollo social y la protección del medio ambiente.

En el Plan de Acción se reconoce que la protección universal y la promoción de los derechos humanos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales son fundamentales para el funcionamiento de las sociedades democráticas; por ello se promueve el fortalecimiento de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos. De manera similar, el documento alienta el fortalecimiento de la capacidad de las instituciones gubernamentales que tengan el mandato de promover y proteger los derechos humanos. En materia de promoción de los derechos de la mujer, el Plan prevee la integración de la perspectiva de género y el desarrollo de programas de capacitación y difusión de información sobre los derechos humanos de la mujer. Hay otras previsiones sobre trabajo, educación y salud.

La Cumbre Extraordinaria de las Américas realizada en Monterrey se convocó con el objetivo de avanzar en la adopción de medidas para combatir la pobreza, promover el desarrollo social, generar las condiciones para posibilitar el crecimiento con equidad, y reforzar las democracias. Allí, las naciones americanas reafirman su compromiso con la Carta Democrática Interamericana y con los mandatos de las Cumbres previas.

Los documentos aprobados en estos encuentros (declaraciones y programas de acción) no son jurídicamente vinculantes; sin embargo, constituyen directrices que pueden complementar a las normas sobre derechos económicos, sociales y culturales adoptadas en el sistema interamericano de derechos humanos. Así, pueden ser tomados por las instituciones de la sociedad civil (organizaciones no gubernamentales) a los efectos de evaluar si los gobiernos han establecido programas nacionales para cumplir progresivamente con los compromisos plasmados en los instrumentos emanados de las Cumbres de las Américas.

9. Los derechos económicos, sociales y culturales en la Carta Democrática Interamericana

La Carta Democrática Interamericana fue adoptada en la ciudad de Lima, Perú, el 11 de septiembre de 2001, durante la primera sesión plenaria del vigésimo octavo período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos.

Un recorrido por el desarrollo histórico de la salvaguarda de los derechos y las libertades fundamentales de las personas en el continente americano durante el último medio siglo, nos lleva a la conclusión de que en la esfera de los derechos humanos, la OEA ha tenido una marcada inclinación hacia la preservación y la protección de la democracia como sistema, y de sus elementos esenciales⁶⁶. La relación entre democracia, desarrollo y derechos humanos es cada vez más estrecha e indisoluble; las democracias sólo son substanciales si se respetan y garantizan los derechos humanos desde su concepto integral.

Así lo ha entendido la Carta Democrática Interamericana al referirse concretamente a los derechos económicos, sociales y culturales: “la promoción y observancia de los derechos económicos, sociales y culturales son consustanciales al desarrollo integral, al crecimiento económico con equidad y a la consolidación de la democracia en los Estados del Hemisferio”⁶⁷.

En el Preámbulo de la Carta se postula una vez más que la lucha contra la pobreza es esencial para la promoción y consolidación de la democracia, y constituye una responsabilidad común y compartida por la totalidad de los Estados americanos. A continuación, se señala que la promoción y protección de los derechos humanos es condición fundamental para la existencia de una sociedad democrática, y no establece diferencias entre derechos humanos civiles, económicos, sociales, políticos, y/o culturales. Por el contrario, el Preámbulo destaca la fundamental importancia de una serie de derechos entre los que se ubican los relativos a la educación, al medio ambiente sano, y a la libre asociación de trabajadores y trabajadoras.

66 Ver Salvioli, Fabián, “El sistema interamericano de derechos humanos a favor de la democracia substancial”, en *Garantías* n. 3, La Plata, Defensoría del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, 2000, págs. 42-31.

67 Carta Democrática Interamericana, artículo 13.

Al respecto, en lo atinente a la educación, el Preámbulo sostiene que esta es un medio eficaz para lograr una participación significativa de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones dentro de sus respectivos países, y reafirma la importancia del desarrollo de los recursos humanos para lograr un sistema democrático y sólido. En materia de medio ambiente, la Carta expresa que este resulta indispensable para el desarrollo integral del ser humano, lo que contribuye a la democracia y la estabilidad política. En cuanto a los trabajadores y trabajadoras, se afirman sus derechos a asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, lo cual es fundamental para la plena realización de los ideales democráticos.

Es destacable subrayar que el Preámbulo de la Carta Democrática tiene presente al Protocolo de San Salvador y afirma el carácter progresivo del desarrollo del derecho internacional, disciplina desde donde se desenvuelven los sistemas de protección de la persona humana, tanto en el plano regional como universal.

En la segunda parte, los Estados identifican a la democracia como un elemento fundamental para los derechos humanos⁶⁸, y afirman que la eliminación de toda forma de discriminación —especialmente las de género, étnica y racial—, y de las diversas formas de intolerancia, así como la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y las personas migrantes y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas, contribuyen al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana.

En el instrumento se destaca que la democracia, para ser enriquecida, exige el goce efectivo de los derechos de los trabajadores y las trabajadoras, y los derechos humanos derivados de la relación laboral⁶⁹.

En la tercera parte, las naciones americanas subrayan la indisolubilidad del desarrollo económico y social y la democracia⁷⁰, y enfatizan que la pobreza, el analfabetismo y los bajos niveles de desarrollo humano son factores que inciden negativamente en la consolidación de la democracia; se comprometen a adoptar y ejecutar todas las acciones necesarias para la creación de empleo productivo, la reducción de la pobreza y la erradicación de la pobreza extrema, teniendo en cuenta las diferentes realidades y condiciones

68 *Ibíd.*, artículo 7.

69 *Ibíd.*, artículo 10.

70 *Ibíd.*, artículo 11.

económicas de los países del Hemisferio. Seguidamente, la Carta Democrática Interamericana afirma que el ejercicio de la democracia facilita la preservación y el manejo adecuado del medio ambiente.

En materia de educación los países adoptantes coinciden en manifestar que esta resulta clave para fortalecer las instituciones democráticas, promover el desarrollo del potencial humano, aliviar la pobreza y fomentar un mayor entendimiento entre los pueblos. Es esencial una educación de calidad al alcance de todos, incluyendo a las niñas y las mujeres, los habitantes de las zonas rurales y las personas que pertenecen a las minorías.

En la sexta y última parte, se afirma que la OEA continuará desarrollando programas y actividades dirigidos a promover los principios y las prácticas democráticas, así como a fortalecer la cultura democrática en el hemisferio, y se considera que la democracia es un sistema de vida fundado en la libertad y el mejoramiento económico, social y cultural de los pueblos. La organización se compromete a mantener consultas y cooperar continuamente con los Estados Miembros, tomando en cuenta los aportes de organizaciones de la sociedad civil que trabajen en esos ámbitos.

Como puede observarse, este instrumento también posee valiosos conceptos que inciden en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales; se afirma la indivisibilidad de todos los derechos humanos y la relación de estos con el sistema democrático.

Los derechos económicos, sociales y culturales en la labor de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

1. Introducción

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, creada en 1959 en una Reunión Extraordinaria de consulta de Ministros de Relaciones Exteriores⁷¹, inició su labor con funciones de promoción básicamente. La necesidad de poner freno a los abusos del Estado y así evitar situaciones de violación sistemática de los derechos humanos, es decir, de aquellos patrones de conducta mediante los cuales se vulneraban de manera reiterada derechos y libertades de hombres

71 Nos referimos a la Resolución VII de la Quinta Reunión Extraordinaria de Ministros de Relaciones Exteriores, realizada en Santiago de Chile en 1959.

y mujeres, determinó que en 1967 la Comisión Interamericana se transformara en un órgano principal de la OEA⁷².

La posibilidad de supervisión de la situación de los derechos humanos en cualquier Estado miembro de la OEA es uno de los logros evidentes del sistema interamericano, pues aun cuando un Estado no ratifique el Pacto de San José ni las restantes convenciones, permanece obligado a cumplir con la Declaración Americana de 1948.

Entre las funciones de las que dispone la Comisión, se encuentra la de elaborar periódicamente informes sobre la situación de los derechos humanos dentro de los distintos países americanos. De esta forma la Comisión observa el nivel general de cumplimiento de cada Estado respecto de las obligaciones asumidas por estos en materia de derechos humanos, y efectúa recomendaciones cuando entiende que el grado de goce de los derechos fundamentales que el Estado garantiza no es el adecuado.

La recepción y tramitación de comunicaciones individuales resulta ser la otra función básica, y la más importante, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De oficio o a través de una denuncia que formule una persona, un grupo de personas o una organización no gubernamental reconocida en algún Estado de la OEA, la Comisión analiza y se pronuncia respecto a la violación por parte de un Estado, de algún instrumento interamericano que le sea aplicable a este. En el proceso ante la Comisión las partes son: el, la o los denunciantes (que pueden o no ser las víctimas de la violación) y el Estado acusado. Un asunto admisible ante la Comisión puede finalizar con una solución amistosa, un informe final de la Comisión Interamericana, o con el envío del asunto a la Corte Interamericana por parte de aquella.

La Comisión Interamericana recomendó a la Asamblea General que destaque la importancia para el Continente Americano de respetar los derechos económicos, sociales y culturales; producto de ello se han efectuado dos pronunciamientos expresos sobre la cuestión aprobados por la Asamblea General de la OEA, a principios de la década de 1980⁷³.

72 Esta medida fue adoptada en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria llevada a cabo en Buenos Aires en 1967, donde se modificó sustancialmente la Carta de la Organización de los Estados Americanos.

73 Asamblea General, Resolución 510 (1980) y Resolución 510 (1981).

La Convención Americana otorga a la Comisión funciones concretas en cuanto a los Derechos Económicos Sociales y Culturales, como la de recibir y examinar los informes que los Estados realizan en la materia, para que cumpla su misión de velar “porque se promuevan los derechos derivados de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos reformada por el Protocolo de Buenos Aires”⁷⁴.

Igualmente el Protocolo de San Salvador destaca que la Comisión Interamericana podrá formular las observaciones y recomendaciones que considere pertinentes sobre la situación de los derechos económicos, sociales y culturales establecidos en el mismo, en todos o algunos de los Estados Partes, las que podrá incluir en el Informe Anual a la Asamblea General, o en un Informe Especial, según lo considere más apropiado⁷⁵.

El Estatuto de la Comisión Interamericana fue aprobado por la Asamblea General de la OEA en su noveno período ordinario de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, en octubre de 1979. Allí se destacan la naturaleza, los propósitos, la composición, la estructura, la sede, las reuniones, las funciones y las atribuciones de la Comisión y algunas disposiciones sobre su Secretaría Ejecutiva.

Dentro de sus funciones generales –aplicables a todos los Estados de la OEA hayan ratificado o no los pactos o protocolos de derechos humanos del sistema interamericano– están la de formular recomendaciones a los gobiernos para que adopten medidas progresivas a favor de los derechos humanos, en el marco de sus legislaciones, de sus preceptos constitucionales y de sus compromisos internacionales, y también disposiciones apropiadas para fomentar el respeto a estos derechos; preparar los estudios o informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones, solicitar a los gobiernos que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos y rendir un informe anual a la Asamblea General⁷⁶.

El artículo 20 del Estatuto indica especialmente para los Estados que no son partes en la Convención Americana, que la Comisión

74 Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 42.

75 Protocolo de San Salvador, artículo 19.7.

76 Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, artículo 18, incisos b, c, d y f.

debe prestar particular atención a la observancia de los derechos humanos mencionados en los artículos I (vida, libertad, seguridad e integridad), II (igualdad ante la ley), III (libertad religiosa y de culto), IV (libertad de investigación, opinión, expresión y difusión), XVIII (derecho a la justicia), XXV (protección contra la detención arbitraria) y XXVI (derecho a proceso regular), contenidos en la Declaración Americana de 1948.

Esta previsión, que señala la preocupación de esforzarse en el trabajo de la Comisión para la promoción de la observancia de estos derechos, de ninguna manera puede ser entendida como una limitación a la capacidad de la Comisión para recibir comunicaciones individuales contra cualquier Estado de la OEA, respecto a los derechos económicos y sociales explicitados en la Declaración Americana; como principio no deben presumirse limitaciones del alcance de los derechos, ni de los mecanismos de tutela, si estas no están previstas expresamente. De hecho, en el presente capítulo se destacarán casos en los que la Comisión ha señalado que un Estado ha violado algunos derechos económicos, sociales y culturales contenidos en la Declaración Americana de 1948.

2. Los derechos económicos, sociales y culturales en los informes especiales de la Comisión Interamericana

Al examinar la situación de los derechos humanos en los distintos países, en el Informe Anual correspondiente a los años 1979-1980, la Comisión Interamericana ha constatado la relación orgánica entre la violación de los derechos a la seguridad física, por una parte, y el descuido de los derechos económicos y sociales y la supresión de la participación política, por otra⁷⁷.

Más adelante, la Comisión indica que el elemento social de la obligación jurídica asumida por todo gobierno en materia de derechos económicos, sociales y culturales es procurar la realización de las aspiraciones sociales y económicas de su pueblo siguiendo un orden que dé prioridad a las necesidades básicas de salud, nutrición y educación. La prioridad de “los derechos de supervivencia” y “las necesidades básicas” es una consecuencia natural del derecho a la seguridad personal⁷⁸.

77 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 1979-1980, capítulo VI, párrafo 2.

78 *Ibíd.*, capítulo VI, párrafo 6.

La Asamblea General de la Organización recomendó en 1990 a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos realizar un estudio preliminar, que finaliza con la inclusión, en el Informe Anual 1991, de un capítulo dedicado a los campos en los cuales tienen que tomarse medidas para dar más vigencia a los derechos humanos, de conformidad con la Declaración Americana y la Convención Americana, y brinda “particular atención” a los derechos económicos, sociales y culturales.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha recurrido en muchas oportunidades a confeccionar y publicar la situación general de los derechos humanos dentro de un Estado miembro de la OEA, paralelamente a la tramitación de peticiones individuales concretas. Generalmente la Comisión toma la decisión de llevar adelante esta tarea cuando posee elementos de suficiente entidad que llaman la atención de la misma. Los primeros informes sobre países que elaboró la Comisión Interamericana tienen una estructura rudimentaria –aunque de un valor incalculable por el impacto que produjeron–; con posterioridad se ha avanzado en cuanto a los enfoques generales y la calidad del trabajo desde el punto de vista de la técnica jurídica.

En materia de derechos económicos, sociales y culturales el trabajo de la Comisión no ha sido uniforme, aunque siempre estuvo presente; en primer lugar, debe señalarse que existen informes sobre países que contienen capítulos especiales sobre derechos económicos, sociales y culturales en los primeros años de trabajo –como el caso del informe sobre Nicaragua de 1981⁷⁹ y el de Cuba de 1983, aunque aquí no hay un capítulo especial sino varios capítulos donde se abordan el derecho al trabajo, la seguridad social, la alimentación, los niveles de nutrición y malnutrición, la salud y la educación⁸⁰.

Pero luego esta tendencia es dejada de lado hasta que entre 1997 y el año 2001 la Comisión tomó la decisión de jerarquizar su trabajo en materia de derechos económicos, sociales y culturales a través de su competencia de examinar la situación de los derechos humanos dentro de un país. Los informes producidos dentro de este período de tiempo poseen capítulos específicos sobre derechos económicos, sociales y culturales⁸¹.

79 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Nicaragua (1981), capítulo IX.

80 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba (1983), capítulos IX, X, XI, XII, XIII y XIV.

81 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre Brasil (1997),

En estos informes generales, es valioso el encuadre jurídico que realiza la Comisión para señalar las **obligaciones de los Estados en materia de derechos económicos, sociales y culturales**, donde se refiere inequívocamente al artículo 26 de la Convención Americana sobre derechos humanos, y al concepto de desarrollo progresivo que contiene el mismo⁸², e integra las disposiciones de la Carta de la OEA⁸³.

La Comisión Interamericana expresa que lo esencial en esta materia es que los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en las normas internacionales que vinculan a un Estado, tengan plena vigencia en la vida cotidiana de cada habitante, y le garanticen de este modo un mínimo de condiciones de vida dignas; remarca también que el carácter progresivo del deber de realización de estos derechos, no implica que un Estado pueda demorar la toma de todas aquellas medidas que sean necesarias para hacerlos efectivos. Por el contrario, tienen la obligación de iniciar inmediatamente el proceso encaminado a su completa realización. La Comisión considera finalmente que bajo ningún motivo, el carácter progresivo de los derechos significa que un Estado puede diferir indefinidamente los esfuerzos desplegados para su completa realización⁸⁴.

La Comisión también ha enfatizado que el Protocolo de San Salvador no inaugura la protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano; en un informe producido cuando el Protocolo aún no había alcanzado el número necesario de ratificaciones para su entrada en vigor, la Comisión señalaba que:

capítulo II; Informe sobre México (1998), capítulo VIII; Informe sobre Colombia (1999), capítulo III; Informe sobre Perú (2000), capítulo VI; Informe sobre Guatemala (2001), capítulo III; Informe sobre Paraguay (2001), capítulo V.

82 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en México (1998), párrafo 590; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay (2001), capítulo V; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú (2000), capítulo VI.

83 Por ejemplo, en el Informe sobre Brasil de 1997, la Comisión señala “[...] La adopción de medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales es un compromiso internacional asumido por Brasil al ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos según su artículo 26, que señala que esos derechos son los ‘contenidos en la Carta de la OEA...’. Al respecto, la Carta de la OEA en su artículo 33 indica que entre los objetivos básicos de su desarrollo integral convenidos por los países en la Carta, se encuentran la igualdad de oportunidades, y la distribución equitativa de la riqueza y de la renta” (capítulo II, párrafo 1).

84 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia (1999), capítulo III, párrafos 5 y 6.

El hecho de que todavía no haya entrado en vigencia este Protocolo, sin embargo en modo alguno significa que en el ámbito del sistema interamericano se carezca de normas que tutelan de manera directa a los derechos económicos, sociales y culturales y que generan obligaciones internacionales para el Estado colombiano. El artículo 26 de la Convención Americana requiere que los Estados Partes adopten “providencias”, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional [...] para lograr progresivamente, por vía legislativa u otros medios apropiados, la plena efectividad [...]

de tales derechos. Como ya ha dicho anteriormente la Comisión, si bien el artículo 26 no enumera medidas específicas de ejecución, dejando que el Estado determine las medidas administrativas, sociales, legislativas o de otro tipo que resulten más apropiadas, expresa la obligación jurídica por parte del Estado de encarar dicho proceso de determinación y de adoptar medidas progresivas en ese campo. El principio del desarrollo progresivo establece que tales medidas se adopten de manera que constante y consistentemente promuevan la plena efectividad de esos derechos.

Por otra parte, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la reforma efectuada a través del Protocolo de Buenos Aires, en diferentes artículos, entre los que se destacan el 33, 44 y 48, consagra diferentes derechos económicos, sociales y culturales⁸⁵.

En varios informes se hace hincapié en el contenido sobre derechos económicos, sociales y culturales de la **Declaración Americana de 1948, y sus efectos jurídicos** vinculantes para los Estados de la OEA⁸⁶.

En el análisis global, la Comisión también recurre a las **obligaciones contraídas por los Estados conforme sean partes en otros instrumentos internacionales**; particularmente ha señalado deberes establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en diferentes convenios de la Organización Internacional del Trabajo⁸⁷.

85 *Ibíd.*, capítulo III, párrafo 4.

86 Ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia (1999), capítulo III, párrafo 4: “[...] la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en sus artículos XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI y XXII enumera mucho de estos derechos. Como ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Declaración Americana tiene plenos efectos jurídicos y los Estados miembros de la OEA están obligados por ella”.

87 Ver por ejemplo Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia (1999),

Las características de **indivisibilidad e interdependencia** de todos los derechos humanos forman parte de los puntos resaltados por la Comisión cuando estudia capítulos referidos a los derechos económicos, sociales y culturales, dentro de los informes generales sobre un Estado miembro de la OEA⁸⁸.

Una constante en estos informes es hacer hincapié en el impacto sobre el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, que proviene de la **injusta distribución de la riqueza y las condiciones de extrema pobreza**⁸⁹. La distribución equitativa de la renta es fundamental para combatir la pobreza desde el punto de vista de la Comisión Interamericana, y para esta los Estados están obligados a llevar a cabo dicha política sobre la base de la Carta de la OEA (para todos los miembros de la entidad) y la Convención Americana de Derechos Humanos (para los Estados que la han ratificado). La extrema pobreza repercute negativamente, a juicio de la Comisión, en el disfrute de todos los derechos humanos y en el propio sistema democrático⁹⁰.

El trabajo que realiza la Comisión para expedirse sobre derechos económicos, sociales y culturales es complejo, y habitualmente se auxilia en indicadores y estudios especiales para concluir si hay o no regresión en el disfrute de aquellos derechos. Por ello, la Comisión Interamericana **recurre a informes de otras entidades**, tanto nacionales como de cooperación internacional, que otorgan índices para ser considerados⁹¹.

capítulo III; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú (2000), capítulo VI.

88 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay (2001), capítulo V, párrafo 4.

89 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil (1997), capítulo II, párrafo 1; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en México (1998), párrafo 590; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala (2001), párrafo 50.1.

90 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay (2001), capítulo V, párrafo 17.

91 En el Informe sobre Paraguay (2001), la Comisión recurre a consideraciones de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, estudios conjuntos de los bancos Africano de Desarrollo, Asiático de Desarrollo, Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo, y el Banco Interamericano de Desarrollo; también se recurre al Informe sobre Desarrollo Humano realizado por el PNUD (capítulo V, párrafos 7 a 12). En el Informe sobre Guatemala (2001) la Comisión recurrió a estudios de Minugua y el Banco de Guatemala, de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), y las conclusiones de la Comisión de Esclarecimiento Histórico.

En estos informes generales se trabajan algunos derechos económicos, sociales y culturales en particular, como la **educación**⁹², y para ello se estudian índices tales como porcentajes de analfabetismo. Las condiciones del derecho a la **salud** es otra constante en estos informes, tanto en el espectro de la salud pública como en las condiciones sanitarias del marco habitacional⁹³.

En muchos de estos informes bajo análisis, se estudia la situación de vulnerabilidad de la **niñez**⁹⁴, y en particular la de **niños y niñas que viven en la calle**⁹⁵.

Igualmente, la Comisión ha encontrado en varias oportunidades las diferencias que existen en cuanto al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, entre la población urbana y la **población rural**⁹⁶.

92 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala (2001), capítulo III, D. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en México (1998); en las recomendaciones, la Comisión solicita al Estado de México que continúe las inversiones y mejore las condiciones, en general, en el sector de la educación, con el propósito de aumentar los índices de atención escolar, y desarrollar programas de alfabetización para los adultos e indígenas (párrafo 607).

93 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala (2001), capítulo III, E; en este estudio se analizan, además, las tasas de mortalidad infantil y la Comisión llega a la conclusión de que las principales causas de muerte varían según la condición socioeconómica, la etnia, el género, y sobre todo la desnutrición. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay (2001), capítulo V F; apoyándose en un estudio del Círculo Paraguayo de Médicos, la Comisión indica que la oportunidad de acceder a la salud tiene relación directa con la situación económica de la población, las bajas condiciones sanitarias del contexto y las políticas públicas del Ministerio de Salud, y resalta los brotes epidémicos de varias enfermedades durante 1999 y aspectos relativos a la salud materno-infantil (párrafos 45-46). Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en México (1998); en las recomendaciones, la Comisión solicita al Estado de México que incremente las inversiones en el área de salud, con el objetivo de garantizar a toda la población el acceso a los servicios básicos (párrafo 606).

94 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay (2001), capítulo VII; de particular interés es el tratamiento del trabajo infantil (ítem E), el maltrato, la explotación sexual y el abuso que sufren niñas y niños (ítem F) y la desatención a los niños y las niñas en el sistema de salud (ítem H). Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú (2000), capítulo VIII.

95 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala (2001), capítulo XII, B; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay (2001), capítulo VII, D.

96 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia (1999), capítulo III; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay (2001), capítulo V, D (con énfasis en la mala distribución

La Comisión ha enfatizado también aspectos relacionados con el **derecho al trabajo y a otros derechos derivados de la relación laboral**⁹⁷; algunas veces se subrayan problemas de trabajos forzados o ataques a dirigentes sindicales por su condición de tales.

Cabe indicar que en los informes sobre países donde hay capítulos específicos sobre derechos económicos, sociales y culturales, algunos de estos aspectos se abordan en otros capítulos como los que se refieren a pueblos indígenas, y derechos de las mujeres⁹⁸.

Otros informes sobre países realizados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que no tienen capítulos especiales sobre derechos económicos, sociales y culturales, de todas formas son abordados en el tratamiento de los derechos de algún sujeto en particular.

En el Informe sobre El Salvador⁹⁹, la Comisión no se aboca a un estudio pormenorizado de los derechos económicos, sociales y culturales, pero enumera los artículos pertinentes de la Carta de la OEA y enfatiza que ha considerado conveniente incluir un capítulo en el cual se reseñan algunos indicadores socioeconómicos sobre El Salvador, “con el propósito de presentar una visión más completa de la situación general del país”. Este tratamiento es similar al que se realiza en otros informes posteriores, como el producido por la Comisión Interamericana respecto a Guatemala en 1993¹⁰⁰.

de la tierra); Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil, (1997) párrafo 47, c.

97 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay (2001), capítulo V, E; párrafos 35 a 43, la Comisión aborda los derechos sindicales, el derecho al trabajo y a la seguridad social, en especial las condiciones de trabajo, el incumplimiento del salario mínimo por parte de empresas y otros sectores de la economía, la contratación de mano de obra infantil, la violación al horario máximo de trabajo y la falta de cobertura médica y previsiva. Asimismo, constata persecuciones sindicales y despidos de trabajadores por organizar un sindicato. En torno a la seguridad social recurre a un estudio de la Organización Internacional del Trabajo que revela la dramática situación en la materia y la falta de transparencia de la administración de fondos del sistema. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil (1997), capítulo VII (referido a los derechos humanos de los trabajadores y trabajadoras rurales).

98 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en México (1998), capítulo IX, Conclusiones y recomendaciones finales, párrafo 744 (en relación con pueblos indígenas); capítulo IX, Conclusiones y recomendaciones finales, párrafo 752 (en relación con derechos de las mujeres).

99 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en El Salvador, capítulo XI (si bien el capítulo se llama “Derechos económicos y sociales”, en él no se realiza un estudio pormenorizado de estos, sino aspectos muy generales).

100 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala (1993), capítulo I.

En el Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Haití (1979), la Comisión evalúa desde la perspectiva de la Carta de la OEA y la Declaración Americana de 1948, los derechos a la educación y a la preservación de la salud y el bienestar¹⁰¹, y el derecho al trabajo y a una justa remuneración¹⁰².

Varios informes abordan los **derechos sindicales en el marco de violaciones graves a derechos civiles y políticos**, como un indicador más de la conexión entre todos los derechos humanos. Así, en el informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Argentina (1980), la Comisión Interamericana hace hincapié al abordar los derechos laborales, en la restricción de los derechos sindicales y gremiales, y en la situación sindical (especialmente de los dirigentes sindicales que fueron perseguidos o encarcelados) y en la prohibición de realizar una huelga¹⁰³; este abordaje se realiza de forma similar en los informes sobre Bolivia (1981), Chile (1985), Paraguay (1985), Suriname (1985), Paraguay (1987), Colombia (1993), y Venezuela (2003)¹⁰⁴.

Asimismo, la Comisión ha mostrado preocupación en algunos informes sobre países, respecto a la situación de los derechos humanos de las **personas trabajadoras migrantes y sus familias**¹⁰⁵.

El único caso de evaluación general sobre el derecho al trabajo fue efectuada por la Comisión Interamericana al adoptar en 1983, el Informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba¹⁰⁶;

101 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Haití (1979), capítulo VIII.

102 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Haití (1979), capítulo IX.

103 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Argentina (1980), capítulo VIII.

104 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Bolivia (1981), capítulo V; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile (1985), capítulo X; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay (1985), capítulo VI "Derechos sindicales"; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Suriname (1985), capítulo VI; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay (1987), capítulo VI; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia (1993), Conclusiones, párrafos 10-11 (cabe destacar que aquí la relación es directa con el contexto de violencia política); y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Venezuela (2003), capítulo VII.

105 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana (1999), capítulo IX.

106 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba (1983), capítulo X.

particularmente se analizan el derecho a la selección de ocupación y movilidad laboral, las condiciones de trabajo, en particular lo referente a la remuneración, el descanso y el despido con expediente, otras características del sistema laboral, la situación de los derechos colectivos laborales (libertades sindicales, el derecho de huelga y la negociación colectiva, y la participación de las personas que trabajan en la administración de las empresas).

En varios informes se identifica a **pueblos y población indígena** como quienes más violaciones sufren de los derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido, cabe hacer mención específica a los informes sobre Guatemala (1983) y Suriname (1985)¹⁰⁷. Asimismo, en el informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia realizado en 1993, la Comisión Interamericana aborda diferentes cuestiones sobre derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas. Un capítulo especial se refiere a los derechos a la propiedad y los territorios indígenas, el respeto a los derechos culturales, y un ítem general sobre la vigencia de los derechos humanos de los indígenas¹⁰⁸. También, en el informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, publicado por la Comisión Interamericana en 1997, un factor de preocupación y estudio sobre ella lo ha sido el modo en que han impactado determinadas actividades de desarrollo (explotación petrolífera, apertura de caminos, asentamientos humanos) en los derechos humanos de los habitantes del interior (particularmente varias etnias indígenas milenarias: Quichuas, Shuar, Huaoranis, Secoyas, Sionas, Shiwiar, Cofanes y Achuar)¹⁰⁹.

107 Ver, por ejemplo, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala (1983) y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Suriname (1985), capítulo VIII. La Comisión señala que hay dos grupos que han sido algo abandonados en el examen de los derechos humanos: los "Bush Negroes" y los Amerindios. En cuanto a la situación cultural, se destacó que la identidad cultural de los diferentes subgrupos de la población surinamesa está orgullosamente preservada y en general es respetada por los integrantes de los diferentes grupos. Abundan las iglesias, los templos, las mezquitas, los clubes, organizaciones sociales y restaurantes étnicos, lo que es testimonio de la diversidad de este pueblo. También es evidente una integración considerable. Los casamientos entre los diferentes grupos sociales son corrientes, así como la conversión de los orientales a las sectas cristianas. Se está llevando a cabo la asimilación de algunos maroons y en menor grado la de algunos amerindios, provocada en gran medida por las difíciles condiciones que se viven en el interior y los atractivos económicos y las oportunidades que ofrecen las ciudades de la costa.

108 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia (1993), capítulo XI.

109 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de

Finalmente, en el Informe sobre Guatemala del año 2003, la Comisión ha efectuado consideraciones en torno a la discriminación y exclusión social de los pueblos indígenas, cómo les afecta particularmente la pobreza, y la situación de niños y niñas indígenas, de los cuales un 67% padecen, al momento de la confección del informe, desnutrición crónica. Del mismo modo, la situación de la tierra indígena merece atención de la Comisión¹¹⁰.

En capítulos especiales dentro de los informes sobre países que abordan los **derechos de niños y niñas**, se puntualizan cuestiones atinentes a los derechos económicos, sociales y culturales.

En esta dirección, en el Informe sobre Guatemala de 1993, la Comisión destaca que la mayoría de la población infantil guatemalteca sufre condiciones inaceptables de mortalidad, desnutrición, pobreza familiar, desescolarización, fracaso escolar, y trabajo infantil irregular¹¹¹. Por su parte, el informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana realizado por la Comisión, describe los índices en educación, tasas de analfabetismo y asistencia escolar. También subraya que la

los derechos humanos en el Ecuador (1997): “El ejercicio del derecho a la vida y a la seguridad e integridad física está necesariamente vinculado y, de diversas maneras, depende del entorno físico. Por esa razón, cuando la contaminación y la degradación del medio ambiente constituyen una amenaza persistente a la vida y la salud del ser humano, se comprometen dichos derechos” “[...] La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que sigue imponiendo obligaciones internacionales a todos los Estados miembros, reconoce el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona en el artículo I, y refleja la interrelación entre el derecho a la vida y el derecho a la salud en el artículo XI, el cual prescribe la preservación de la salud y el bienestar del individuo. Esta preocupación prioritaria por la preservación de la salud y el bienestar del individuo queda reflejada en el artículo 4 de la Convención Americana, que garantiza el derecho a la vida, y en el artículo 5, que garantiza el derecho a la integridad física, psíquica y moral [...]” “[...] El derecho a la vida, consagrado en el artículo 4 de la Convención Americana es, como se señala en el capítulo IV de este informe, fundamental en el sentido de que no es derogable y constituye la base para el ejercicio de todos los demás derechos. El artículo 4 protege el derecho de toda persona a que se respete su vida: ‘Este derecho estará protegido por la ley [...] Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente’. El derecho a que se respete la vida individual no se limita, sin embargo, a la protección contra la muerte provocada de manera arbitraria. Los Estados Partes deben tomar ciertas medidas positivas para salvaguardar la vida y la integridad física. La contaminación ambiental grave puede representar una amenaza a la vida y la salud del ser humano, y en su debido caso puede dar lugar a la obligación del Estado de tomar medidas razonables para evitar dicho riesgo, o las medidas necesarias para responder cuando las personas han sido lesionadas”.

110 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala (2003), capítulo IV, B y E.

111 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala (1993), capítulo X.

temprana inserción al trabajo de los menores ha traído como consecuencia el frecuente abandono de su educación, y estos se limitan a desempeñar trabajos que en la mayoría de las ocasiones son mal remunerados, pero cuyo pago representa el sustento diario para ellos y sus familias. Finalmente, se aborda la problemática de la prostitución infantil¹¹².

El informe sobre Guatemala enfoca las consecuencias de la pobreza sobre niños y niñas, el analfabetismo, el trabajo infantil, el tráfico a través de la práctica de la adopción, la situación de niños y niñas de la calle, y el trabajo infantil¹¹³.

En otros informes, la Comisión hace referencia a los derechos económicos, sociales y culturales dentro de capítulos particulares sobre derechos humanos de las **mujeres**, donde destaca cómo la desigualdad y la discriminación repercuten crudamente en el disfrute de aquellos derechos para mujeres y niñas. En el Informe sobre Guatemala de 2003, la Comisión Interamericana trata la situación de la mujer guatemalteca en el capítulo V; ahí se aborda la discriminación histórica que subsiste, las medidas que ha puesto en marcha el Estado para combatirla, las dificultades y carencias legislativas, y la violencia contra la mujer.

En uno de los acápites se analiza la cuestión atinente a los derechos de la mujer en la esfera laboral; el incumplimiento del principio de igual remuneración por igual tarea, malas condiciones de trabajo, acoso, y falta de adecuada inspección y supervisión del Estado. También se toma en consideración que un alto porcentaje de mujeres trabaja en el sector informal.

En lo concerniente al acceso a los servicios esenciales, la Comisión constata que la pobreza tiene un impacto desproporcionado para las mujeres en Guatemala. Respecto a la educación, el informe de la Comisión trata la disparidad en el alcance a todos los niveles educacionales para las mujeres respecto a los hombres¹¹⁴. El informe trata además el acceso a los servicios de salud, y las cuestiones específicas de la vida reproductiva, la mortalidad materna y el

112 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana (1999), capítulo XI.

113 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala (2003), capítulo VI.

114 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala (2003), capítulo V.1, F y L.

embarazo precoz¹¹⁵. Las recomendaciones de la Comisión hacen hincapié en un abordaje integral de género para la política pública del Estado, junto a la toma de medidas concretas en relación con determinados derechos económicos, sociales y culturales¹¹⁶.

Debe indicarse que en otro tipo de informes especiales que produce la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, también existen referencias a los derechos económicos, sociales y culturales. Tal es el caso del Informe sobre la Condición de la Mujer en las Américas¹¹⁷ y el Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Indígenas en las Américas¹¹⁸.

3. Los derechos económicos, sociales y culturales en las peticiones individuales ante la CIDH

El Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala que cualquier persona, grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la OEA pueden presentar comunicaciones en su propio nombre o en el de terceras personas, referentes a la presunta violación de alguno o algunos de los derechos humanos reconocidos, según el caso, en la Declaración Americana de 1948; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Protocolo de San Salvador sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Protocolo sobre la Abolición de la Pena de Muerte; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer¹¹⁹. Igualmente, la Comisión puede iniciar un trámite por sí misma (*motu proprio*) si considera que están dados los requisitos para ello¹²⁰.

Existe la posibilidad de llegar a la protección de los derechos económicos, sociales y culturales por la vía indirecta, a través del principio de no discriminación cuando la misma afecte primariamente a determinados derechos civiles y políticos. Tal es el caso resuelto por la Comisión Interamericana en la petición 11.625 **María**

115 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala (2003), capítulo V. 2.

116 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala (2003), párrafo 327.

117 OEA/Ser.L/V/II.100, Doc. 17, 13 de octubre de 1998, original: español.

118 OEA/Ser.L/V/II.108, Doc. 62, 20 de octubre de 2000, original: español.

119 Cf. Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, artículo 23.

120 Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, artículo 24.

Eugenia Morales de Sierra, donde los peticionarios alegaban que el Código Civil de Guatemala, dispone, entre otros preceptos que se consideran discriminatorios, que una mujer casada solamente puede ejercer una profesión o tener un empleo cuando ello no perjudica sus funciones de “madre y ama de casa”, y que el marido puede oponerse a las actividades de la mujer fuera del hogar de su esposa cuando “tenga razones justificadas”.

La Comisión señaló:

Las disposiciones en cuestión han sido defendidas dentro del marco del derecho interno sobre la base de que sirven para proteger a la familia, en particular a los hijos. Sin embargo, no se ha demostrado vínculo alguno entre el condicionamiento del derecho de la mujer casada a trabajar a la aprobación del esposo, o la subordinación del control por la esposa del patrimonio conyugal al del marido, y la protección efectiva de la familia o los hijos. Al imponer estas y otras formas de subordinación del rol de la esposa, el Estado priva a la mujer casada de su autonomía para elegir y adoptar opciones en su desarrollo y sustento personal. Esta legislación, más específicamente por la manera en que hace depender el derecho de la mujer a trabajar del consentimiento de su esposo, niega a la mujer el derecho equitativo a buscar empleo y beneficiarse de la mayor autodeterminación que ello comporta.

Se oponga o no el esposo de la víctima –en este caso María Eugenia de Sierra– a que esta ejerza su profesión, ello no resulta decisivo a este respecto. El análisis apunta al hecho de que la legislación infringe la esfera personal de la víctima de una manera que no se puede justificar. El solo hecho de que el esposo de María Eugenia Morales de Sierra se pueda oponer a que ella trabaje, mientras que ella no tiene derecho a oponerse a eso, implica una discriminación. Esta discriminación tiene consecuencias desde el punto de vista de su presencia en la sociedad guatemalteca, y refuerza hábitos culturales respecto a los cuales la Comisión ha comentado en su Informe sobre la Condición de la Mujer en las Américas. Como mujer casada, la ley no le acuerda los mismos derechos o el mismo reconocimiento que a otros ciudadanos y no puede ejercer las mismas libertades que estos en la realización de sus aspiraciones. Esta situación tiene un efecto pernicioso en la opinión pública de Guatemala, y en la posición y la condición de María Eugenia Morales de Sierra dentro de su familia, la comunidad y la sociedad¹²¹.

121 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso María Eugenia Morales de Sierra (11.625); Informe 4/01; 19 de enero de 2001; párrafos 49-50.

A continuación pasamos a considerar algunos de los informes elaborados por la Comisión Interamericana en la tramitación de casos individuales, donde específicamente se ha hecho referencia a la violación de derechos económicos, sociales y culturales contenidos en la Declaración Americana, a la Convención Americana y al Protocolo de San Salvador; o al menos se ha establecido la admisibilidad del asunto.

En el caso de la tribu **Ache**, la Comisión Interamericana tuvo que entender una comunicación individual en la cual se denunciaba persecución de sus integrantes, e incluso asesinato, venta de niños, negación de atención médica y de medicinas durante epidemias, malos tratos y tortura, condiciones de trabajo inhumanas, y finalmente hechos tendientes a destruir la cultura de esta tribu.

La Comisión Interamericana concluyó que existían violaciones imputables al Estado, del derecho a la vida, la libertad y la seguridad (artículo I); del derecho a la constitución y a la protección de la familia (artículo VI), del derecho a la preservación de la salud y el bienestar (artículo XI), del derecho al trabajo y a una justa retribución (artículo XIV) y del derecho al descanso y a su aprovechamiento (artículo XV), todos de la Declaración Americana. Asimismo, la Comisión realizó un análisis sobre la destrucción del lenguaje, de la música tradicional y las prácticas religiosas¹²².

La resolución del caso de la tribu Ache constituye un aporte valioso para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales; en efecto, de ella se desprende que la Comisión ha resuelto que se encuentra inequívocamente dentro de su competencia el poder estudiar, tramitar y resolver violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales que se encuentran establecidos en la Declaración Americana de 1948, bajo el sistema de comunicaciones individuales.

El caso **Yanomani** tuvo su origen en la omisión del gobierno brasileño de tomar medidas de protección a este pueblo indígena frente a incursiones masivas de personas al área en que vivían. Estas incursiones ocasionaban la ruptura de la organización social, introducían enfermedades que derivaron en gran número de muertes, e incorporaron la prostitución. Del mismo modo, la política indígena

¹²²Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso tribu Ache (1802), 27 de mayo de 1977; Informe Anual, 1977, capítulo III, pp. 34-35.

del gobierno derivó en la pérdida de tierras y en traslados forzosos, y la ley que creó el Parque Indígena Yanomani fue permanentemente violada. Los peticionarios alegaron violación a varios derechos, entre ellos la preservación de la salud y el bienestar, y la educación. La Comisión Interamericana concluyó, luego de estudiar el asunto, que el gobierno había violado, en perjuicio de los indios Yanomani, los derechos a la vida, la libertad y seguridad, la residencia y el tránsito, y finalmente el derecho a la preservación de la salud y el bienestar¹²³.

En un caso iniciado en el año 1979 contra Cuba, derivado de una comunicación individual en torno a la situación jurídica y las condiciones de detención carcelaria de **Eduardo Capote Rodríguez**, la Comisión Interamericana resolvió que existía violación a varios derechos civiles y políticos, así como al derecho a la preservación de la salud y el bienestar, según el artículo XI de la Declaración Americana de 1948¹²⁴.

El caso de **Milton García Fajardo y otros**¹²⁵ tuvo su origen en el despido de 142 trabajadores realizado por las autoridades aduaneras de Nicaragua, después de que fuera declarada ilegal una huelga en la que habían participado aquellos en reclamo de mejoras laborales; esta huelga fue reprimida bajo el uso desproporcionado de la fuerza por parte de la policía. Los peticionarios alegaron violación a los derechos de la integridad personal, garantías judiciales, indemnización por error judicial, asociación, y protección judicial, todos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Si bien el Estado había opuesto como excepción la presunta litispendencia del mismo asunto ante otra instancia internacional (de la Organización Internacional del Trabajo), la Comisión desechó ese argumento en su informe sobre admisibilidad¹²⁶.

Respecto al fondo, aunque la petición no solicitaba a la Comisión que se expidiera sobre los derechos económicos, sociales y culturales, esta decidió hacerlo aplicando el principio *iura novit*

123 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso Yanomani (7615), 5 de marzo de 1985; punto resolutorio N 1.

124 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso Eduardo Capote Rodríguez (6091), 8 de marzo de 1982.

125 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso Milton García Fajardo y Otros (11.381), 11 de octubre de 2001.

126 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso Milton García Fajardo y Otros (11.381); Informe 14/97 (admisibilidad), 12 de marzo de 1997.

curia. Afirmó que la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, a través del desarrollo progresivo, y recuerda que la Declaración Americana dispone que toda persona tiene derecho al trabajo, al descanso y a la seguridad social en el sentido progresivo¹²⁷. Igualmente, considera que:

los derechos económicos de los trabajadores aduaneros entran en el marco de la protección de los derechos económicos, sociales y culturales tutelados por la Convención Americana en su artículo 26. Las violaciones de los derechos de los trabajadores son claras cuando se habla de los principios de legalidad y retroactividad, así como de la protección de las garantías judiciales. Las violaciones por parte del Estado de Nicaragua determinan los perjuicios económicos y postergan los derechos sociales de los peticionarios [...] La Comisión estima que en el presente caso el Estado nicaragüense, en vez de adoptar medidas de desarrollo progresivo en beneficio de los trabajadores aduaneros, buscó reducir sus derechos, ocasionándoles perjuicios graves en sus derechos económicos y sociales¹²⁸.

Además de concluir que el Estado era responsable de violar el artículo 26 de la Convención, también en este caso la Comisión efectuó consideraciones en torno a las obligaciones de un Estado que ha firmado el Protocolo sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), e indicó que la mejor doctrina de interpretación de derecho de los tratados o de cualquier disposición de derechos humanos estima que aunque no se encuentre en vigor un tratado, los países que lo firmaron no pueden imponer reglas en su contra¹²⁹.

El caso **Jorge Odir Miranda Cortez y Otros**¹³⁰ contra El Salvador fue introducido en el año 2000. Los peticionarios alegaron violaciones de los derechos a la vida, a la integridad personal, a la igualdad ante la ley, a la protección judicial, y a los derechos económicos, sociales y culturales, todos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con la obligación de respeto y garantía y del deber de adoptar las disposi-

127 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso Milton García Fajardo y Otros (11.381), 11 de octubre de 2001, párrafos 95-96.

128 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso Milton García Fajardo y Otros (11.381), 11 de octubre de 2001, fondo, párrafos 95 y 101.

129 *Ibíd.*, párrafo 98 y párrafos 111, 112.

130 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso Jorge Odir Miranda Cortez y Otros (12.249), Informe 29/01, admisibilidad, 7 de marzo de 2001.

ciones de derecho interno, establecidas en los artículos 1 y 2 del Pacto de San José. También en la petición se alegaron violaciones a la Declaración Americana de 1948, y al artículo 10 (derecho a la salud) del Protocolo de San Salvador. Los hechos que motivaron la denuncia radican en la abstención del Estado en proporcionar a 27 personas portadoras del virus del HIV, los medicamentos que integran la triple terapia necesaria para impedirles la muerte y mejorar su calidad de vida.

En su informe sobre admisibilidad, la Comisión señala que no tiene competencia para establecer de manera autónoma, violaciones al artículo 10 del Protocolo de San Salvador a través del sistema de peticiones individuales; sin embargo, sí afirma que puede utilizar dicho Protocolo en la interpretación de otras disposiciones aplicables, a la luz de lo previsto en los artículos 26 y 29 de la Convención Americana¹³¹.

En el año 2002 la Comisión declaró admisible un asunto por violación de varios derechos civiles y políticos de la Convención Americana, así como del artículo 13 sobre el derecho a la educación contenido en el Protocolo de San Salvador, por una petición contra Brasil, originada en determinados hechos cuyas presuntas víctimas son unos adolescentes acusados de cometer infracciones penales, quienes se encuentran en custodia en las Unidades de la Fundación de Bienestar del Menor, en el Estado de São Paulo¹³².

Una petición respecto a Ecuador, por la presunta violación de los derechos humanos del pueblo Kichwa de Sarayaku, al permitir el Estado la realización de actividades por parte de una empresa petrolera en el territorio ancestral de dicho pueblo sin su consentimiento, fue declarada admisible por la Comisión Interamericana. Los peticionarios alegaron violaciones de diferentes derechos, entre ellos la salud y la cultura (artículo 26 de la Convención en concordancia con los artículos XI y XIII de la Declaración Americana); la Comisión omite referirse en su informe a los artículos señalados de la Declaración, pero considera que los hechos denunciados presentan *prima facie* la violación de varios derechos, entre ellos los establecidos en el artículo 26 de la Convención Americana¹³³.

131 *Ibíd.*, párrafos 47 y 49.1.

132 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso adolescentes en custodia de la FEBEM (12.328), Informe 39/02, admisibilidad, 9 de octubre de 2002.

133 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblo Indígena Kichwa

Los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José de Costa Rica, fue creada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹³⁴. Es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹³⁵, y se compone de siete jueces o juezas, nacionales de los Estados miembros de la OEA, quienes ejercen sus funciones a título personal¹³⁶. Tiene dos funciones principales: consultiva y contenciosa.

1. Los derechos económicos, sociales y culturales en las opiniones consultivas

La función consultiva de la Corte Interamericana está fijada en el artículo 64 del Pacto de San José de Costa Rica; en él se indica, primeramente, que podrán solicitar la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la OEA y cualquier Estado miembro de dicha entidad¹³⁷.

A renglón seguido, la Convención faculta a acudir en función consultiva a cualquier miembro de la Organización de los Estados Americanos, para solicitar opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y la Convención Americana de Derechos Humanos u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en las Américas¹³⁸.

El desarrollo de la función consultiva de la Corte ha sido de mucha riqueza para el fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos; en buena medida ello se debe a la propia consideración amplia que ha tenido el Tribunal, tanto en cuanto al alcance de su competencia consultiva, como en la interpretación del

de Sarayaku y sus miembros (167/03), Informe 62/04, admisibilidad, 13 de octubre de 2004.

134 Convención Americana sobre Derechos Humanos, capítulo VIII, artículos 52 y ss.

135 Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1979), artículo 1.

136 *Ibíd.*, artículo 4.

137 Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 64.1.

138 *Ibíd.*, artículo 64.2.

contenido de diferentes derechos humanos que se encuentran en instrumentos internacionales¹³⁹.

Cabe establecer como punto de partida que la Corte tiene competencia para interpretar aspectos referidos a derechos económicos, sociales y culturales contenidos en cualquier tratado, sea su objetivo principal la protección de los derechos humanos u otro, y se haya adoptado este dentro o fuera de la Organización de los Estados Americanos, bajo la única condición de que sea parte en el mismo algún Estado miembro de la OEA. Así, la Corte Interamericana puede entender en su competencia consultiva, por ejemplo, sobre cualquier norma del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales u otros instrumentos adoptados en la Organización de las Naciones Unidas.

Ello se desprende de la primera opinión consultiva resuelta por la Corte Interamericana, emitida a solicitud de Perú. En dicha ocasión, el Tribunal consideró que su función consultiva puede ejercerse “en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados Americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal, o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano”¹⁴⁰.

Particularmente valiosa para la búsqueda de una eficaz garantía y disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, resulta la posibilidad, brindada por el inciso primero del artículo 64 de la Convención Americana, de solicitar a la Corte la interpretación de las obligaciones que derivan de la Declaración Americana de 1948 al respecto, entendido este instrumento como el desarrollo de los derechos humanos que se encuentran en la Carta de la OEA.

Así, la Corte Interamericana se ha expedido en general sobre esta posibilidad al señalar que:

el artículo 64.1 de la Convención Americana autoriza a la Corte para, a solicitud de un Estado miembro de la OEA, o en lo que les

¹³⁹Ver Salvioli, Fabián, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, particularmente el acápite sobre la función consultiva de la Corte Interamericana, pp. 260-271; en XXXV Session d'enseignement, Dossier documentaire, vol. II, Strasbourg, Ed. Institut international des droits de l'homme, 2004.

¹⁴⁰Corte Interamericana de Derechos Humanos, Otros tratados. Objeto de la función consultiva de la Corte (artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC 1/82, de 24 de setiembre de 1982, serie A N 1, párrafo 58, San José, Costa Rica, 1982.

competente, de uno de los órganos de la misma, rendir opiniones consultivas sobre la interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el marco y dentro de los límites de su competencia en relación con la Carta [de la OEA] y la Convención [Americana sobre Derechos Humanos] u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos¹⁴¹.

Un Estado de la OEA podrá, teniendo en cuenta correctamente la letra y el espíritu del artículo 64.2 de la Convención Americana, solicitar al tribunal que se expida sobre la compatibilidad entre cualquiera de sus disposiciones internas (incluida la Constitución Nacional) y las obligaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales que deriven de cualquier instrumento internacional que le sea aplicable.

Por constituir la función consultiva un medio para ayudar a los Estados a cumplir mejor sus obligaciones de derechos humanos, es factible que un Estado miembro de la OEA acuda a la Corte Interamericana para solicitar un dictamen sobre la compatibilidad entre un proyecto de ley y los instrumentos internacionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales que le vinculen; dicha posibilidad se desprende de la jurisprudencia que ha emitido el propio Tribunal, que se declaró competente para conocer, en un pedido que le formulara Costa Rica, respecto a la compatibilidad entre ciertas disposiciones de un proyecto de reforma constitucional con el Pacto de San José de Costa Rica¹⁴².

La responsabilidad internacional del Estado surge por la acción (o la inacción) de cualquiera de sus poderes; en el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales la aprobación de medidas legislativas ocupa un espacio privilegiado, sin menoscabar lo mucho que puede hacerse desde el poder ejecutivo y la trascendental función tutelar de los órganos encargados de administrar justicia. Cuando un Estado adopta una ley por medio de la cual se violan las obligaciones asumidas por él en materia de derechos económicos, sociales y culturales, surgirá su responsabilidad internacional; en

141 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Interpretación de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC 10/89, de 14 de julio de 1989, serie A N 10, párrafo 48, San José, Costa Rica, 1989.

142 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Opinión Consultiva OC 4/84, de 19 de enero de 1984, serie A N 4, párrafo 58, San José, Costa Rica, 1984.

este sentido, cabe destacar la emisión de la Opinión Consultiva N° 14, en la cual la Corte señaló:

la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por el Estado al ratificar o adherir a la Convención, constituye una violación de esta, y en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad del Estado¹⁴³. Si bien ha sido valiosa la identificación de una posible violación del Pacto de San José por la sanción de una norma, erróneamente el Tribunal ligó el surgimiento de la responsabilidad internacional a la existencia de un daño. Más adelante la jurisprudencia del Tribunal evolucionó en un sentido más acorde con el derecho internacional contemporáneo, y la noción de daño ha quedado como un elemento ajeno a la constitución de responsabilidad del Estado cuando existe una ley violatoria del derecho internacional¹⁴⁴.

Las opiniones consultivas 17 y 18 emitidas por la Corte Interamericana, tocan algunos aspectos atinentes a los derechos económicos, sociales y culturales.

En la primera de ellas, referida a la condición jurídica y social de niñas y niños, la Corte ha tomado en cuenta, para emitir su sentencia, diferentes instrumentos jurídicos sobre la niñez, entre ellos la Declaración de Ginebra de 1994, adoptada por la Unión Internacional para la Protección de la Infancia; la Declaración de los Derechos del Niño (y de la Niña) que fuera aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959; y otros que fueran aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, tales como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing, 1985); las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio, 1990); y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad, 1990), además de –naturalmente– la Convención sobre los Derechos del Niño y de la Niña (1989).

143 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC 14/94, de 9 de diciembre de 1994, serie A N 14, párrafo 58, San José, Costa Rica, 1984.

144 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Suárez Rosero (Ecuador), fondo, párrafo 98, sentencia de 12 de noviembre de 1997.

También la Corte Interamericana nombra en su Opinión Consultiva No. 17 otros instrumentos importantes, como el Convenio 138 de la Organización Internacional del Trabajo, y el Protocolo de San Salvador (Anexo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos) en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁴⁵.

La Corte ha enfatizado que el pleno ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños [y niñas] se ha relacionado a las posibilidades del Estado obligado (artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño [y de la Niña]), el cual debe realizar el mayor esfuerzo, de manera constante y deliberada, para asegurar el acceso de los niños [y las niñas] a esos derechos, y el disfrute de los mismos; evitar retrocesos y demoras injustificadas y asignar a este cumplimiento los mayores recursos disponibles¹⁴⁶.

Más adelante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el marco de la fundamentación que le llevó a la emisión de la Opinión Consultiva 17, ha hecho hincapié en cuestiones de derechos económicos, sociales y culturales, referidas particularmente a la condición de niños y niñas. Particularmente, se destacan aspectos relativos al derecho a la educación y el cuidado de la salud, y afirmó que “[...] La verdadera y plena protección de los niños [y las niñas] significa que estos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales [...]”¹⁴⁷.

En la Opinión Consultiva No. 18, sobre la condición jurídica de las personas migrantes indocumentadas, la Corte Interamericana se adentró en la difícil situación de vulnerabilidad por la que aquellas atraviesan, específicamente para reclamar en el plano nacional derechos derivados de relaciones laborales; en particular, cuando se les niega el acceso a la justicia por su situación irregular, se violan los derechos a la igualdad y a la no discriminación.

La Corte señaló que la no discriminación, la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos; el Tribunal observó que

145Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos humanos del niño, Opinión Consultiva OC 17/02, de 28 de agosto de 2002, serie A N 17, párrafos 26-27, San José, Costa Rica, 2002.

146Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición..., párrafo 81.

147Ibíd., párrafo 137.8.

el deber de respeto y garantía obliga a los Estados a no practicar discriminación alguna, y concluye que en el estado actual del derecho internacional general, el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley, y no discriminación, pertenece al orden público internacional (*ius cogens*). Como consecuencia de ello los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas a crear situaciones de discriminación, de derecho o de hecho¹⁴⁸.

Más adelante en su opinión, la Corte Interamericana realiza una descripción en lo concerniente a los derechos de las personas trabajadoras que son migrantes indocumentadas; para ello se auxilia de algunas normas que contiene la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios [y Trabajadoras Migratorias] y sus Familias, y parte de la propia definición de “persona trabajadora migrante”. Estos párrafos resultan de gran valor para los derechos económicos, sociales y culturales, particularmente el derecho al trabajo y aquellos que derivan de la relación laboral: “Los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador [o trabajadora]. Una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de estos derechos debe realizarse sin discriminación alguna”¹⁴⁹.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos destaca que si una persona migrante indocumentada es contratada para trabajar, inmediatamente se convierte en titular de derechos laborales que corresponden a todo trabajador o trabajadora¹⁵⁰.

El Tribunal indicó que la obligación de respeto y garantía de los Estados se proyecta también a las relaciones entre particulares, lo cual es de suma importancia en lo que respecta al derecho al trabajo y los derechos derivados de la relación laboral; por ello, los empleadores privados deben respetar los derechos humanos de las personas que trabajan para ellos, y el Estado debe velar porque en

148Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC 18/03, de 17 de setiembre de 2003, serie A N 18, párrafos 70-110, San José, Costa Rica, 2003.

149Ibíd., párrafo 133.

150Ibíd., párrafo 136.

aquellas relaciones se respeten los derechos humanos; de lo contrario puede resultar igualmente responsable¹⁵¹.

La Corte Interamericana pone como ejemplo de violación directa de los derechos de las personas que trabajan, la denegación del derecho a la pensión de un trabajador o trabajadora migrante que cotizó y cumplió con todo requisito exigido legalmente a cualquier trabajador o trabajadora. Otro ejemplo es el de una persona trabajadora que acude al órgano judicial correspondiente para reclamar por sus derechos sin que este le proporcione las debidas garantías ni protección judiciales¹⁵², y luego identifica al principio pro operario (propio del derecho laboral) como parte del principio pro persona¹⁵³.

El Tribunal ha reseñado un detalle de algunos de los derechos laborales que deben ser salvaguardados por los Estados a los trabajadores y trabajadoras migrantes, que son titulares de los mismos con independencia de su situación migratoria; entre ellos se encuentran la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, la prohibición y abolición del trabajo infantil, las atenciones especiales para la mujer trabajadora, los derechos correspondientes a la asociación y libertad sindical, la negociación colectiva, el salario justo por el trabajo realizado, la seguridad social, las garantías judiciales y administrativas, la duración de jornada razonable, las condiciones laborales adecuadas (seguridad e higiene), el derecho al descanso, y el derecho a indemnización¹⁵⁴.

La Corte Interamericana reflexiona en el sentido de que esos derechos laborales fundamentales garantizan a la persona que trabaja y a su familia el disfrute de una vida digna. Considerando muchas normas que protegen los derechos humanos en el plano laboral, el Tribunal señala que el trabajo debe ser una forma de realización y una oportunidad para que la persona que trabaja desarrolle sus aptitudes, habilidades y potencialidades, y logre sus aspiraciones, en aras de alcanzar su desarrollo integral como ser humano¹⁵⁵.

151 *Ibíd.*, párrafos 146 y 152.

152 *Ibíd.*, párrafo 154.

153 *Ibíd.*, párrafo 156.

154 *Ibíd.*, párrafo 157.

155 *Ibíd.*, párrafo 158.

3. Los derechos económicos, sociales y culturales en los casos contenciosos

La Corte Interamericana, además de su función consultiva, puede conocer en casos contra un Estado que haya ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, siempre que este también hubiera formulado expresamente una declaración especial de aceptación de la competencia contenciosa del Tribunal¹⁵⁶. Siendo dicha cláusula facultativa, el Tribunal ha establecido por jurisprudencia que la aceptación de la competencia de la Corte, una vez efectuada, se convierte en **cláusula pétrea**, y por ende, el reconocimiento no puede ser retirado por declaración del Estado. Una acción de este tipo no provoca ningún efecto para los casos en trámite, ni para los que se presenten mientras el Estado siga siendo parte de la Convención Americana¹⁵⁷.

Sólo la Comisión y los Estados se encuentran facultados para elevar un caso a la Corte¹⁵⁸. Igualmente, para que un asunto contencioso llegue ante el Tribunal, es necesario que aquel ya haya tramitado en la Comisión Interamericana¹⁵⁹.

Según el Reglamento de la Corte, una vez que se admitió la demanda, las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados podrán presentar sus solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma durante todo el proceso¹⁶⁰, pues, por ende, constituyen partes en el contencioso contra el Estado.

Sólo en un asunto de los que llegaron a la Corte hasta la fecha, la Comisión y los representantes de las víctimas solicitaron que el Tribunal condene al Estado por violación del artículo 26 de la Convención. El resto de los casos han sido por violaciones a diferentes derechos civiles y políticos contemplados en el Pacto de San José de Costa Rica. No obstante, en algunos de estos últimos la Corte Interamericana hizo referencia directa a diferentes aspectos atinentes a la protección de los derechos económicos, sociales y culturales.

156Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 62.

157Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tribunal Constitucional, competencia, sentencia de 24 de setiembre de 1999.

158Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 61.

159Si bien el Pacto de San José no dice nada al respecto, así lo resolvió la Corte Interamericana en el Caso Viviana Gallardo y Otras, resolución de 8 de setiembre de 1983, San José, Costa Rica, 1983.

160Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, artículo 23.

Un primer criterio a considerar es que la Corte tiene competencia indubitable para declarar la responsabilidad internacional de los Estados Partes en el Pacto de San José de Costa Rica, por violaciones al artículo 26; si bien en la oportunidad que llegó un asunto de estas características al Tribunal este decidió no analizar la posible violación a la norma, ello ha sido por las características particulares del caso y de ninguna manera por cuestiones de incompetencia, tal como se desprende de la decisión adoptada por la Corte, la cual se analizará más adelante (caso Torres Benvenuto “Cinco Pensionistas”).

Una segunda cuestión se refiere al derecho a la libertad de asociación contenido en el Pacto de San José, que la Corte Interamericana interpretó en un caso; lo aplicó a la libre asociación sindical, efectuó importantes consideraciones sobre derechos laborales en el cuerpo de la sentencia, y ordenó la reincorporación de trabajadores despedidos en la parte dispositiva (caso Baena).

Un tercer aspecto a tener en cuenta se relaciona con algunos casos donde las víctimas pertenecían a pueblos indígenas: la Corte ha entendido el derecho a la propiedad desde una perspectiva colectiva, y en conexión directa con la protección de derechos culturales e incluso el derecho al ambiente (caso de la Comunidad Mayagna Awas Tigni). En otros asuntos de violaciones masivas donde las víctimas pertenecían a pueblos indígenas, el Tribunal efectuó consideraciones interesantes respecto al efecto de aquellas sobre la identidad cultural¹⁶¹.

Una cuarta pauta de interés en la jurisprudencia contenciosa del Tribunal ha sido la consideración particular del derecho a la vida no solamente tomado como el derecho de una persona a no ser privada

161 En el caso de la Masacre del Plan Sánchez, durante el tiempo en que ocurrieron los hechos, la visión que tenía el gobierno de Guatemala sobre el pueblo maya, como posible “base de expansión del comunismo internacional”, generó violaciones de los derechos civiles y políticos, que han tenido consecuencias brutales y violaciones adicionales de los derechos económicos, sociales y culturales del pueblo como tal. Así, la Corte entendió que “[...] el Ejército de Guatemala, con fundamento en la ‘Doctrina de Seguridad Nacional’, identificó a los miembros del pueblo indígena maya como ‘enemigos internos’, por considerar que constituían o podían constituir la base social de la guerrilla. Estos pueblos fueron víctimas de masacres y ‘operaciones de tierra arrasada’ que significaron la destrucción completa de sus comunidades, viviendas, ganado, cosechas y otros elementos de supervivencia, su cultura, el uso de sus propios símbolos culturales, sus instituciones sociales, económicas y políticas, sus valores y prácticas culturales y religiosas [...]”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Masacre del Plan Sánchez, fondo, párrafo 42.7, sentencia de 29 de abril de 2004.

arbitrariamente de ella, sino igualmente como comprensivo de la satisfacción de necesidades básicas económicas, sociales y culturales; se le da su real dimensión, y se le identifica bajo el concepto de “vida digna” (caso Villagrán Morales y Otros “de los Niños de la Calle”).

Sin que pueda menoscabarse el carácter autónomo –como derechos humanos inherentes a las personas– de los derechos a la educación y a la cultura, exigibles a los Estados en el plano internacional, cuestiones atinentes a la educación y el respeto a la cultura fueron abordadas por la Corte Interamericana cuando ha tenido que emitir decisiones en materia de reparaciones. Ello marca, una vez más, la indivisibilidad de los derechos humanos y desvirtúa la interpretación de la teoría de las generaciones de derechos por la cual se pretende señalar que algunos de ellos poseen más jerarquía que otros. La jurisprudencia sobre **reparación integral** –que es aplicada por el Tribunal cuando se identifican violaciones a los derechos humanos– demuestra cómo ciertas violaciones a los derechos civiles y políticos de una persona, le generan a ella o a sus descendientes violaciones a algunos derechos económicos, sociales o culturales.

Este trabajo pretoriano muestra, como uno de sus resultados, que en casos de desaparición forzada, al haber existido violación al derecho a la vida, los beneficiarios de la indemnización son los herederos de las víctimas. El Tribunal estableció que a los hijos de las víctimas debe garantizársele –a través de la indemnización– la posibilidad de estudiar hasta la edad de 25 años¹⁶². En uno de los casos la Corte llegó a ordenar la reapertura de una escuela y del dispensario médico de la aldea donde viven las personas descendientes de las víctimas de violaciones demostradas ante el Tribunal¹⁶³. La jurisprudencia posterior ha sido algo oscilante en la materia, ya que si bien este postulado fue seguido en decisiones posteriores de la Corte frente a situaciones análogas, dejó de considerarse por algún tiempo a partir del caso Neira Alegría contra Perú, y luego fue retomado en un asunto donde se condenó a Trinidad

162Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, indemnización compensatoria, sentencia de 21 de julio de 1989, párrafo 48; Caso Godínez Cruz, indemnización compensatoria, sentencia de 21 de julio de 1989, párrafo 46.

163Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Aloeboetoe, reparaciones, párrafo 96, sentencia de 10 de setiembre de 1993.

y Tobago por la condena y aplicación de la pena de muerte en violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁶⁴.

Con una proyección mayor que la indicada, en las reparaciones establecidas de uno de los casos tramitados contra Guatemala, la Corte Interamericana ordenó al Estado fijar una beca anual de estudios generales:

En lo que se refiere a las garantías de no repetición de los hechos del presente caso, como parte del reconocimiento público de la víctima, el Estado deberá establecer una beca, con el nombre de Myrna Mack Chang, que cubra el costo integral de un año de estudios en antropología en una universidad de prestigio nacional. Dicha beca deberá ser otorgada por el Estado de forma permanente todos los años¹⁶⁵.

Los Estados miembros de la OEA están obligados a garantizar el derecho a la educación de acuerdo con la Declaración Americana y la Carta de la entidad. Dicha obligación se refuerza para los Estados Partes en el Pacto de San José (artículo 26) y en el Protocolo de San Salvador (artículo 13). Es evidente que una persona en edad de estudiar puede verse dificultada o impedida de ejercer su derecho a la educación cuando su padre o su madre han sufrido violación al derecho a la vida por hechos imputables al Estado.

En el caso de los hermanos Gómez Paquiyauri, nuevamente la Corte ha establecido, dentro de las reparaciones, un monto de dinero para atender específicamente a las necesidades en materia de educación de la hija de una de las víctimas: “como medida de satisfacción, el Estado deberá establecer una beca de estudios hasta el nivel universitario, a favor de Nora Emely Gómez Peralta, la cual incluirá, además, materiales educativos, textos de estudio, uniformes y útiles escolares”¹⁶⁶.

El Tribunal entendió en el caso de un estudiante de biología de la Universidad de San Marcos de Perú, quien realizaba, además, algunas labores pedagógicas cuando fue detenido arbitrariamente por agentes del Estado, y luego fue víctima también de otras viola-

164Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Hilaire, Constantine, Benjamin y otros, reparaciones, párrafo 216, sentencia de 21 de junio de 2002.

165Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Mack Chang, fondo y reparaciones, párrafo 285, sentencia de 25 de noviembre de 2003.

166Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Hermanos Gómez Paquiyauri, fondo y reparaciones, párrafo 237, sentencia de 8 de julio de 2004.

ciones (como por ejemplo del derecho a la integridad durante su cautiverio de varios años). Dentro de las peculiaridades de la reparación, la Corte Interamericana, en su sentencia, indicó:

la vía más idónea para restablecer el proyecto de vida de Luis Alberto Cantoral Benavides consiste en que el Estado le proporcione una beca de estudios superiores o universitarios, con el fin de cubrir los costos de la carrera profesional que la víctima elija -así como los gastos de manutención de esta última durante el período de tales estudios- en un centro de reconocida calidad académica escogido de común acuerdo entre la víctima y el Estado¹⁶⁷.

A diferencia de los asuntos examinados anteriormente, en el caso Cantoral Benavides la privación ilegítima de la libertad y las condiciones en que esto se llevó a cabo, generaron a la víctima la imposibilidad de seguir estudiando en la Universidad de San Marcos. Por ser posible la *restitución integral*, la Corte Interamericana ordenó al Estado en su sentencia de reparaciones una serie de obligaciones en torno a la educación de la víctima, porque ello hacía parte de su “proyecto de vida”. Como se verá más adelante, una concepción jurídica novedosa de la Corte Interamericana ha sido desarrollar este concepto de “proyecto de vida”.

De ninguna manera puede considerarse como producto de las sentencias destacadas que las obligaciones en materia de educación del Estado derivan de la reparación por violaciones a los derechos civiles o políticos; como ya se ha señalado, el derecho a la educación es autónomo y exigible por sí mismo. Sí nos parece pertinente destacar que, en las reparaciones, la Corte Interamericana tiene en cuenta cuestiones atinentes tanto a aspectos de derechos civiles y políticos como económicos, sociales y culturales.

a) Las decisiones de la Corte Interamericana sobre el artículo 26 de la Convención

A la Corte casi no le han llegado asuntos donde se invocaron violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales. Fue con el caso **Torres Benvenuto** (o de los **Cinco pensionistas**) presentado en el año 2001, la primera vez que la Comisión Interamericana solicitó a la Corte que esta condenara a Perú por violar varios artículos de la Convención Americana, entre ellos el artículo 26.

¹⁶⁷Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cantoral Benavides, reparaciones, párrafo 80, sentencia de 3 de diciembre de 2001.

Cuando tuvo que expedirse sobre el caso, la Corte Interamericana afirmó que los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva, y que su desarrollo progresivo –citando un pronunciamiento del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas– se debe medir en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas (como ocurría en el asunto bajo análisis) no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente.

Por ello, la Corte desestimó la solicitud del pronunciamiento sobre el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales en el Perú, en el marco de dicho caso¹⁶⁸.

El juez Sergio García Ramírez, en un voto separado, evaluó *in extenso* la cuestión de la progresividad prevista en el artículo 26 del Pacto de San José, y afirmó que cabe suponer que la Corte podrá examinar esta relevante materia en el futuro; destaca que los derechos económicos, sociales y culturales no tienen menor rango que los civiles y políticos, y que ambas categorías constituyen, en su conjunto, el “estatuto básico” del ser humano en la hora actual. El Estado debe aplicar el mayor esfuerzo a la pronta y completa efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, para lo cual debe disponer de los recursos a su alcance y evitar retrocesos que mermen ese estatuto básico. Al interpretar la dimensión individual de los derechos económicos, sociales y culturales, señala que esta se traduce en una titularidad asimismo individual: de interés jurídico y de un derecho correspondiente, que pudieran ser compartidos, por supuesto, con otros miembros de una población o de un sector de esta¹⁶⁹.

De la sentencia del caso Cinco Pensionistas se infiere la competencia de la Corte Interamericana para tratar violaciones del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos bajo los

168Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cinco Pensionistas, fondo, sentencia de 28 de febrero de 2003, párrafos 147-148, serie C N 98, San José, Costa Rica, 2003.

169Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cinco Pensionistas, fondo, sentencia de 28 de febrero de 2003, serie C N 98, voto razonado del juez García Ramírez, San José, Costa Rica, 2003.

criterios fijados (situación representativa de los derechos de un conjunto de la población), teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y evaluando el desarrollo progresivo en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales.

Sin embargo, no debería requerirse un número determinado de víctimas; la propia Corte en su sentencia ha subrayado la dimensión individual de los derechos económicos, sociales y culturales¹⁷⁰.

b) La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre derechos económicos, sociales y culturales respecto a otros artículos de la Convención Americana

Se analizarán algunos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos donde las violaciones a derechos no contemplados por el artículo 26 de la Convención, igualmente merecieron razonamientos del Tribunal por la dimensión y el componente económico, social y cultural de los derechos vulnerados.

El derecho a la propiedad colectiva: relaciones con los derechos culturales y el derecho al ambiente

En el caso de la comunidad Mayagna Awas Tigni¹⁷¹, el derecho a la propiedad establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido aplicado por la Corte Interamericana desde la perspectiva colectiva o comunal de los pueblos indígenas, y ligado indisolublemente a aspectos relacionados tanto al derecho al ambiente como al ejercicio de derechos culturales. Así, el Tribunal, aplicando las normas de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención, enfatizó que el artículo 21 (sobre el derecho de propiedad) protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, y posteriormente hace precisiones sobre el concepto de propiedad en las comunidades indígenas, su forma comunal, la estrecha relación de los indígenas con la tierra como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente

170Una observación sobre este punto fue hecha en el voto individual del juez Vicente De Roux.

171Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni, fondo y reparaciones, sentencia de 31 de agosto de 2001.

una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras¹⁷².

La consideración convergente entre derechos civiles y políticos, y derechos económicos, sociales y culturales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al aplicar el derecho a la propiedad en el caso Mayagna Awas Tigni, fue destacada en un voto individual del juez García Ramírez, cuando este afirma que la sentencia se sitúa en un punto de convergencia entre derechos civiles y derechos económicos, sociales y culturales¹⁷³.

Por su parte, otros dos magistrados del Tribunal han hecho hincapié en sus votos razonados del ejercicio de los derechos culturales de los pueblos indígenas en relación con el uso y goce efectivo de sus tierras, ya que sin estos:

estarían privados de practicar, conservar y revitalizar sus costumbres culturales, que dan sentido a su propia existencia, tanto individual como comunitaria. El sentimiento que se desprende es en el sentido de que, así como la tierra que ocupan les pertenece, a su vez ellos pertenecen a su tierra. Tienen, pues, el derecho de preservar sus manifestaciones culturales pasadas y presentes, y el de poder desarrollarlas en el futuro¹⁷⁴.

*Los derechos económicos, sociales y culturales
como elementos de la dignidad de la persona
y del derecho a la vida*

Uno de los conceptos más novedosos y valiosos acuñados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido el de **proyecto de vida**. La primera vez que el Tribunal se refirió al mismo fue en el caso de María Elena Loayza Tamayo. En su sentencia, la Corte indicó que este “atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas

172Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni, fondo y reparaciones, párrafos 148 / 149, sentencia de 31 de agosto de 2001.

173Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni, fondo y reparaciones, sentencia de 31 de agosto de 2001, voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párrafo 17, Secretaría de la Corte, San José, Costa Rica, 2001.

174Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni, fondo y reparaciones, sentencia de 31 de agosto de 2001, voto razonado conjunto de los jueces Antonio Cañado Trindade y Alirio Abreu Burelli, párrafo 8, Secretaría de la Corte, San José, Costa Rica, 2001.

expectativas y acceder a ellas [...] El daño al proyecto de vida implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable”¹⁷⁵.

Es un año después de esta decisión, en el caso Villagrán Morales, conocido como el caso de los **Niños de la calle**, cuando el Tribunal se decide a entender el concepto de derecho a la vida conjuntamente como el derecho a vivir con dignidad y a no ser privado arbitrariamente de la vida¹⁷⁶.

La Corte puso de manifiesto que cuando un Estado no evita que los niños y las niñas sean lanzados a la miseria, los convierte en víctimas de una agresión por la cual se les priva de las mínimas condiciones para una vida digna, y les impide el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, a pesar de que todo niño y toda niña tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos¹⁷⁷.

Un voto razonado conjunto de dos jueces de la Corte, en el caso Villagrán Morales, abunda en los derechos económicos, sociales y culturales como contenido del proyecto de vida y, por ende, del derecho a la vida misma¹⁷⁸.

No ha de escapar al análisis que se efectúa de esta sentencia, la condición de niños de la calle de las víctimas. El caso Villagrán Morales ha constituido un paso muy valioso hacia la toma de conciencia necesaria en todos los ámbitos sobre la pobreza como fenómeno violatorio sistemático de los derechos fundamentales, la indivisibilidad como característica de los derechos humanos, y el disfrute de condiciones económicas, sociales y culturales básicas como parte integrante del propio derecho a la vida.

175Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Loayza Tamayo, reparaciones, párrafos 147 y 150, sentencia de 27 de noviembre de 1998.

176Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Villagrán Morales y otros, fondo y reparaciones, párrafo 144, sentencia de 19 de noviembre de 1999.

177Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Villagrán Morales y otros, fondo y reparaciones, párrafo 191, sentencia de 19 de noviembre de 1999.

178Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Villagrán Morales y otros, fondo y reparaciones, sentencia de 19 de noviembre de 1999, voto razonado conjunto de los jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli, párrafo 4. “[...] La privación arbitraria de la vida no se limita, pues, al ilícito del homicidio; se extiende igualmente a la privación del derecho de vivir con dignidad. Esta visión conceptualiza el derecho a la vida como perteneciente, al mismo tiempo, al dominio de los derechos civiles y políticos, así como al de los derechos económicos, sociales y culturales, ilustrando así la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos”.

El derecho a la libertad de asociación, derechos sindicales y algunos derechos derivados de la relación laboral

En el caso Baena, la Corte tuvo que entender sobre la destitución arbitraria de sus puestos de trabajo, a 270 personas empleadas públicas, quienes habían sido acusadas de complicidad con una asonada militar, luego de su participación en una huelga y en una manifestación desarrollada en las calles de Panamá por reclamos de tipo laboral.

Recogiendo un principio del derecho internacional convencional contenido en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, el Tribunal dejó claro que cuando un Estado firma el Protocolo de San Salvador, debe abstenerse de realizar cualquier acto contrario al objeto y fin del mismo, aun antes de su entrada en vigor¹⁷⁹.

En esta sentencia la Corte Interamericana ha realizado interesantes apreciaciones sobre aspectos relacionados con el derecho al trabajo y la libre asociación en materia sindical. En primer lugar, el Tribunal afirma que bajo cualquier circunstancia en que se imponga una sanción administrativa a un trabajador o una trabajadora, debe resguardarse el debido proceso legal, para luego sostener que los despidos efectuados han tenido graves consecuencias socioeconómicas para las personas despedidas y sus familiares y dependientes, tales como la pérdida de ingresos y la disminución del patrón de vida¹⁸⁰.

Particularmente sobre la libre asociación, el Tribunal destacó que debe ser analizada en relación con la libertad sindical, definiendo los componentes que la integran, e indicó “que reviste la mayor importancia para la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores [y trabajadoras] y se enmarca en el *corpus juris* de los derechos humanos”¹⁸¹.

En su resolución sobre el caso, la Corte concluyó –entre otros aspectos– que el Estado era responsable de la violación del derecho a la libertad de asociación consagrado en el artículo 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y ordenó el reintegro de los trabajadores a sus puestos de labor o, si esto no fuera posible, a brindarles alternativas de empleo que respeten las condiciones, los salarios y remuneraciones que tenían en el momento de ser despedidos¹⁸².

179Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Baena, fondo, párrafo 99, sentencia de 2 de febrero de 2001.

180Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Baena (2001), párrafos 133-134.

181Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Baena, fondo, párrafos 156, 158 y 159, sentencia de 2 de febrero de 2001.

182Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Baena (2001), párrafos 160, 166 y 172, y punto resolutivo N 7.

Algunos autores señalan con acierto:

Lamentablemente, este último caso trató el tema de las libertades sindicales pero solo por la vía del derecho de asociación contemplado en la Convención Americana, sin referir al artículo 26 y su interpretación e integración por medio de una diversidad de fuentes, en especial las normas relativas al Desarrollo Integral contenidas en la Carta de la OEA, reformada por los Protocolos de Buenos Aires, Cartagena de Indias, Washington y Managua¹⁸³.

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos pudo en este caso haber declarado la violación, por parte de Panamá, del artículo 26 de la Convención, sin excusarse, para no hacerlo, en que la Comisión Interamericana no lo había invocado. El principio *iura novit curia* (derivado de la jurisprudencia arbitral en el derecho internacional) otorga al ente que juzga la posibilidad de aplicar derecho no alegado cuando se desprenda de las circunstancias fácticas del caso. En varias ocasiones, y desde sus decisiones iniciales en materia contenciosa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha aplicado el principio *iura novit curia*¹⁸⁴.

Algunas consideraciones finales

Los derechos económicos, sociales y culturales son y forman parte de los derechos humanos fundamentales de las personas; tienen como características su universalidad y la interdependencia con los derechos civiles y políticos, y finalmente encuentran su naturaleza jurídica en la dignidad humana.

El sistema interamericano de derechos humanos tiene base normativa suficiente aunque no óptima en lo que concierne a la recepción de los derechos económicos, sociales y culturales.

Los mecanismos de protección dependen no solamente de la letra de las normas de procedimiento, sino fundamentalmente del trabajo hermenéutico y evolutivo de los órganos establecidos al efecto.

En el primero de los aspectos, los sistemas de informes sobre países y las comunicaciones individuales hallan eco en los mecanismos procesales para otorgar una efectiva protección del derecho al

183Rodríguez Rescia, Víctor, "Los derechos económicos, sociales y culturales en el marco del sistema interamericano: mecanismos para su protección", en Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *XXII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos (derechos económicos, sociales y culturales)*, Estudios de Casos, Documentos de Referencia,

184Salvioli, Fabián, *Postulados emergentes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación al Derecho Internacional Público*, La Plata, Ed. Instituto de Relaciones Internacionales, 1997, p. 158.

desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, y al establecimiento de la responsabilidad internacional de los Estados conforme a los parámetros desarrollados a lo largo del presente trabajo.

En cuanto al mecanismo específico de informes establecido en la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador exclusivamente para los derechos económicos, sociales y culturales, en el seno de la OEA se intenta otorgarle contenido y funcionamiento; por esta razón, la Asamblea General de la OEA ha aprobado en el año 2004 una resolución por la que encomienda al Consejo Permanente de la entidad que realice una propuesta para obtener las normas de procedimiento relacionadas con la confección de los informes periódicos sobre las medidas progresivas que adopten los Estados Partes en el Protocolo de San Salvador, y considerando el artículo 19 del mismo¹⁸⁵.

Pero es el segundo aspecto –el correspondiente al trabajo de los órganos de protección– el que resulta medular para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales: conforme a los principios fundamentales **pro persona** y el de progresividad, la Comisión y la Corte están obligadas a no retroceder en la doctrina y jurisprudencia alcanzadas en la materia, además de aplicar siempre la norma más favorable a la persona y realizar la interpretación más amplia posible en cuanto a la tutela de sus derechos.

Por ello no encuentra asidero cualquier pretensión de utilización del Protocolo de San Salvador para menguar el marco de protección que ofrecen la Declaración Americana interpretada armónicamente con la Carta de la OEA, o el artículo 26 de la Convención Americana para los Estados Partes.

La Comisión Interamericana ha desarrollado –aunque no suficientemente– su capacidad para entender en violaciones los derechos económicos, sociales y culturales; si bien es en los informes sobre países donde se encuentran más trabajos de la Comisión Interamericana en este sentido. En el trámite de las comunicaciones individuales ha quedado definitivamente consolidada su competencia para ello; no puede entonces, en futuros casos, efectuarse una aplicación regresiva de los principios consagrados en la casuística.

185 Asamblea General, Resolución 2030, Quito, junio de 2004. Esta propuesta del Consejo Permanente debe ser el resultado de un proceso de consultas con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, teniendo en cuenta los aportes del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Es evidente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como máximo órgano del continente en la materia, debe desempeñar un papel fundamental en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales. El Tribunal no ha desarrollado hasta el momento su máxima potencialidad en este aspecto; cabe avanzar decididamente en la comprensión no solamente de los derechos civiles y políticos “en clave social”, o en la rica tarea interpretativa de la función consultiva de la Corte, sino también en la determinación de violaciones autónomas de los derechos económicos, sociales y culturales.

Existe para ello base jurídica suficiente, tanto en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –conjugado con la Carta de la OEA, la Declaración Americana o el Protocolo de San Salvador–, como en el mencionado Protocolo para los derechos a la educación y a la libre asociación sindical.

La comunidad jurídica que trabaja en el derecho internacional de los derechos humanos tiene asimismo la obligación de realizar aportes doctrinarios para que los órganos interamericanos privilegien en cada interpretación y en cada decisión, la progresividad, el principio pro persona, el cumplimiento del objeto y fin del sistema en su conjunto y de cada instrumento jurídico en particular, y el principio de efecto útil. En materia de derechos económicos, sociales y culturales, ello es imperioso para que la universalidad, la interdependencia y el contenido más generoso de dignidad de la persona humana ocupen el primer puesto en la agenda estatal e internacional.

The Rome Statute's Sexual Related Crimes: an Appraisal under the Light of International Humanitarian Law

*Tathiana Flores Acuña**

“Violence against women is often used as a weapon of war, to punish or dehumanize the women and persecute the community to which they belong.” *Amnesty International*

Introduction to the Rome Statute of the International Criminal Court

The Rome Statute of the International Criminal Court¹ (ICC) was adopted on July 17, 1998. Resulting from several years of intense negotiations, the International Criminal Court² embodies decades if not centuries of dreams and hard work of many in pursuing the fight against impunity and the strengthening of international justice. The ICC is a permanent institution having power to exercise its jurisdiction over individuals for the most egregious crimes of international concern.³

In its first Article, the Rome Statute provides the unique character of the world's permanent criminal court by stating its complementary character to national criminal jurisdictions.⁴ It establishes the seriousness of the crimes as another relevant threshold for exercising its

* The author is currently working at the International Criminal Court as Trust Fund Liaison Officer in the Victims Participation and Reparation Section. The opinions expressed here are only the author's and do not reflect the official views of the International Criminal Court.

1 Rome Statute of the International Criminal Court, July 17, 1998. Hereinafter the Rome Statute.

2 Hereinafter the ICC or the Court.

3 Rome Statute of the International Criminal Court, Preamble, par. 3. Consulted at: http://www.iccpi.int/library/about/officialjournal/Rome_Statute_120704-EN.pdf, February 10, 2005.

4 Article 1 of the Rome Statute provides an International Criminal Court (the Court) is hereby established. It shall be a permanent institution and shall have the power to exercise its over persons for the most serious crimes of international concern, as referred to in this Statute, and shall be complementary to national criminal jurisdictions. The provisions of this Statute shall govern the jurisdiction and functioning of the Court.

jurisdiction. The crimes covered by the Court should be of such gravity to “threaten the peace, security and well being of the world.”⁵ The selection of cases according to their gravity, amongst the most atrocious crimes committed is one of the most difficult tasks of the Court.

The aim to combat impunity and become a legal institution of last resort is stated clearly in paragraph four of the Preamble of the Rome Statute. It affirms “that the most serious crimes of concern to the international community as a whole must not go unpunished and that their effective prosecution must be ensured by taking measures at the national level and by enhancing international cooperation.”⁶

To strengthen this statement, the Rome Statute recalls the duty of every State to exercise its criminal jurisdiction over those responsible for international crimes. The adoption of implementing legislation at national level would make the exercise of national jurisdiction possible. This complementary character of the Court’s criminal jurisdiction and essential characteristic on the ICC differentiates it from the International Tribunals of the Former Yugoslavia and of Rwanda (ICTY).⁷ When these two *ad hoc* tribunals were created, the need to combat impunity as well as the non-existence of a permanent international body in charge of bringing individuals to justice shaped the *ad hoc* International Tribunals by giving them primary jurisdiction over serious crimes.

The current paper aims to study the evolution of the inclusion of sexual related crimes in the Rome Statute as well as to underline the efforts made in the Central America to include the new categories of crimes in the criminal codes of the region. In order to reach that goal

5 Rome Statute, Preamble, par. 3.

6 Rome Statute, Preamble, par. 4.

7 Security Council Resolution 827 established the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (hereinafter ICTY). This resolution was passed on May 25, 1993 in the face of the serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1991, and as a response to the threat to international peace and security posed by those serious violations. More information at <http://www.un.org/icty/>, February 10, 2005. The *ad hoc* International Criminal Tribunal for Rwanda (hereinafter ICTR), was created by Resolution 955 of 8 November 1994. The purpose of its creation was to contribute to the process of national reconciliation in Rwanda and to the maintenance of peace in the region. The ICTR was established for the prosecution of persons responsible for genocide and other serious violations of international humanitarian law committed in the territory of Rwanda between January 1, 1994 and 31 December 1994. It may also deal with the prosecution of Rwandan citizens responsible for genocide and other such violations of international law committed in the territory of neighboring States during the same period. See <http://www.ictcr.org/>, February 10, 2005.

it is necessary to define sexual related crimes and gender violence. For mere practical reasons the present study will focus on sexual related crimes provided in the Statute, excluding an analysis of the crimes involving gender violence. One can define sexual violence as the violence which includes a sexual element, such as rape, enforced prostitution, sexual slavery or forced pregnancy. Gender violence, on the other hand, is “usually manifested in a form of sexual violence, but can also include non-sexual physical or psychological attacks on women, men or children.”⁸ However, it is worth noting that gender violence can also constitute an element of sexual violence. Besides the sexual element, violence could be based on the gender-defined roles of the victims. Women’s bodies, security or livelihood may be targeted because of their society-recognized role as guardians of cultural traditions and because of their reproductive capacity. Women are not exclusive victims of sexual violence. Men and boys may also be targeted as they could be identified as powerful or prominent, or as potential leaders or soldiers. They may also be raped to humiliate them, forcing them into the position of women and thereby rendering them weak or inferior according to the prevailing stereotypes.

The crimes within the jurisdiction of the Court are enumerated in the next section, followed by a study of the evolution of International Humanitarian Law (IHL)⁹ and its progressive specificity in sanctioning war crimes. This article contains also a reference to the impact of the main elements of the jurisprudence of the *ad hoc* International Tribunals of the former Yugoslavia and Rwanda at the moment of the formulation and adoption of the Rome Statute. An overview of the negotiation process and the analysis of the **new** sexual related crimes provided in the Rome Statute will follow. Finally, the efforts towards national implementation of the provisions of the Statute in the criminal codes of Central America will be object of study.

8 See <http://www.iccwomen.org/archive/resources/gender.htm>. The UN Declaration on the Elimination of Violence against Women states in Article 1 that “the term ‘violence against women’ means any act of gender-based violence that results in, or is likely to result in, physical, sexual or psychological harm or suffering to women, including threats of such acts, coercion or arbitrary deprivation of liberty, whether occurring in public or in private life.” See Declaration on the Elimination of Violence against Women, February 23, 1994 and Beijing Platform for Action adopted by the Fourth World Conference on Women, September 15, 1995.

9 Hereinafter IHL.

Crimes within the Jurisdiction of the ICC

The crimes within the jurisdiction of the ICC are: genocide; crimes against humanity; war crimes, and the crime of aggression.

The crime of genocide is defined as the commission of crimes “with the intent to destroy,” in whole or in part a national, ethnical, racial or religious group as such.¹⁰ The definition included in the Rome Statute contains no explicit reference to any sexual crime. This definition has a similar structure to the provisions of the Statutes of the ICTY and the ICTR in that all refer to “causing bodily or mental harm to members of the group” and “imposing measures intended to prevent births within the group,” which includes crimes that could be interpreted in a broader sense.¹¹

According to the Rome Statute, crimes against humanity are acts committed as part of a “widespread or systematic attack” directed against any civilian population.¹² The negotiation process as well as the unprecedented role of women’s organizations and worldwide NGOs in the successful result of the adoption of the provisions of the Statute will be subject of special study further on. It is worth underlining here the difficult negotiation process that preceded the incorporation of gender related crimes. Throughout the whole negotiation of the Rome Statute, numerous and diverse interest groups lobbied relentlessly to avoid the incorporation of certain crimes considered by them as putting at risk core values of society, ignoring leading and ground-breaking jurisprudence reached by the *ad hoc* International Tribunals and its role in the further development of the norms of international law.

Article 7 of the Rome Statute defines gender in its third paragraph as including the two sexes, male and female, within the context of society.¹³ This explicit reference to society allows the incorporation of sociological values, giving to the concept of gender a social and historical framework and context, both elements highly needed for

10 Article 6 of the Rome Statute.

11 The crime of genocide regulated in Article 4 of the ICTY’s Statute does not contemplate either any sexual crime explicitly. See Article 4(2) b and 4(2) d, respectively. The ICTR’s Statute regulates genocide in the same terms that the ICTY’s Statute and are envisaged in Article 2(2) b and 2(2) d.

12 Article 7 of the Rome Statute.

13 Article 7(3) of the Rome Statute states: for the purpose of this Statute, it is understood that the term “gender” refers to the two sexes, male and female, within the context of society. The term “gender” does not indicate any meaning different from the above.

an adequate interpretation of the provisions with universal perspective. Even if sexual orientation is not conceived as constituting one ground for persecution,¹⁴ it is foreseeable that in the near future the prohibition of discrimination based on sexual orientation would emerge in international law as a discriminatory ground for future interpretations of the crime of persecution.¹⁵

The crimes committed during armed conflicts are provided in Article 8 of the Rome Statute. According to this Article, the Court has jurisdiction in respect of war crimes, “in particular” when committed as part of a plan or policy, or as part of a large-scale commission of such crimes. The article contains provisions regarding gender crimes committed both in international and/or non-international armed conflicts and mentions explicitly in both cases the crimes of rape, sexual slavery, forced pregnancy, and enforced sterilization.

The provisions on serious violations of international humanitarian law during international and non-international armed conflict¹⁶ finish with an open formula reflecting the different international regulations applying for each category of armed conflict. In the case of international armed conflict, Article 8(2) (b) (xxii) includes in the list of serious violations of the laws and customs of war “any other form of sexual violence also constituting a grave breach of the Geneva

14 Paul Hunt is a Special Reporter on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health. He stated, in his Report to the 60th session of the Commission of Human Rights that “sexual rights include the right of all persons to express their sexual orientation, with due regard for the well-being and rights of others, without fear of persecution, denial of liberty or social interference.” See Paul Hunt: *Report to the 60th session of the Commission of Human Rights*, E/CN.4/2004/49, February 16, 2004, par. 54.

15 According to Amnesty International, already discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity is considered implicitly or explicitly an unlawful form of discrimination in many countries’ constitutions. See <http://web.amnesty.org/library/index/ENGAMR230402004>, consulted February 10, 2005.

16 Article 8(2) (b) (xxii) and 8(2) (e) (vi) respectively. Article 8(2) (b) (xxii) qualifies as serious violations of the laws and customs applicable in international armed conflict. Within the established framework of international law, any of the following acts: “rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, as defined in Article 7, paragraph 2 (f), enforced sterilization, or any other form of sexual violence also constituting a grave breach of the Geneva Conventions.” Concerning non-international armed conflict, Article 8(2) (e) (vi) defines as serious violations of the laws and customs applicable in armed conflicts not of an international character, within the established framework of international law acts such as: “[...] rape, sexual slavery, forced pregnancy, as defined in Article 7, paragraph 2 (f), enforced sterilization, and any other form of sexual violence also constituting a serious violation of Article 3 common to the four Geneva Conventions.”

Conventions.” In the case of international armed conflict, the acts considered as such are the ones that constitute a “serious violation of Article 3 common to the four Geneva Conventions.”¹⁷

The provision relating to crimes against humanity contain two gender-specific crimes additional to the ones of Article 8 on war crimes. The first is the crime of persecution against any identifiable group or collectivity on various grounds, including gender,¹⁸ and the second, is the crime of “enslavement”, defined as the exercise of any power attaching to the right of ownership over a person, including the trafficking in persons, in particular women and children.¹⁹

Article 5 of the Rome Statute includes the crime of aggression as falling within the jurisdiction of the Court. However, due to a lack of agreement among the States during the negotiation process, the Rome Statute provides that the States Parties must adopt a definition of aggression and set out the conditions under which the ICC could exercise its jurisdiction.²⁰ Following the provisions of Article 123(1), which require the period of seven years after the entry into force of the Rome Statute to consider any amendments, a review conference will be held in 2009, seven years from the date that the Rome Statute entered into force, during which the matter will be discussed.²¹

On the question of the applicable law as well as the sources of law, Article 21 provides that the Court shall apply, in the first place, the Rome Statute, the Elements of the Crimes and its Rules of Procedure and Evidence as source, leaving in a second place and only “when appropriate”, the applicable treaties and the principles and rules of international law, with the inclusion of the established

17 Article 8(2) (c) of the Rome Statute.

18 Article 7(1) (h) of the Rome Statute.

19 Article 7(1) (c) and 7(2) (c) of the Rome Statute.

20 Article 5(2) of the Rome Statute provides that: “the Court shall exercise jurisdiction over the crime of aggression once a provision is adopted in accordance with articles 121 and 123 defining the crime and setting out the conditions under which the Court shall exercise jurisdiction with respect to this crime. Such a provision shall be consistent with the relevant provisions of the Charter of the United Nations.”

21 Article 123(1) of the Rome Statute foresees that “seven years after the entry into force of this Statute the Secretary-General of the United Nations shall convene a Review Conference to consider any amendments to this Statute. Such review may include, but is not limited to, the list of crimes contained in Article 5. The Conference shall be open to those participating in the Assembly of States Parties and on the same conditions.”

principles of international law of armed conflict. In its third paragraph, Article 21 contains a highly relevant principle of interpretation according to which the application and interpretation of law must be consistent with internationally recognized human rights Law “without any adverse distinction” founded on grounds such as gender.²² This is the so-called “no-adverse-distinction clause” and is considered to have an immense value in the future work of the International Criminal Court.²³

The Evolution of International Humanitarian Law in Sanctioning Sexual related Crimes

1. Existing International Humanitarian Law Norms and the Concept of “Honour” and “Dignity”

As with other crimes, sexual related crimes have been committed since the beginning of mankind. Even if their sanction differs according to the cultures and historical contexts, the principles of humanity and dignity of the human being have brought many societies worldwide to condemn such outrageous crimes and sanction them accordingly.²⁴

An historical approach to sexual related crimes is needed to determine the enormous progress made in the last decades in the criminalization of these categories of crimes. From the beginning of warfare to the current times, more than 500 codes of conduct, covenants and other texts designed to regulate hostilities have been agreed upon.²⁵ Already in 1863, the Instructions for the Government

22 Age, race, color, language, religion or belief, political or other opinion, national, ethnic or social origin, wealth, birth or other status are also included in the provisions.

23 Steains, Cate, *Gender Issues, The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, p. 357.

24 According to Brown Miller, one of the earliest surviving norms regulating the uses of War was proclaimed by Richard II of England in 1385 and imposed “that none be so hardy as to [...] forced any woman, upon the pain of being hanged.” See Susan Brown Miller: *Against our Will: Men, Women and Rape*, New York, 1975, p. 34.

25 To deepen in the subject of humanitarian principles and norms present throughout history of mankind, see, among others, Draper, G.I.A.D., “The contribution of the Emperor Asoka Maurya to the Development of the Humanitarian Ideal in Warfare,” in *International Review of the Red Cross* (IRRC), International Committee of the Red Cross (ICRC), Geneva, 1995, n. 305, p.192-206. Ögren, Kenneth, “Humanitarian Law in the Articles of War decreed in 1621 by King Gustavus II Adolphus of Sweden,” in *IRRC*, ICRC, Geneva, 1996, n. 313, p.438-442; Levie, Howard S., “History of the Law of War on Land,” *IRRC*, ICRC, Geneva, 2000, n. 838, p. 339-350; Mani, V. S.,

of Armies of the United States in the Field (Lieber Code)²⁶ qualified rape of the inhabitants as a severe offence that deserved a severe sanction, even the death penalty for the most serious cases.²⁷ The Lieber Code was the “first attempt to codify the existing laws and customs of war”, and the first to contain explicitly prohibitions against rape.²⁸ Even if its norms were not of an international character at that time, it could be possible to affirm that the humanitarian principles contained therein have reached the level of customary international law.²⁹

Later on, in 1874, the Project of an International Declaration concerning the Laws and Customs of War made the first reference to a concept that would last for some time in the formulation of provisions regarding sexual related crimes, namely, the honour. In this regard, Article 38 of the section on the military power with respect to private persons if “family, honour and rights, and the lives and property of persons, as well as their religious convictions and

“International Humanitarian Law: An Indo-Asian Perspective,” in *IRRC*, ICRC, Geneva, 2001, n. 841, p. 59-76; Xiaodong, He, “The Chinese Humanitarian Heritage and the Dissemination of an Education in International Humanitarian Law in the Chinese People’s Liberation Army,” in *IRRC*, ICRC, Geneva, 2001, n. 841, p. 141-153; Cockayne, James, “Islam and International Humanitarian Law: From a Clash to a Conversation between Civilizations,” in *IRRC*, ICRC, Geneva, 2002, n. 847, p. 597-626.

26 The application of the Lieber Code was designated solely for Union soldiers fighting in the American Civil War. See a reference of its historical value at the web site of the ICRC: <http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/iwpList304/E71D51EB05EF6FB1C1256CF5003F72EA>, January 15, 2005.

27 Article 44 of the section II on Public and private property of the enemy — Protection of persons, and especially of women, of religion, the arts and sciences — Punishment of crimes against the inhabitants of hostile countries reads: “All wanton violence committed against persons in the invaded country, all destruction of property not commanded by the authorized officer, all robbery, all pillage or sacking, even after taking a place by main force, all rape, wounding, maiming, or killing of such inhabitants, are prohibited under the penalty of death, or such other severe punishment as may seem adequate for the gravity of the offense.” See Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (Lieber Code). April 24, 1863, <http://www.icrc.org/ihl.nsf/385ec082b509e76c41256739003e636d/c4d7fab1d847570ec125641a00581c23?OpenDocument>, February 10, 2005.

28 Kuo, Peggy, *Prosecuting Crimes of Sexual Violence in an International Tribunal*, Case W. Res. J. International Law, 2002, vol. 34, p. 308.

29 Qualified as such by De Preux, Jean, The Protocols additional to the Geneva Conventions, *IRRC*, ICRC, Geneva, n. 320, p.473-482. See at <http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/iwpList74/3CDB6A2F3EAA0EFFC1256B66005B01B2>. De Preux affirms that the principles enshrined in Article 3 are also in Lieber’s Instructions, and confirms their value as being “virtually all derived from customary law applicable in international armed conflicts.”

their practice, must be respected.”³⁰ This concept is reintroduced in subsequent national provisions.³¹ It is in international treaties such as the II Convention with Respect to the Laws and Customs of War on Land and its annex, Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land of 1899, as well as in the IV Convention respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex, Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land of 1907.³²

The concept of honour is again included in the IV Geneva Convention of 1949 stating that women shall be protected against “any attack on their honour, in particular, rape, enforced prostitution, or any form of sexual assault.”³³ Even if there is still a reference to the concept of honour, there is a will to identify further and sanction these categories of horrendous crimes. Undoubtedly, the atrocities committed in Second World War had an important impact in the wording of Article 27 of the IV Geneva Convention, bringing the provisions of international humanitarian law to the first steps towards a more specific formulation of sexual crimes. This resulted in the inclusion of the criminal category of enforced prostitution and of an open-ended provision that condemned “any form of sexual assault.”³⁴ It is unfortunate, though, that these provisions exclude men as constituting possible victims of sexual violence.

30 Project of an International Declaration Concerning the Laws and Customs of War. Brussels, August, 1874, <http://www.icrc.org/ihl.nsf/385ec082b509e76c41256739003e636d/a59f58bbf95aca8bc125641e003232af?OpenDocument>, January 17, 2005.

31 The Laws of War on Land. Oxford, September 9, 1880 in Schindler, D. and J. Toman, *The Laws of Armed Conflicts: A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents*, Alphen aan de Rijn-Geneva, Sijthoff and Noorhoff-Henry Dunant Institute, 1988.

32 Article 49 of the Laws of War on Land of Oxford of 1880 provided that: “Family honour and rights, the lives of individuals, as well as their religious convictions and practice, must be respected.” The same rights were protected in the following conventions: II The Hague Convention with Respect to the Laws and Customs of War on Land and its Annex, Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land, The Hague, July 29, 1899: “Art. 46. Family honours and rights, individual lives and private property, as well as religious convictions and liberty, must be respected;” IV The Hague Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land and its Annex, Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, The Hague, October 18th, 1907: “Art. 46. Family honour and rights, the lives of persons, and private property, as well as religious convictions and practice, must be respected.” See Schindler and Toman: *The Laws of Armed Conflicts...*

33 Article 27 par. 2 of the IV Geneva Convention of August 12, 1949, relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War.

34 Article 27 par. 2 of the IV Geneva Convention of 12 August, 1949, relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War.

The unique article relating to armed conflicts of non-international character, common Article 3 to the Geneva Conventions, did not reflect the same level of wording specificity and categories of crimes than the ones provided in Article 27 of the IV Geneva Convention. Considered as matters of internal concern of States, and therefore falling under their national sovereignty, the provisions of common Article 3 contain a more general wording for sexual related crimes: it refers to the classic concept of prohibiting “outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment.”³⁵

This characterization of sexual violence as an attack against a woman’s honour or dignity could be the result of historical and socially based stereotype that the honour of a woman lies in the integrity of her body and that she should even experience ashamed of been a victim of rape. This society-oriented approach diminishes or ignores the great physical and emotional harm suffered resulting from the commission of sexual related crimes. This use of the concept of honour in relation to sexual violence could even risk failing to recognize the brutal nature of rape, referring instead to a “value” term associated to the interest to be protected rather than the interest of the woman herself, reminiscence of the paternalistic notion of women as property.³⁶

In our opinion, the reference to honour in the Geneva Conventions and preceding international humanitarian law instruments could also be interpreted in the light of the first documents relating to the protection of the fundamental rights as aiming at protecting the person and should not be interpreted as a **value** term or concept referring to a moral value. In this sense, Article 27 paragraph one of the III Part of the IV Geneva Convention on the “Status and Treatment of Protected Persons” recognizes the entitlement of

35 Article 3(1) (c) common to the Geneva Conventions of August 12, 1949. In its Commentary to the Geneva Conventions, Jean Pictet states that the flexible wording of paragraph c) of article 3 based in “the risk of being unable to catch up with the imagination of future torturers –and, at the same time, precise.” See Commentary of the II Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, Geneva, ICRC, 1960, p. 35.

36 See in this sense, Lindsey, Charlotte, “Women and war: An overview,” *IRRC*, ICRC, Geneva, 2000, n. 839, p. 561-579. On the same subject, Niarchos, Catherine N., “Women, War and Rape: Challenges Facing the International Tribunal for the Former Yugoslavia,” *Human Rights Quarterly*, vol. 17, 1995, pp. 671-676, and Judith Gardam, “Women, Human Rights and International Humanitarian Law,” *IRRC*, ICRC, Geneva, n. 324, September 1998, pp. 421-432.

protected persons to have in all circumstances, respect for their persons and their honour. The reference to the honour of these protected persons should therefore be interpreted in a broader sense, not only relating to women but including men and women, adults and children encompassing all acts of violence and threats thereto.³⁷

As the United Nations Special Reporter on violence against women stated, “perhaps more than the honour of the victim, it is the perceived honour of the enemy that is targeted in the perpetration of sexual violence against women.”³⁸

Almost thirty years later and after the commission of numerous horrendous sexual crimes in different armed conflicts and self-determination strives, the 1977 Additional Protocols to the Geneva Conventions continued the practice of subsuming these crimes under categories dealing with honour and dignity. In this sense, Article 75 (2)(b) still makes an explicit reference to the dignity in stating that the scope of its provisions is to protect civilians from “outrages upon personal dignity, in particular, humiliating and degrading treatment.”³⁹

An interesting development in separating honour and dignity from sexual related crimes committed against women is contained in Additional Protocol I, including some provisions specially dedicated to the protection of women with no mention of these two terms. According to Article 76, “women shall be the object of special respect and shall be protected in particular against rape, forced prostitution and any other form of indecent assault.” There is also a further effort to specify some sexual crimes such as rape and force prostitution, using a similar wording as in Article 27(2) of the IV Geneva Convention.

37 Article 27 (1) provides, “Protected persons are entitled, in all circumstances, to respect for their persons, their *honour*, their family rights, their religious convictions and practices, and their manners and customs. They shall at all times be humanely treated, and shall be protected especially against all acts of violence or threats thereof and against insults and public curiosity.”

38 See Radhika Coomaraswamy, UN Special *Rapporteur* on Violence Against Women, United Nations document E/CN.4/1998/54, Section I, par. 5. In this report, she also added, “sexual violence against women is meant to demonstrate victory over the men of the other group who have failed to protect their women. It is a message of castration and emasculation of the enemy group. It is a battle among men fought over the bodies of women.”

39 Article 75(2)(b) of the Additional Protocol I on Fundamental Guarantees provides the prohibition of violence to the life, health or physical or mental well-being of persons, in particular torture of all kinds, whether physical or mental and the prohibition “of outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment, enforced prostitution and any form of indecent assault” or threats thereof.

A further innovation is made regarding non-international armed conflicts. Article 4(2)(f) of Additional Protocol II, like Article 76 of Additional Protocol I, prohibits rape, forced prostitution and any other forms of indecent assault but includes furthermore, slavery and slave trade as crimes punishable in all its forms. In doing so, this Article condemns slavery and slave trade, heinous crimes that have devastated human kind throughout the centuries.⁴⁰

2. The Role of Key Humanitarian Principles in the Adoption of Progressive Provisions on Sexual Related Crimes

The development and approval of legal provisions that criminalize explicitly sexual or gender violence have followed a long way. Rape, sexual assaults and sexual violence have existed since immemorial times. As long as nations have seen fit to go to war, there has been rape.⁴¹

Except for the reference to the concept of honour, a specific prohibition to sexual related crimes was absent either at the Hague Conventions of 1899 and of 1907 on the Laws and Customs of War.⁴² Decades afterwards, not reflecting the horrendous sexual related crimes committed during Second World War, *inter alia*, rape and sexual slavery, the Nuremberg Charter, contained in the Agreement for the Prosecution and Punishment of Major War Criminals, did not include any specific mention of sexual related crimes neither criminalize them specifically.⁴³

40 As a further development of this relevant effort, the Rome Statute in its Article 7(1) (g) regarding crimes against humanity and Article 8(2)(b)(xxii) related to war crimes sanction sexual slavery as a crime of concern to the international community.

41 See Ryan, Samantha, "From the Furies of Nanking to the Eumenides of the International Criminal Court: The Evolution of Sexual Assaults as International Crimes," *Pace University School of Law International Law Review*, autumn, 1999, vol. XI, n. II, 2002, p. 454. In explaining the role of rape in war, the author states that "rape has always been one of the most common denominators in warfare. Men have raped out of boredom, out of displaced animosity for the enemy, to subjugate, to displace, to destroy, to impress and to conquer. Women have always been the spoils of war. Until the last century, the entire world understood that the nature and necessity of war justified the cruelty of rape and other inhumane acts."

42 II The Hague Convention with Respect to the Laws and Customs of War on Land, July 29th, 1899 and the IV The Hague Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land, October 18th, 1907. Schindler, D. and Toman, J., *The Laws of Armed Conflicts: A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents*, Alphen aan de Rijn-Geneva, Sijthoff and Noorhoff-Henry Dunant Institute, 1988.

43 This phenomenon is recognized to be an *invisibilización* of women's suffering

Despite the absence of a specific mention of rape in the Charter of the International Military Tribunal of Nuremberg, on December of 1945, the four occupying powers adopted Control Council Law n. 10. This law included explicitly rape as a crime against humanity and is considered therefore as being one of the greatest contributors to the advancement in prohibiting crimes against humanity and sexual related crimes.

Contrary to the Nuremberg Military Tribunal, rape was prosecuted as a war crime in the International Military Tribunal for the Far East. Under this Tribunal, General Yamashita was charged with and convicted for war crimes such as torture and rape as well as of mass executions of very large numbers of women and children.⁴⁴

during wartime. See in this sense Odio Benito, Elizabeth, "De la violación y otras graves agresiones a la integridad sexual como crímenes sancionados por el derecho internacional humanitario: Aportes del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia," in: *Ensayos en honour a Fernando Volio Jiménez*, San José, p. 271. On the Nuremberg Trials, see, "Agreement for the Prosecution and Punishment of Major War Criminals of the European Axis," London, 8 UNTS 279, Annex, Charter of the International Military Tribunal, (Nuremberg Charter), August 8, 1945. The Agreement states in its Article 6 of the Section regarding jurisdiction and general principles its jurisdiction. The Tribunal established by the Agreement referred to in Article 1 hereof for the trial and punishment of the major war criminals of the European Axis countries shall have the power to try and punish persons who, acting in the interests of the European Axis countries, whether as individuals or as members of organizations, committed any of the following crimes. The following acts, or any of them, are crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal for which there shall be individual responsibility: "(a) 'Crimes against peace:' namely, planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing; (b) 'War crimes:' namely, violations of the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to, murder, ill-treatment or deportation to slave labor or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory, murder or ill-treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity; (c) 'Crimes against humanity:' namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war, or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated. Leaders, organizers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any persons in execution of such plan."

44 See Judgment for the International Military Tribunal for the Far East, Tokyo, 1948, B. Roling and C. Ruter, *The Tokyo Judgment*, vol. I, Amsterdam, Amsterdam University Press, 1977. See furthermore Samantha, "From the Furies of Nanking to the Eumenides of the International Criminal Court: The Evolution of Sexual Assaults as International Crimes," *Pace University School of Law International Law Review*, autumn, 1999, vol. XI, n. II, 2002, p. 458.

A few years later, the 1949 Geneva Conventions would criminalize grave breaches to IHL, foreseeing them as crimes whose seriousness deemed to be the concern to the international community as a whole. Neither the provisions of the Geneva Conventions regulating international armed conflict⁴⁵ nor common Article 3, that lays out minimum protection standards during the course of a non-international armed conflict,⁴⁶ explicitly recognize sexual related crimes as constituting “grave breaches.”⁴⁷

Despite the lack of specific prohibition of sexual related crimes, earlier IHL treaties’ tools for interpretation made already reference to inspiring humanitarian principles that would lead, after half a century of evolving norms, to a broader legal interpretation and a more effective criminalization of sexual crimes. Both prefaces of *The Laws of War on Land of Oxford* at national level, and of the *II The Hague Convention with Respect to the Laws and Customs of*

45 See Article 50 of the I Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, Geneva, 12 August 1949 [hereinafter I Geneva Convention]. Article 51 of the II Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, Geneva, 12 August 1949 [hereinafter II Geneva Convention]. Article 130 of the III Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War, Geneva, 12 August 1949 [hereinafter III Geneva Convention]. Article 147 of the IV Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Geneva, 12 August 1949 [hereinafter IV Geneva Convention]. All reprinted in United Nations, *A Compilation of International Instruments*.

46 Considered as being a mini-convention, common Article 3 provides: “In the case of armed conflict not of an international character occurring in the territory of one of the High Contracting Parties, each Party to the conflict shall be bound to apply, as a minimum, the following provisions: (1) Persons taking no active part in the hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed hors de combat by sickness, wounds, detention, or any other cause, shall in all circumstances be treated humanely, without any adverse distinction founded on race, color, religion or faith, sex, birth or wealth, or any other similar criteria. To this end the following acts are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever with respect to the above-mentioned persons: (a) violence to life and person, in particular murder of all kinds, mutilation, cruel treatment and torture; (b) taking of hostages; (c) outrages upon personal dignity, in particular, humiliating and degrading treatment; (d) the passing of sentences and the carrying out of executions without previous judgment pronounced by a regularly constituted court affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples. (2) The wounded and sick shall be collected and cared for. An impartial humanitarian body, such as the International Committee of the Red Cross, may offer its services to the Parties to the conflict. The Parties to the conflict should further endeavour to bring into force, by means of special agreements, all or part of the other provisions of the present Convention. The application of the preceding provisions shall not affect the legal status of the Parties to the conflict.”

47 All the above-mentioned articles prohibit, however, “inhumane treatment” as grave breach to international humanitarian law. In doing so, they set the basis for further interpretation that would allow decades after the sanction of sexual related crimes.

War on Land of 1899, refer to the need of a set of rules that would serve as guiding principles in the respect of the rights of humanity.⁴⁸

The II The Hague Convention with Respect to the Laws and Customs of War of 1899 would even foresee in its provisions the so known Martens Clause. Martens proposed in 1899, recognizing the center role of the human being in all efforts to regulate, limit and humanize the law of armed conflicts, the inclusion of the following clause: “until a more complete code of the laws of war is issued, the High Contracting Parties think it is right to declare that in cases not included in the Regulations adopted by them, populations and belligerents remain under the protection and empire of the principles of international law, as they result from the usages established between civilized nations, from the laws of humanity, and the requirements of the public conscience.”⁴⁹

International jurisprudence has also been a source of substantiation of the main principles contained in IHL provisions. In 1986, the International Court of Justice⁵⁰ states the principle of humanity in *Nicaragua vs. United States of America*. In this case, the ICJ affirms that the principles contained in common Article 3 to the Geneva Conventions constitute “elementary considerations of humanity”⁵¹ that should not be breached in armed conflict regardless of whether of an international or a national character.⁵²

48 In its preface, *The Laws of War on Land of Oxford* established: “[...] so long as the demands of opinion remain indeterminate, belligerents are exposed to painful uncertainty and to endless accusations. A positive set of rules, on the contrary, if they are judicious, serves the interests of belligerents and is far from hindering them, since by preventing the unchaining of passion and savage instincts -which battle always awakens, as much as it awakens courage and manly virtues,- it strengthens the discipline that is the strength of armies; it also ennobles their patriotic mission in the eyes of the soldiers by keeping them within the limits of respect due to the rights of humanity.”

49 Fyodor Fyodorovich Martens (1845-1909), was a Russian jurist, diplomat and publicist that, backed by D.A. Miliutin, the Defense Minister close to the Tsar, prepared a draft convention on the laws and customs of war that intended to establish universal rules of warfare for all belligerent States. This draft convention included regulations for the treatment of the civilian population and of non-combatants in general. These rules were designed to mitigate the horrors of war, in accordance with the legal awareness and humanism that were growing among the general public. See Vladimir Pustogarov, Vladimir, “Fyodor Fyodorovich Martens (1845-1909): A Humanist of Modern Times,” *IRRC, ICRC, Geneva, 1996*, n. 312, p. 300-314.

50 Hereinafter ICJ.

51 *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua vs United States of America)*, June 27, 1986, page 114, par.218, http://www.icj-cij.org/icjwww/icasces/inus/inus_ijudgment/inus_ijudgment_19860627.pdf visited February 3rd, 2005.

52 *Ibid.*, p. 115, par. 119.

The Preamble of the Additional Protocol II⁵³ contains again the principle of humanity. It recalls the States Parties that the humanitarian principles enshrined in common Article 3 to the Geneva Conventions constitute the foundation of respect for the human person in cases of armed conflict not of an international character, and that international instruments relating to human rights offer a basic protection to the human person. The Preamble emphasizes “the need to ensure a better protection for the victims of those armed conflicts and recalls that, in cases not covered by the law in force, the human person remains under the protection of the principles of humanity and the dictates of the public conscience.”⁵⁴

The principles of humanity and the dictates of the public conscience were considered at the time of the adoption of the Additional Protocol II as universal reference.⁵⁵ This universal character constitutes an essential source for a broader approach and protection, in case of need of interpreting and developing the existing international norms, allowing further improvement in the adoption of rules sanctioning in a more specific manner sexual related crimes.

It is not until 1977, after numerous and atrocious crimes committed in different parts of the globe, that Additional Protocol II to the Geneva Conventions⁵⁶ reflects a move forward in the public conscience and in the will of the international community to further the principle of humanity and use a more specific categorization of several of the most despicable crimes. Additional Protocol II to the Geneva Conventions,⁵⁷

53 The Preamble states: “The High Contracting Parties, Recalling that the humanitarian principles enshrined in Article 3 common to the Geneva Conventions of August 12, 1949, constitute the foundation of respect for the human person in cases of armed conflict not of an international character, Recalling furthermore that international instruments relating to human rights offer a basic protection to the human person, Emphasizing the need to ensure a better protection for the victims of those armed conflicts, Recalling that, in cases not covered by the law in force, the human person remains under the protection of the principles of humanity and the dictates of the public conscience.”

54 The third paragraph of the Preamble of Additional Protocol I mentions explicitly the final aim of international humanitarian law and the adequate interpretation of its norms as it states: “believing it is necessary nevertheless to reaffirm and develop the provisions protecting the victims of armed conflicts and to supplement measures intended to reinforce their application”.

55 So qualified in ICRC, *Commentary on the Additional Protocols of June 8, 1977 to the Geneva Conventions of 1949*, Geneva/Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1987, p. 1365.

56 I Protocol Additional II to the Geneva Conventions of August 12, 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), June 8, 1977 [hereinafter Additional Protocol II].

57 Protocol Additional I to the Geneva Conventions of August 12, 1949, and

relating exclusively to non-international armed conflicts, contains a specific reference to violations of the fundamental guarantees of the human being in Article 4(2)(e).⁵⁸ This article lists explicitly, and for the first time, the outrageous crimes of rape and enforced prostitution.

The *alinéa* finalizes with a reference to “any form of indecent assault.” With this open-ended formulation of what constitutes a violation to the most fundamental guarantees, a reference to the very first norms of international humanitarian law and therefore, to international customary law is made, demonstrating that this formulation constitutes a valuable instrument for future interpretation and development of protective and repressive norms.⁵⁹

Already at the Diplomatic Conference of 1974-1977, the protection of women and children from different forms of sexual abuse originated special interest and attention of the international community.⁶⁰ This constitutes the very first sign of a special concern of the international community to protect vulnerable persons from sexual related crimes. This concern would culminate, several decades after, in the adoption of specific sanctions for sexual related crimes in the Rome Statute of the International Criminal Court.

3. Rape as a Grave Breach of IHL

Grave breaches are those crimes deemed to concern the international community as a whole. Differing from crimes against humanity, the only criterion requested by the Geneva Conventions regarding grave breaches or war crimes is that they must be committed against persons or property protected according to the

relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), June 8, 1977 [hereinafter Additional Protocol I] contains a section on repression of grave breaches of the Conventions and of Additional Protocol I, in which no mention to any sexual crime is made.

58 Additional Protocol II in its Article 4(2) (e) prohibits the following acts against persons hors de combat in non-international armed conflicts: outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment, rape, enforced prostitution and any form of indecent assault.

59 Contrary to the Additional Protocol II, Article 85(5) of Additional Protocol I provide the sanction of grave breaches of the Geneva Conventions and the Additional Protocol I, qualifying them as war crimes. According to the provisions of this last instrument, States Parties and the Parties to the conflict have the obligation to repress grave breaches and take measures necessary to suppress all other breaches of the Conventions or of the Protocol, which result from a failure to act when under a duty to do so.

60 ICRC, *Commentary on the Additional Protocols of June 8, 1977 to the Geneva Conventions of 1949*, Geneva/Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1987, p. 1400.

definition provided for in the Geneva Conventions.⁶¹ The threshold of evidence is much lower in the case of war crimes, allowing the prosecution of one single act instead of a pattern of conduct.⁶²

The Commentary of the Geneva Conventions recognizes the provisions of Article 27 of the IV Geneva Convention as being customary international law.⁶³ In this sense, the specific prohibition of rape and enforced prostitution stated in Article 27 is therefore codifying customary international law.

Even if Article 147 of the IV Geneva Convention contains no specific mention of the crime of rape in enumerating grave breaches of IHL,⁶⁴ an interpretation issued by the International Committee of the Red Cross in 1958 contains a much broader interpretation.⁶⁵ In its Commentary, the ICRC considered the grave breach of “inhuman treatment” contained in Article 147 as prohibiting rape.⁶⁶ Several decades later, in 1992, the ICRC considered that the grave breach of “willfully causing great suffering or serious injury to body or health” provided in Article 147 covered also the crime of rape.⁶⁷

As established in the *Tadic* Case, customary international law “imposes criminal liability for serious violations of common Article 3,

61 Article 3 common to the Geneva Conventions defines protected persons those “taking no active part in the hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed hors de combat by sickness, wounds, detention, or any other cause.”

62 See Cleiren, C. and Tijssen, M., “Rape and other Forms of Sexual Assault in the Armed Conflict in the Former Yugoslavia: Legal, Procedural, and Evidentiary Issues,” in Clark, R. and Sann, M., *The Prosecution of International Crimes*, Transaction Publishers, 1996, p. 279.

63 Article 3(1) (c) common to the Geneva Conventions of August 12, 1949. In its Commentary to the Geneva Conventions by Jean Pictet p. 199-201.

64 Article 147 states: “[...] grave breaches to which the preceding Article relates shall be those involving any of the following acts, if committed against persons or property protected by the present Convention: willful killing, torture or inhuman treatment, including biological experiments, willfully causing great suffering or serious injury to body or health, unlawful deportation or transfer or unlawful confinement of a protected person, compelling a protected person to serve in the forces of a hostile Power, or willfully depriving a protected person of the rights of fair and regular trial prescribed in the present Convention, taking of hostages and extensive destruction and appropriation of property, not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly.”

65 Hereinafter ICRC.

66 See Commentary on the Geneva Conventions of August 12, 1949, Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in time of War, Uhler, Oscar and Coursier, Henri Eds., 1958.

67 ICRC, Aide-Mémoire, December 3, 1992 quoted by Meron, Theodor, “Rape as a Crime under International Humanitarian Law,” *American Journal of International Law*, N. 87, p. 426, 1993.

as supplemented by other general principles and rules on the protection of victims of internal armed conflict.”⁶⁸

On the value of customary international law in the crystallization of new norms, just some weeks ago, the Head of the ICRC’s project on customary international humanitarian law edited a two-volume work entitled “Study on Customary International Law.”⁶⁹ An introductory article published on March 2005 at the International Review of the Red Cross follows the publication and gives the historical and methodological framework as well as mentions the main results of the study.⁷⁰ As annex, the article includes a list of customary rules of IHL. On sexual related crimes, Rule 93 in the section related to fundamental guarantees in the treatment of civilians and persons hors de combat states clearly that “rape and other forms of sexual violence are prohibited,” both in international and non-international armed conflicts.⁷¹ This assertion just confirms the crystallization, at the time of the negotiations of the Rome Statute, of sexual related crimes as being acts prohibited by customary norms.

The recognition by different sources of the specific category of crime of rape as part of customary international law and as being a grave breach of IHL constitutes a valuable precedent for further developments of the international community in enlargement of a more detailed list of the sexual related crimes’ categories.

Several Examples of the Jurisprudence of *ad hoc* International Tribunals of the Former Yugoslavia and Rwanda Regarding Sexual Related Crimes

Through their jurisprudence, international courts can contribute substantially to the emergence of rules of customary international law by influencing the subsequent practice of States and international organizations. The value of their decisions is of significant importance. Undoubtedly, a finding by an international

68 See Prosecutor vs. Dusko Tadic *a/k/a/* “DULE,” Appeals Chamber Decision, par. 134.

69 Henckaerts, Jean-Marie and Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, II Volumes, vol I. Rules, vol II. Practice, Cambridge University Press, 2005.

70 Henckaerts, Jean-Marie, “Study on Customary International Humanitarian Law: A Contribution to the Understanding and Respect for the Rule of Law in Armed Conflict,” *IRRC*, ICRC, Geneva, vol 87, n. 857, March 2005, pp. 1-38.

71 Henckaerts, Jean-Marie, “Study on Customary International Humanitarian Law...”, p. 32.

court that a rule of customary international law exists constitutes persuasive evidence.⁷²

The jurisprudence of the ad hoc international tribunals of the Former Yugoslavia and Rwanda regarding sexual related crimes are no exception. Even if the Statutes of the two *ad hoc* international tribunals criminalize the crime of rape as a crime against humanity, but not as being a grave breach of the Geneva Conventions, nor as a violation of the laws or customs of war, the first steps towards the criminalization and recognition of the special character of the sexual related crimes were done by both international courts. In the field of psychological damage, amongst others, the *Tadic* Case was groundbreaking. In this case, the ICTY made express recognition of rape and sexual assaults as having particular devastating consequences for the victims, underlining the possible damage of a permanent character that these types of crimes could cause.

As being an indictment based solely on sexual related counts, the *Foca* indictment⁷³ is the first of its sort. This case contains twenty-one counts related to the sexual violence committed directly by *Kunarac* or by soldiers under his authority, under which several counts of rape as crimes against humanity⁷⁴ and as violations of the laws and customs of war.⁷⁵ Rape and sexual assaults are the central counts of the indictment. In this case, many of the detained women were subjected to humiliating and degrading conditions of life, to brutal beatings and to sexual assaults, including rapes. The soldiers took the women to houses, apartments or hotels for the purpose of sexual assault and rape.⁷⁶ Some decades afterwards, these facts could fall under the special crime category of sexual slavery, specifically provided under the Rome Statute.

On the relevance of sexual related crimes in international justice, the *Furundzija* Judgement must to be mentioned. In this judgement,

72 This is called by Henckaerts “the *precedential* value” of the decisions of international tribunals. See Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck: *Customary International Humanitarian Law*, II Volumes, vol. I (Rules) y vol. II (Practice), Cambridge University Press, 2005, p. 5.

73 See The Prosecutor *vs.* Dragoljub Kunarac, Case N. IT-96-23-I, Amended Indictment, July 23, 1998, (known as *Foca* Indictment), par 5.1 to 10.4.

74 Par. 5.6, explicitly charges the accused with acts of torture under Article 5(f) and rape under Article 5(g) of the Statute of ICTY.

75 The indictment charges the accused for rape and torture under Article 3 of the ICTY Statute.

76 See The Prosecutor *vs.* Dragoljub Kunarac, Case N. IT-96-23-I, Amended Indictment, July 23, 1998, (known as *Foca* Indictment), paragraphs 5.1 to 10.4.

the tribunal appeals claimed that the general question of bringing to justice the perpetrators of crimes such as rape was one of the reasons that the Security Council established the Tribunal.⁷⁷

The conviction of Paul Akayesu on September 2, 1998 by ICTR constitutes the first time that a defendant is convicted under international law of sexual assaults as crimes against humanity and genocide.⁷⁸ In this case, the tribunal defined the question of consent very progressively, including in the definition objective elements such as the state of detention, the exercise of psychological pressure or any other condition in which no true consent was possible.⁷⁹

As illustrated by some of the jurisprudence adopted by the ICTY and ICTR, customary law has come to play a role of paramount importance, since contemporary humanitarian law applicable in armed conflicts is no longer limited to the Geneva Conventions and their Additional Protocols. Customary law has accelerated the development of the law of armed conflict, particularly in relation to crimes committed in internal conflicts. In this respect, the case law of the *ad hoc* international tribunals has made a paramount contribution.⁸⁰

The Negotiation Process and the New Sexual related Crimes provided in the Rome Statute

1. Precedent Efforts to Create Awareness amongst the International Community

Relevant precedents of the **new** sexual related crimes are to be found in the Declaration of Mexico on the Equality of Women and Their Contribution to Development and Peace and Political Participation, in which the human body is declared as inviolable and its respect is considered as a fundamental part of human dignity and freedom.⁸¹ Furthermore, the 1993 Vienna Declaration and Programme for Action adopted by the World Conference on Human

77 See Furundzija Judgement, ICTY, N. IT-17/1A at par. 201.

78 See The Prosecutor vs. Jean Paul Akayesu, Case n. ICTR 96-4-T, Chamber I, Decision of September 2, 1998.

79 See Kuo, Peggy, "Prosecuting Crimes of Sexual Violence in an International Tribunal," *Case W. Res. J. International Law*, 2002, vol. 34, p. 319.

80 Greppi, E., "The Evolution of Individual Criminal Liability under International Law," *IRRC*, ICRC, Geneva, n. 835, 1999, p. 541.

81 UN Doc. E/Conf.66/34.

Rights,⁸² qualified gender based violence and all forms of sexual harassment and exploitation, including those resulting from cultural prejudice, as being incompatible with dignity and worth of the human person and advocated for its eradication. One year later, the Preamble of the Declaration on the Elimination of Violence Against Women, expressed vividly the concern of the special vulnerable situation of women in situations of armed conflict and declared its conviction of the need for a commitment by States and the international community in respecting their responsibilities to and commitments to the elimination of violence against women.⁸³

On sexual related crimes, the Vienna Declaration and Programme of Action condemns strongly massive violations of human rights especially in the form of genocide, **ethnic cleansing** and systematic rape of women in war situations, and reiterates the call that perpetrators of such crimes be punished and such practices immediately stopped.⁸⁴ It recalls, moreover, that all these are violations of the fundamental principles of international human rights and IHL including, specifically, the crimes of murder, systematic rape, sexual slavery, and forced pregnancy, require a particularly effective response.⁸⁵

Two more important and parallel facts occurred in 1995. On one side, the General Assembly of the United Nations sets up a Preparatory Committee to prepare draft text of a treaty to create a permanent international criminal court and in October the Fourth World Conference on Women in Beijing takes place. Continuing with the recognition of nominating specifically these **new** crimes, the Platform of Action of the Beijing's Fourth World Conference on Women⁸⁶ condemns again all violations of this kind, including in particular murder, rape, including systematic rape, sexual slavery and forced pregnancy.⁸⁷

82 Vienna Declaration and Programme for Action adopted by the World Conference on Human Rights, Vienna, June, 1993, UN Doc. A/Conf.157/23 (1993). Hereinafter the Vienna Declaration and Programme for Action.

83 G.A. Res. 104, UN GAOR, 48th Sess., UN Doc A/Res/48/104 (1994).

84 Part II, point 3, Vienna Declaration and Programme for Action, Section on the Equal Status and Human Rights of Women, Vienna Declaration and Programme of Action of the World Conference on Human Rights, par. 28.

85 Part II, point 3, Vienna Declaration and Programme...., par.38.

86 Fourth World Conference on Women, The Beijing Declaration and Platform of Action, DPCS, 1995.

87 The Beijing Platform for Action, Section on Women and Armed Conflict, [hereinafter the Beijing Platform for Action], par. 132.

The Beijing Platform for Action qualifies rape during armed conflict a war crime. The strategic objective to promote non-violent forms of conflict resolution and reduce the incidence of human rights abuse in conflict situations requires Governments and international and regional organizations “to reaffirm that rape in the conduct of armed conflict constitutes a war crime and under certain circumstances it constitutes a crime against humanity and an act of genocide as defined in the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide.” Moreover, it requests the same actors to take all measures required for the protection of women and children from such acts and strengthen mechanisms to investigate and punish all those responsible and bring the perpetrators to justice.⁸⁸

The approach of incorporating multiple references to the sexual related crimes in the declaration and plan of action and formulating specific demands regarding these **new** categories of crimes had a progressive and notorious impact on the international community. There was an increasing conviction of the need to firmly prohibit these acts and fight for their eradication.

2. The Negotiation Process and the Role of NGO’s

The negotiation process of the Rome Statute was a highly challenging and enlightening process. The International non-governmental organizations,⁸⁹ as well as the non-governmental organizations,⁹⁰ whether regional or national, played a paramount role in sensitizing the States delegations of the need to adopt a more specific approach to the categories of crimes to be included in the Rome Statute and in doing so, filling the gaps of the International Law Commission’s Draft.

The fundamental role of NGO’s in building awareness in the punishment of sexual related crimes was even acknowledged in the Akayesu’s judgment in which International Criminal Tribunal for Rwanda Chamber takes note of the interest shown in this issue by

88 The strategic objective “Reduce excessive military expenditures and control the availability of armaments, “demands governments to take action to investigate and punish members of the police, security and armed forces and others who perpetrate acts of violence against women, violations of international humanitarian law and violations of the human rights of women in situations of armed conflict.” The Beijing Platform for Action, Strategic Objective 143.c.

89 Hereinafter INGO’s.

90 Hereinafter NGO’s.

non-governmental organizations, which it considers as indicative of public concern over the historical exclusion of rape and other forms of sexual violence from the investigation and prosecution of war crimes. The Chamber concludes that investigation and presentation of evidence relating to sexual violence is in the interest of justice.⁹¹

The first few drafts of the Rome Statute replicated the *lacunae* and lack of specificity of the traditional treatment of sexual related crimes under international law. The ICC draft statutes in 1996 continued to link rape to outrages upon personal dignity under war crimes, ignored crimes other than rape, and failed to recognize them as grave breaches of the laws and customs of war. Neither Article 20(c) of the International Law Commission's Draft Statute⁹² on Violations of the Laws of Customs of War⁹³ nor the relevant provision of the Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind⁹⁴ included any specific category of sexual related crimes.⁹⁵

91 Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu, N. ICTR-96-4 at par. 417.

92 See Draft *Statute for an International Criminal Court prepared by the International Law Commission*, Report of the International Law Commission on its Forty-sixth Session, May 2-22nd, July 1994, UN GA Official Records, Forty-ninth Session, Supplement n. 10, A/49/10, 1994.

93 Article 20 (c)(c) of the International Law Commission [hereinafter ILC] stated: "The International Tribunal shall have the power to prosecute persons violating the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to: (a) employment of poisonous weapons or other weapons calculated to cause unnecessary suffering; (b) wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity; (c) attack, or bombardment, by whatever means, of undefended towns, villages, dwellings, or buildings; (d) seizure of, destruction or willful damage done to institutions dedicated to religion, charity and education, the arts and sciences, historic monuments and works of art and science; (e) plunder of public or private property."

94 Article 22 of the Draft Code on Exceptionally serious war crimes provided the following: "1. An individual who commits or orders the commission of an exceptionally serious war crime shall, on conviction thereof, be sentenced [to...]; 2. For the purposes of this Code, an exceptionally serious war crime is an exceptionally serious violation of principles and rules of international law applicable in armed conflict consisting of any of the following acts: a. Acts of inhumanity, cruelty or barbarity directed against the life, dignity or physical or mental integrity of persons [in particular, willful killing, torture, mutilation, biological experiments, taking of hostages, compelling a protected person to serve in the forces of a hostile Power, unjustifiable delay in the repatriation of prisoners of war after the cessation of active hostilities, deportation or transfer of the civilian population and collective punishment]; b. Establishment of settlers in an occupied territory and changes to the demographic composition of an occupied territory; c. Use of unlawful weapons; d. Employing methods or means of warfare which are intended or may be expected to cause widespread, long-term and severe damage to the natural environment; e. Large scale destruction of civilian property; f. Willful attacks on property of exceptional religious, historical or cultural value."

95 Article 18(j) of the 1996 Draft Code was the first instrument to include enforced prostitution and other sexual crimes in addition to rape as crimes against

Having as precedent the world conferences held in Vienna and Beijing, the issue of sexual violence in war had already received much attention by the time of the Rome Diplomatic Conference. Departing from this reality, a group of women's human rights activists⁹⁶ began lobbying government delegations at the February 1997 Preparatory Commission (PrepCOM) meeting.⁹⁷

In December's 1997 PrepCOM, as very important result of the lobbying efforts, the sexual related crimes were **de-linked** from outrages upon personal dignity under war crimes and it was decided to create a category for rape, sexual slavery, enforced prostitution, enforced pregnancy, enforced sterilization and any other form of sexual violence.⁹⁸

The category of enforced pregnancy constituted a source of debate and polarization during the negotiation process. Even if the Vienna Declaration and Platform for Action and the Beijing Platform for Action had specifically mentioned and condemned forced pregnancy, during the negotiations of the Rome Statute⁹⁹ several countries argued this category of crime was already covered by rape

humanity. See ILC Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind (1996 Draft Code), Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-Eighth Session, May 6-July 26, 1996. U.N. GA 51 Session, Supp. 10, UN Doc. A/51/10, p. 76.

96 These activists subsequently founded the Women's Caucus for Gender Justice in the ICC2 with the objective of ensuring a gender perspective throughout the Statute. The Women's Caucus rapidly expanded its base of support to include, by the time of the Rome Diplomatic Conference, approximately two hundred women's organizations from all regions of the world. Women's Caucus members were active lobbying in their countries' capitals and participating in the Prep COM and the Rome Diplomatic Conference. See Bedont, Barbara and Katherine Hall Martinez, "Ending Impunity for Gender Crimes under the International Criminal Court," *The Brown Journal of World Affairs*, vol. VI, Issue 1, pp. 65-85.

97 See Bedont, Barbara and Katherine Hall Martinez, "Ending Impunity for Gender Crimes...", pp. 65-85.

98 See Steains, Cate, *Gender Issues, The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, p. 365.

99 States that indicated their support during the Opening Plenary for including provisions in the statute to enable the Court to prosecute sexual violence crimes included: Australia, Austria, Bangladesh, Bosnia and Herzegovina, Botswana, Canada, Costa Rica, Cyprus, Denmark, European Union (gender crimes), Finland, Georgia, Ghana, Israel (gender crimes), Korea (gender-related violence), Kuwait, Lithuania, Luxembourg, Mexico, New Zealand, Norway, Philippines, Portugal, Russian Federation, Samoa, Slovenia (gender-related crimes), South Africa (for SADC), Spain, Sweden (gender-related crimes), Trinidad and Tobago, Uganda, USA, and Zambia. See Bedont, Barbara and Katherine Hall Martinez, "Ending Impunity for Gender Crimes...", p. 366.

and unlawful detention.¹⁰⁰ The Holy See proposed to replace the words **enforced pregnancy** by **forcible impregnation**, a concept that does not capture all the elements of enforced pregnancy that included the fact of **keeping** the woman pregnant and therefore, restricting the freedom of movement.¹⁰¹

Nevertheless, there was a consensus¹⁰² that in drafting the Rome Statute a process of codifying the state of international law was taking place. The endless and invaluable work, lobby and efforts culminated in the final adoption of the first provision sanctioning forced pregnancy, sexual slavery and enforced sterilization. In 2000 the UN High Commissioner for Human Rights paid tribute to the women of the Women's Caucus for Gender Justice, In that occasion, Mrs. Robinson underlined the efforts made by this NGO, taking the experiences of women in war, identifying strategies for dealing with violations and, ensuring that rape, sexual slavery, forced pregnancy and other forms of gender-based and sexual violence were included in the Statute of the ICC."¹⁰³ This statement was made recognizing the efforts of the Women's Caucus "in overcoming intense opposition from many representatives at the International Criminal Court negotiations."¹⁰⁴

3. The New Sexual Related Crimes Provided in the Rome Statute

The Crime of Genocide and the Absence of a Specific Mention of Sexual Related Categories of Crime

The new categories of sexual related crimes of the Rome Statute are provided in Articles 7 and 8 regarding, respectively, crimes

¹⁰⁰The specific category of crime was already recognized in the paragraph 38 of the Vienna Declaration and Platform for Action and paragraphs 114, 132 and 135 of the Beijing Platform for Action.

¹⁰¹The opposition consisted of an alliance between some anti-choice groups, mostly from the US. and Canada, and a few delegations representing states where religion is used to justify discriminatory treatment of women. These delegations included the Vatican, and countries that followed its lead on certain issues, along with a core group of Islamic states. See Bedont, Barbara and Katherine Hall Martinez, "Ending Impunity for Gender Crimes...", pp. 65-85. The records of the negotiations can be consulted at A/AC.249/1998/DP.13, April 1, 1998. See furthermore, Steains, Cate, *Gender Issues, The International Criminal Court: The Making of...*, p. 365.

¹⁰²See in this sense, Bourdon, William, *La Cour Pénale Internationale: Le Statut de Rome*, Paris, 2000, p. 53.

¹⁰³Robinson, Mary, UN High Commissioner for Human Rights on the occasion of International Women's Day, March 8, 2000. See web site *Women's Caucus for Gender Justice* at the following address: <http://www.iccwomen.org/archive/index.html>.

¹⁰⁴Robinson, UN High Commissioner for Human Rights...

against humanity and war crimes. In defining genocide, Article 6 of the Rome Statute does not include any specific reference to sexual violence or any other sexual related category of crime. This lack results from the strong reluctance of several delegations during the PrepCOM negotiations to alter the definition of genocide contained in the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, considered as being part of customary international law.¹⁰⁵ The *travaux préparatoires* of this Convention served as the main source for interpretation of the definition.

The imposition of measures intended to prevent births within the group is one of the categories of crimes included in the definition of genocide. Even though is the role of the judges of the ICC to interpret the dimension that this specific category of crime has in a certain context and moment, an enlightening reference to the steps made by the jurisprudence of international tribunals has to be made. In the Akayesu's case, the *ad hoc* International Tribunal of Rwanda states that in patriarchal societies, the membership of a group is determined by the identity of the father. The Tribunal considers that an example of a measure intended to prevent births within a group could be where, as a consequence of rape, a woman is impregnated by a man of another group "with the intent to have her give birth to a child who will consequently not belong to its mother's group."¹⁰⁶

"New" Categories of Crimes against Humanity¹⁰⁷

As stated in the Elements of the Crimes, the crimes against humanity as defined in Article 7 are among the most serious crimes of concern to the international community as a whole, "warrant and entail individual criminal responsibility, and require conduct which is impermissible under generally applicable international law, as recognized by the principal legal systems of the world."¹⁰⁸

105 See Sok Kim, Young, *The International Criminal Court: A Commentary of the Rome Statute*, Wisdom House, England, 2003, p. 66.

106 Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu, N. ICTR-96-4 at par. 507.

107 The crimes against humanity of forced pregnancy, enforced sterilization and the open-ended category of "any other form of sexual violence of comparable gravity" are not the object of this study. To deepen in these categories of sexual related crimes see Triffterer, Otto (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden Baden, 1999, p. 144-146.

108 Elements of the Crimes, ICC-ASP/1/3 (Part II-B), Adopted and entered into force on September 9, 2002. See http://www.un.org/law/icc/asp/1stsession/report/english/part_ii_b_e.pdf.

As reflecting the threshold of the crimes against humanity, the elements of all the crimes against humanity require the conduct to be committed as part of a widespread or systematic attack directed against a civilian population and that the perpetrator knew that the conduct was part of or intended the conduct to be part of a widespread or systematic attack directed against a civilian population.

The **new** crimes foreseen in Article 7 embody a wider categorization of sexual related crimes that any other similar convention in international law.¹⁰⁹ These **new** crimes against humanity are stated in Article 7(1) (g) and 7(1) (h). Under Article 7(1) (g) the crimes of rape, sexual slavery, enforced prostitution and forced pregnancy are criminalized. The category of crimes of **enforced sterilization** has several precedents of punishment in history in the context of medical or biological experimentation, especially the ones conducted in concentration camps during the Second World War. In the case of the open-ended category of crime of “any other form of sexual violence of comparable gravity,” already the Nuremberg Charter foresaw, under crimes against humanity “other inhumane acts committed against any civilian population.” The specific prohibition of enforced sterilization and of “any other form of sexual violence of comparable gravity” as categories of crimes in prior international instruments, even if in a wider form and context, brings the author to exclude them from being object of study of this section.

Even if the crime of rape has been criminalized as a crime against humanity since the Second World War and was already a category of crime in both the Statutes of the ICTR and ICTY¹¹⁰, a reference will be made to this category of crime. As the case of other sexual related crimes, the absence of a definition of the crime of rape in international humanitarian law or in the international law of human rights, the “Elements of Crimes” acquires a significant value and encompasses a key role in contributing to the determination of the

109The Draft Statute criminalized only the categories of “rape or other sexual abuse [of comparable gravity] or enforced prostitution”.

110Article 3 of the ICTR’s Statute provides that “[t]he International Tribunal for Rwanda shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed as part of a widespread or systematic attack against any civilian population on national, political, ethnic, racial or religious grounds: [...] (g) rape.” The Statute of ICTY, in its Article 5 reads “[t]he International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed in armed conflict, whether international or internal in character, and directed against any civilian population: (g) rape.”

commission of a certain category of crime.¹¹¹ According to the elements of the crime of rape, the invasion of the body is foreseen as being one on the main elements of this crime, namely, that the perpetrator invades any part of the body of a person by conduct that results in penetration, even if this would be of a slight character. The reference to the term **invasion** was intended to be gender neutral.

As a requirement for the commission of the crime, the invasion has to be committed by force, or by threat of force or coercion, such as that caused by fear of violence, duress, detention, psychological oppression or abuse of power, against such person or another person, or by taking advantage of a coercive environment. On the capacity of the person, one of the elements of this particular crime provides the invasion to be committed against a person incapable of giving genuine consent, foreseen as incapable of giving genuine consent a person affected by natural, induced or age-related incapacity.

Sexual Slavery

According to Article 7(2) (c), enslavement means the exercise of any or all of the powers attached to the “right of ownership” over a person. It comprises the repeated violation or sexual abuse or forcing the victim to provide sexual services as well as the rape by the captors. This crime has the character of a continuing offence.¹¹²

The term sexual slavery is preferable to enslavement because it includes the sexual aspect of the crime of slavery, while also highlighting the coercive element involved where women are forced to provide sexual services.¹¹³ The Rome Statute also established a new definition for enslavement, including situations where women and girls are forced to domestic servitude, **marriages** or any other

111 It is worth to note that due to the will of the delegations to the compromise reached regarding sexual related war crimes, the elements for sexual related crimes against humanity are based on the elements of corresponding war crimes. See in this regard, Sok Kim, Young, *The International Criminal Court: A Commentary of the Rome Statute*, Wisdom House, England, 2003, p. 90.

112 See in this sense, Triffterer, Otto (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International...*, p. 144.

113 On the crime of slavery see, furthermore, Article 1 of the Slavery Convention, September, 1926, United Nations, A Compilation of International Instruments, vol. 1, First Part, 1993, p. 201; Articles 1 and 6(2) of the Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery, ECOSOC Res. 608, April 1956 and Articles 2 and 25 of the Convention of the International Labor Organization concerning Forced Labour. See also Article 4 of the Universal Declaration of Human Rights, <http://www.un.org/Overview/rights.html>.

forced labor involving sexual activity,¹¹⁴ with the important addition of the crime of trafficking in persons, in particular women and children. As a result, the crime of trafficking in persons has been brought within the jurisdiction of the Court. The crime against humanity of sexual slavery encompasses practices such as the detention of women, during WWII, in camps or comfort stations and any other similar practices.

This is the case of the “comfort women”, estimated by historians as ranging between 100.000 to 200.000 women made to serve as such for the Japanese forces.¹¹⁵ Life at these comfort stations was living hell for the women. They were beaten and tortured in addition to being raped by fifteen, twenty or even thirty soldiers a day -and officers by night-, day after day, for periods ranging from 3 weeks to 8 years. Their living conditions were deplorable; and the lives of those who had to follow troops around at battlefronts were put at risk, day after day. Food was usually of poor quality and in short supply. Although medical check-ups by army doctors sometimes took place, many women were afflicted by sexually transmitted diseases. The conditions of poverty they were living in, as well as their social framework, made these girls and women extremely vulnerable to force, fraud, deceit, coercion and abduction.¹¹⁶

Enforced Prostitution

The crime of “enforced prostitution” was retained in the Rome Statute to capture those situations that lack slavery-like conditions. The term “prostitution” suggests on one hand, that the sexual services are provided as part of an exchange, under of course, coerced circumstances and on the other, that the sexual activity is initiated by the victims instead of by the offender.¹¹⁷

114 See Triffterer, *Commentary on the Rome...*, p. 142.

115 These numbers seem to be consistent with the large number of Japanese troops stationed throughout the Asia-Pacific region. To illustrate the gravity of the crimes committed, a study on the subject states that “the vast scale on which these atrocities were perpetrated is truly appalling. Although women were not treated equally in any society at this point in time, they had never been humiliated to this degree, in such vast numbers, for so long.” See Dolgopol, Ustinia and Snehal Paranjape, *Comfort Women: An Unfinished Ordeal*, Report of a Mission, International Commission of Jurists, Geneva, Switzerland, pp. 199 and following, at <http://www.comfort-women.org/Unfinished.htm>.

116 See Dolgopol and Paranjape, *Comfort Women...*, pp. 199.

117 See Otto Triffterer, *Commentary on the Rome...*, p. 144.

The prohibition of enforced prostitution is already contained in Additional Protocol II.¹¹⁸ This specific prohibition plays an important role in cases where the objective legal requirements of the crime of rape are not present but neither the facts constitute a case of slavery or enslavement. This would be the case when the person is compelled to perform sexual acts to obtain something fundamental for survival or to avoid further harm.¹¹⁹ The crime of enforced prostitution can have the character of a continuing offence or can constitute a separate criminal act.¹²⁰

Forced Pregnancy

This crime is constituted by two elements, namely, the rape or sexual abuse with the intent or effect of making the woman pregnant and the unlawful confinement of the woman to force her to give birth. The document “Elements of the Crime” entails a higher threshold of *mens rea*. The first element of the crime requires the perpetrator to confine one or more women forcibly made pregnant, with the “intent of affecting the ethnic composition of any population” or carrying out other grave violations of international law.¹²¹

Forced pregnancy was the most controversial crime during the negotiation process, since some delegations feared its adoption would be interpreted as affecting the existing rules on abortion and motherhood. As a solution, a last phrase was included in paragraph f of Article 7(2) stating clearly that this definition shall not in any way be interpreted as affecting national laws relating to pregnancy. In fact, this crime inflicts incomparable harm on the victims by occupying a woman’s body and forcing her to bear her rapist’s child.¹²²

The intent of affecting the ethnic composition differs from the crime of genocide, as this last one requires the higher intent “to destroy, in whole or in part” a national, ethnical, racial or religious group as such.

118 Additional Protocol II in its Article 4(2) (e) prohibits the following acts against persons *hors de combat* in non-international armed conflicts, amongst which, enforced prostitution.

119 Additional Protocol II in its Article 4(2) (e).

120 See Triffterer, *Commentary on the Rome...*, p. 143.

121 See http://www.un.org/law/icc/asp/1stsession/report/english/part_ii_b_e.pdf.

122 During the Second World War, Jewish women were forcibly made pregnant so that they and their fetuses could be used for medical experiments. This situation originated the prohibition of in the Geneva Conventions of conducting biological experiments.

New Categories of War Crimes

The two common elements of the crimes listed are applicable for all and each one of the war crimes. These are, first, the no requirement of a legal evaluation by the perpetrator as to the existence of an armed conflict or its character as international or non-international and, second, the no requirement for awareness by the perpetrator of the facts that established the character of the conflict as international or non-international. There is only a requirement for the awareness of the factual circumstances that established the existence of an armed conflict and that the conduct “took place in the context of and was associated with” an armed conflict.¹²³ As of tools for interpretation, the elements of the crimes provide that Article 8 of the Statute “shall be interpreted within the established framework of the international law of armed conflict including, as appropriate, the international law of armed conflict applicable to armed conflict at sea.”¹²⁴

A *mutatis mutandis* reference can be made between the definition and acts constituting the crimes contained in Article 8(2) (b) (xxi) and 8(2) (b) (xxiii) and the identical crimes contained in Article 7 regarding sexual related crimes.¹²⁵ However, it is a *sine qua non* condition for this reference to take into account the lower threshold required by a war crime, namely, the single commission of one of the crimes prohibited might already constitute a war crime.¹²⁶ The residual crime contained in 8(2)(b)(xxiii) “any other forms of sexual violence” that constitutes a grave breach of the Geneva Conventions differs from the same formula contained in Article 7 for crimes against humanity in the threshold established, namely, requiring these crimes against humanity to be of a “comparable gravity”. In the case of non-international armed conflicts, this open-ended formula refers to serious violation of common Article 3 to the four Geneva Conventions”.

Article 8 criminalizes war crimes. As **new** war crimes committed in international and non-international armed conflicts, Article 8(2)

¹²³See note 122.

¹²⁴See Elements of the crimes at http://www.un.org/law/icc/asp/1stsession/report/english/part_ii_b_e.pdf.

¹²⁵See Triffterer, *Commentary on the Rome...*, p. 253.

¹²⁶Other war crimes of a non-sexual nature are contained in Article 8 (2) (b) (xxi) which prohibits the war crime of outrages upon personal dignity. For this crime to be committed, the elements of the crimes require the outrages upon personal dignity committed to one of more persons as been generally recognized as such. See Elements of the crimes at http://www.un.org/law/icc/asp/1stsession/report/english/part_ii_b_e.pdf.

(b)(xxii) e 8(2) (e) (vi) provides the commission of rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy as defined in Article 7, paragraph 2 (f), enforced sterilization, or any other form of sexual violence also constituting a grave breach of the Geneva Conventions. It is interesting to note that the separation of acts between Article 8(2) (b) (xxi), outrages upon personal dignity, and 8(2) (b) (xxii), sexual related crimes, could be interpreted as a deliberate attempt to remove any connotation of the harm inflicted by sexual violence and focus more on shame, loss of honour and moral of the victim and the family.

An atrocious and recent example of enforced prostitution is contained in the Human Rights Watch Report on Democratic Republic of Congo issued beginning March 2005, in which it is stated that in mid-2003, in RDC-Goma training camp, some girls were coerced into having sexual relations out of fear, or in an effort to ensure the means necessary to survive.¹²⁷ As an example of the war crime of sexual slavery, this very recent report denounces, moreover, the case of combatants living in the forest that abducted women and girls and kept them, sometimes for months at a time, in their camps to provide sexual and other services traditionally considered “women’s work” –cooking, cleaning, and fetching water or wood.¹²⁸

Conclusions

The criminalization of sexual related crimes in the Rome Statute as major crimes constitutes a milestone in international justice. Throughout the history of mankind, women have suffered different forms of sexual and gender violence without the adequate sanction from the international community of these horrendous crimes. The qualification of these crimes as “crimes against humanity” and as “war crimes” constitutes an outstanding step towards the permanent fight against impunity and the attainment of global justice.

Thanks to the jurisprudence of the *ad hoc* international tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda, rape and other sexual related crimes were progressively considered as being serious violations of

127 See Human Rights Watch, *Seeking Justice: The Prosecution of Sexual Violence in the Congo War*, vol. 17, n. 1(A), March, 2005. http://hrw.org/reports/2005/drc0305/4.htm#_Toc96844249.

128 As clarified in the report, abductions for such purposes are a form of gender-based violence, i.e. violence based on the victim’s (perceived) gender role in society. See Human Rights Watch, *Seeking Justice: The Prosecution of Sexual Violence...*, http://hrw.org/reports/2005/drc0305/4.htm#_Toc96844249.

IHL.¹²⁹ Recently, the step forward in international justice was again confirmed by a study on customary IHL, which clearly states that serious violations of IHL constitute war crimes in international as well as non-international armed conflict.¹³⁰ In conclusion, by the criminalization of sexual related crimes, the Rome Statute codified pre-existing customary international law that had crystallized into customary international law applicable in both international and non-international armed conflicts.

The role played by NGO's in the incorporation of these new categories crimes into the Rome Statute was unprecedented. The efforts deployed by INGO's and NGO's as early as 1993 during World Conference on Human Rights and the calls for international justice as well as for the need to adopt a more specific list of crimes in the agenda to combat impunity have to be highlighted.

Still several *lacunae* in the provisions of the Rome Statute regarding sexual related crimes are worth of mention. On the one hand, it is unfortunate that Article 6 on genocide does not criminalize explicitly sexual related crimes. On the other, the Rome Statute does not sexual persecution as a war crime, only as a crime against humanity. In our opinion, the role of the judges in filling up these gaps would be of paramount importance.

Finally, the effective prosecution of the international crimes provided for in the Rome Statute will greatly depend of national implementation measures. The complementary character of the ICC requires implementation efforts towards the criminalization of the most serious crimes at national level. This implies that the effective persecution and sanction of international crimes provided in the Rome Statute will highly depend on an adequate national legislation and on the existence of a reliable legal and judiciary system. The incorporation and criminalization of sexual related crimes provided for in the Rome Statute are very components of making the complementarity a true principle and goal in the fight against impunity. The continuation of the efforts towards this attainable and pivotal goal is essential and highly aimed at.

129Odio Benito, Elizabeth, "De la violación y otras graves agresiones a la integridad sexual como crímenes sancionados por el derecho internacional humanitario: Aportes del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia," in *Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, San José, Costa Rica, p. 290.

130Henckaerts and Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian...*, p. 37.

El derecho internacional de los derechos humanos y la responsabilidad penal de los individuos: el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y el derecho brasileño*

Valerio de Oliveira Mazzuoli**

Introducción

La responsabilidad internacional penal de los individuos es una conquista de la humanidad. El mundo contemporáneo se viene preocupando con esta temática desde el período de posguerra, cuando los 21 acusados de colaboración con el régimen nazista fueron llevados a juicio por el Tribunal de Nuremberg¹. Este Tribunal, instituido para juzgar las atrocidades cometidas por los nazis durante la Segunda Guerra Mundial, contribuyó enormemente para la formación de una nueva doctrina según la cual los **individuos** son sujetos de derecho internacional público; principalmente cuando dejó expreso que los “crímenes contra el derecho internacional son

* El autor agradece a los doctores Alejandro Daniel Perotti, Emiliano Buiz, Pablo Ceriani y Juan Manuel Otero, por la colaboración en la traducción de este trabajo.

** Magíster (LL.M.) en Derecho Internacional por la Facultad de Derecho de la Universidad Estadual Paulista (UNESP), Campus de Franca (Brasil). Profesor Honorario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Huanuco (Perú). Profesor de Derecho Internacional Público y Derechos Humanos en el Instituto de Enseñanza Jurídica Profesor Luiz Flávio Gomes (IELF), en San Pablo (Brasil), y en la Facultad de Derecho de Presidente Prudente (San Pablo, Brasil). Profesor de Derecho Internacional Público y Derecho Constitucional Internacional en los cursos de especialización de la Universidad Estadual de Londrina (Paraná, Brasil). Miembro de la Sociedad Brasileña de Derecho Internacional (SBDI) y de la Asociación Brasileña de Constitucionalistas Democráticos (ABCD).

1 Cf. Ramella, Pablo A., *Crimes contra a humanidade*, trad. Fernando Pinto, Río de Janeiro, Ed. Forense, 1987, págs. 6-8. Como dice Rivera Santivañez, José Antonio, “Es que la humanidad tuvo que soportar el holocausto de la Segunda Guerra Mundial, para comprender que una convivencia pacífica sólo es posible si los Estados promocionan, respetan, defienden y protegen los derechos humanos, a fin de que los hombres no se vean obligados a recurrir al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión de sus gobernantes”. *Tribunal Constitucional y protección de los derechos humanos*, Sucre, Bolivia, Tribunal Constitucional, 2004, pág. 1.

cometidos por individuos, no por entidades abstractas, y los preceptos de derecho internacional se hacen efectivos apenas con la condena de los individuos que cometan esos crímenes”².

El artículo 7 del Estatuto del Tribunal de Nuremberg, fijó bastante claramente que la posición oficial de acusados como los Jefes de Estado o los funcionarios responsables en departamentos gubernamentales, no los libraría de responsabilidad ni se la disminuiría. El artículo 8 del mismo Estatuto, a su turno, procuró dejar bien establecido que el hecho de que “un acusado ha actuado por orden de su gobierno o de un superior” no lo libraría de responsabilidad, lo que refuerza la concepción de que los individuos también son pasibles de responsabilidad en el ámbito internacional³.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, firmado en esa ciudad en 17.07.1998⁴, es bastante claro al respecto, cuando dispone en su artículo 25 (Responsabilidad Individual Penal) que: “1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales. 2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte **será responsable individualmente** y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto” [la letra negrita es nuestra]⁵.

La competencia de la Corte Penal Internacional para juzgar personas físicas, debe ser considerada la mayor prueba de **responsabilidad individual internacional** moderna, lo cual refuerza la idea de que también son sujetos de derecho internacional los indivi-

2 Cf. Hortatos, Constantine P., *Individual Criminal Responsibility for Human Rights Atrocities in International Criminal Law and the Creation of a Permanent International Criminal Court*, Athens, Ant. N.Sakkoulas Publishers, 1999.

3 Cf. *The Charter and Judgment of the Nuremberg Tribunal* [United Nations]. Doc. A/CN. 4/5, de 03.03.1949, págs. 87-88.

4 Fue aprobado en Brasil por el Decreto Legislativo n. 112, de 06.06.2002, y promulgado por el Decreto Ejecutivo n. 4.388, de 25.09.2002. Depósito de la Carta de Ratificación en 20.06.2002. Entrada en vigor internacional en 01.07.2002. El texto integral del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, versión brasileña, puede ser encontrado en De Oliveira Mazzuoli, Valerio, *Coletânea de direito internacional*, 2ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, págs. 691-745.

5 Cf. sobre el asunto: Grossman, Claudio; G. McDonald; A. Specter y S. Weinstein, “International Support for International Criminal Tribunals and an International Criminal Court”, en *American University International Law Review*, vol. 13, n. 6, 1998, págs. 1413-1439. En Brasil aún existen autores que niegan la personalidad internacional de los individuos. Ver Rezek, José Francisco, *Direito internacional público: curso elementar*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996, págs. 158-161.

duos⁶. Por ello, reviste gran importancia el estudio de la integración del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en el ordenamiento brasileño, principalmente si tenemos en consideración que Brasil es, entre los Estados interamericanos, aquel que menos se ha preocupado por la eficacia interna de los tratados internacionales de protección de los derechos humanos. La doctrina brasileña tiene que desdoblarse para conseguir convencer al Supremo Tribunal Federal de este país de que los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado brasileño tienen índole y nivel constitucionales y prevalecen sobre toda la legislación infraconstitucional brasileña⁷.

Por esta razón se pretendió demostrar mediante este estudio, cómo se da la integración del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en el ordenamiento jurídico brasileño, a la luz de la moderna doctrina humanista interamericana⁸.

Para enfrentarse correctamente al presente tema, se hace necesaria la discusión acerca de: a) cómo los tratados internacionales que

6 Cf. sobre la materia: Allmand, Warren, "The International Criminal Court and the Human Rights Revolution", en *McGill Law Journal*, vol. 46, n. 1, noviembre de 2000, págs. 263-238. Ambos, Kai, "Les fondements juridiques de la Cour Penale Internationale", en *10 Revue trimestrielle des droits de l'homme* 739, 1999. Annan, Kofi, "Advocating for an International Criminal Court", en *Fordham International Law Journal*, vol. 21, n. 2, 1997, págs. 363-366. Bassiouni, M. Cherif, "Enforcing Human Rights through International Criminal Law and through an International Criminal Tribunal", Louis Henkin y John Lawrence Hargrove (eds.), en *Human Rights: An Agenda for the Next Century*, Washington, D.C., American Society of International Law, 1994. Bont, Kristen, "Rape and Forced Pregnancy under the ICC Statute: Human Dignity, Autonomy, and Consent", en *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 32, n. 3, verano de 2001, págs. 625-75. Boot, Machteld, *Genocide, Crimes against Humanity, War Crimes: Nullum Crimen sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court*, Antwerp, Intersentia, 2002. Edwards, George E., "International Human Rights Law Challenges to the New International Criminal Court: The Search and Seizure Rights to Privacy", en *Yale Journal of International Law*, vol. 26, n. 2, 2001, págs. 323-412. Grossman, McDonald, Specter y Weinstein, "International Support for International Criminal...", págs. 1413-1439. McAuliffe de Guzman, Margaret, "The Road from Rome: The Developing Law of Crimes against Humanity", 22 (2), en *Human Rights Quarterly* 335, 2000. Reed, Brody, "International Crimes, Peace and Human Rights. The Role of the International Criminal Court. The Rome Statute of the International Criminal Court: a Challenge to Impunity", en *The American Journal of National Law*, vol. 96, n. 1, enero de 2002, págs. 268-273. Shelton, Dinah, *International Crimes, Peace and Human Rights: The Role of the International Criminal Court*, Ardsley, NY, Transnational Publishers, 2000.

7 Cf. Cea Egaña, José Luis, "Mérito constitucional del tratado que establece la Corte Penal Internacional", en *Revista Ius et Praxis*, año 5, n. 2, 1999, págs. 353-361.

8 Para un estudio de la Corte Penal Internacional en Brasil, ver Choukr, Fauzi Hassan y Kai Ambos (coordinadores), *Tribunal penal internacional*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, 484 pág.

versan sobre los derechos humanos fundamentales se incorporan en el derecho interno; b) cuáles son las reglas de interpretación que deben ser adoptadas, especialmente en lo que concierne a la armonización con el derecho interno; c) cómo los tratados internacionales de protección de derechos humanos influyen en el proceso de redefinición de la democracia en el ámbito brasileño. Es decir, resulta necesario examinar la dinámica de la relación entre el proceso de internacionalización de los derechos humanos y su impacto y repercusión en el proceso de redefinición y reconstrucción de la democracia en el ámbito brasileño.

Primero estudiaremos la integración, eficacia y aplicabilidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno brasileño, realizando una interpretación sistemática del artículo 5, párrafos 1 y 2; artículo 1, III; y artículo 4, II; todos de la Carta Magna de la República de 1988. Como resultado hermenéutico de la interpretación de tales normas, este estudio presentará su conclusión respecto al **principio de la primacía de la norma más favorable al ser humano**, indicando los medios en que debe ser utilizado y procesado en el derecho interno del país.

Influencia de los tratados internacionales de protección de los derechos humanos en el derecho interno brasileño

El problema de la concurrencia entre tratados internacionales y leyes internas de jerarquía infraconstitucional, puede ser resuelto de dos maneras, en principio, en el ámbito del **derecho de gentes**⁹. Una de ellas consiste en hacer prevalecer los tratados sobre el derecho interno infraconstitucional, garantizando la plena vigencia del compromiso internacional, no obstante la existencia de leyes posteriores que lo contradigan. En la otra, dichos problemas son resueltos al asegurar a los tratados sólo un tratamiento **igualitario**, y tomar como paradigma las leyes nacionales u otras normas de grado equivalente. Brasil, según el Supremo Tribunal Federal, se encuadra en este segundo sistema (monismo nacionalista). Hace más de veinte años tiene vigencia en la jurisprudencia brasileña el sistema **paritario**, por el cual el tratado, una vez formalizado, pasa a tener fuerza de ley ordinaria (ver *Revista Trimestral de Jurisprudência* n. 83, pp. 809 y ss.), y puede, por ello, re-

9 Ver De Oliveira Mazzuoli, Valerio, *Tratados internacionais: com comentários à convenção de Viena de 1969*, 2ª ed., São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2004, págs. 205-251.

vocar las disposiciones en contrario, o ser revocado en su defecto (*rectius*: perder eficacia) frente a una ley posterior¹⁰.

Es perentorio aclarar que el estudio de las relaciones entre el Derecho Internacional y el ordenamiento interno se perfila como uno de los más difíciles de comprender, debido a que consiste en conocer qué tipo de relaciones establecen entre sí¹¹. El punto neurálgico de la cuestión consiste en saber cuál de las normas deberá prevalecer si hay conflicto entre el producto normativo convencional (norma internacional) y la norma interna. Para intentar resolver este problema, surgieron dos grandes posturas doctrinarias: la **monista** y la **dualista**.

En 1914 Alfred von Verdross acuñó el término **dualismo**, que fue aceptado por Triepel en 1923. Para quienes se adhieren a esta corriente, el derecho interno de cada Estado y el derecho internacional son dos sistemas independientes y distintos, aunque igualmente válidos. Como los dos sistemas regulan materias diferentes, no podría existir conflicto entre ellos, es decir, en ningún caso podría un tratado internacional regular un asunto interno sin haber sido incorporado con anterioridad a dicho ordenamiento por medio de un procedimiento de recepción que lo transforme en ley nacional. Para los partidarios del dualismo, los tratados internacionales sólo representan compromisos exteriores del Estado, asumidos por los gobiernos para su representación, sin que eso influya en el ordenamiento interno del Estado en cuestión. En un caso, se trata de relaciones entre Estados, mientras que en el otro las reglas visan la reglamentación de las relaciones entre los individuos¹². Es por eso que, para los dualistas, los compromisos exteriores no tienen la condición de producir efectos automáticos en el orden jurídico interno del país, si lo pactado no se materializa en forma de instrumento normativo característico del derecho interno: una ley, un decreto, una ley complementaria, una norma constitucional, etcétera¹³.

10 Cf. Gomes, Luiz Flávio, "A questão da obrigatoriedade dos tratados e convenções no Brasil: particular enfoque da Convenção Americana sobre Direitos Humanos", en *Revista de los Tribunales*, n. 710, 1994, pág. 26. Rezek, José Francisco, *Direito internacional público...*, pág. 104.

11 Para un estudio sobre la materia, ver De Albuquerque Mello, Celso D., *Curso de direito internacional público*, vol. 1, 11ª ed., revisada y aumentada., Río de Janeiro, Livraria Editora Renovar, 1997, págs. 103-117.

12 Cf. Accioli, Hildebrando y Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva, *Manual de direito internacional público*, 12ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996, pág. 59.

13 Cf. Bohomoletz de Abreu Dallari, Pedro, "Normas internacionais de direitos humanos e a jurisdição nacional", en *Revista especial do Tribunal Regional Federal, 3ª Região (seminário)*, São Paulo, Imprensa Oficial, 1997, pág. 29.

Esta teoría encontró en Carl Heinrich Triepel, alemán, uno de sus defensores más notables. Triepel realizó el primer estudio sistemático en la materia (*Völkerrecht und Landesrecht*, de 1899), cuyos conceptos fueron aprovechados por Dionisio Anzilotti, de Italia, que los adoptó en 1905 en un trabajo titulado *Il Diritto Internazionale nel Giudizio Interno*, y celebrados también por Oppenheim. Esta corriente dualista establece diferencias entre el derecho internacional público y el derecho interno, entre las cuales figura la que marca que las reglas internas de un Estado soberano emanan de un poder ilimitado, en relación con el cual los dependientes se encuentran fuertemente subordinados, lo cual no sucede en el ámbito internacional. Así, estos dos ordenamientos jurídicos – el del Estado y el internacional– pueden coexistir sin que uno prime sobre el otro, pues sus esferas de aplicación son distintas. De este modo, no es posible que un precepto del Derecho de Gentes revoque otro que sea contrario a él en el derecho interno. El Estado que suscribe el pacto apenas está obligado a incorporar tales preceptos en su ordenamiento doméstico, asumiendo solamente una obligación moral, aunque, de no hacerlo, será responsable por ello en la esfera internacional¹⁴. Para los defensores del dualismo, “las normas del Derecho Internacional carecen de fuerza coactiva en el interior de un Estado a menos que se las recepte, es decir, se las convierta en reglas del Derecho Interno, por medio de un acto del Poder Legislativo, de modo que, en consecuencia, es imposible que existan colisiones entre los dos órdenes jurídicos”¹⁵.

Los autores **monistas** parten de una inteligencia contraria. Para ellos, si un Estado firma y ratifica un tratado internacional, es porque se está comprometiendo jurídicamente a asumir un compromiso; si tal compromiso supone derechos y obligaciones que pueden ser exigidos en el ámbito interno del Estado, no se hace necesario, tan sólo por ello, un nuevo acto que materialice internamente aquel compromiso exterior¹⁶.

Los monistas se dividen en dos corrientes. Una de ellas, el **monismo internacionalista**, que sostiene la unicidad del orden jurídico

14 Cf. De Oliveira Mazzuoli, *Tratados internacionais: com comentários...* págs. 207-214.

15 De Amorim Araújo, Luis Ivani, *Curso de direito internacional público*, 9ª ed., Río de Janeiro, Ed. Forense, 1997, pág. 44. Sobre la jurisprudencia brasileña de influencia *dualista*, ver Dolinger, Jacob, *Direito internacional privado*, Río de Janeiro, Renovar, 1997, págs. 90-107, donde el tema está citado y comentado ampliamente.

16 Cf. Bohomoletz de Abreu Dallari, “Normas internacionais de direitos...”, pág. 29.

bajo la primacía del derecho internacional, al cual deben ajustarse todos los órdenes internos (posición que tuvo en Hans Kelsen su mayor exponente); quienes defienden esta postura se bifurcan —unos no admiten que una norma de derecho interno vaya en contra de un precepto internacional, bajo pena de nulidad, como es el caso de Kelsen (*Das problem der souveränität und die theorie des völkerrechtes*, 1920), y otros, los más moderados, como Verdross, niegan esa falta de validez aunque afirmen que una ley tal constituye una infracción que el Estado afectado puede impugnar al exigir o bien su derogación o bien su inaplicabilidad, y responsabilizar al infractor por la indemnización de los perjuicios devengados¹⁷. La otra corriente, el **monismo nacionalista**, pregona la primacía del derecho nacional de cada Estado soberano, bajo cuya óptica la adopción de los preceptos internacionales se vislumbra como una facultad discrecional. Aceptan la integración del producto convencional al derecho interno, pero no con un grado jerárquico superior. Los monistas defensores del predominio interno dan así una importancia especial a la soberanía de cada Estado y a la descentralización de la sociedad internacional. Tienden de esta manera al culto de la Constitución, al estimar que en su texto, al cual ningún otro puede sobreponerse en este momento, debe hallarse el grado de prestigio que se concede a las normas internacionales escritas y consuetudinarias, vertiente influenciada por la filosofía de Spinoza y de Hegel, defensor de la soberanía absoluta del Estado, seguida también por Wenzel y Chailley¹⁸.

De esta manera, dentro del sistema jurídico brasileño, en el que los tratados y las convenciones guardan estrecha relación de paridad normativa con las leyes ordinarias dictadas por el Estado, la normativización de los tratados internacionales permite, en lo concerniente a la jerarquía de fuentes, situarlos (como quiere el STF), en el mismo plano y en el mismo grado de eficacia en que se posicionan nuestras leyes internas¹⁹. Esta es la posición ya adoptada

17 Cf. De Amorim Araújo: *Curso de direito internacional...*, págs. 44-45.

18 Cf. De Oliveira Mazzuoli, *Tratados internacionais: com comentários...*, págs. 215-228; y De Oliveira Mazzuoli, Valerio, “Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos”, en *Soberania: antigos e novos paradigmas*, Sidney Guerra y Roberto Luiz Silva (coordinadores), Río de Janeiro, Freitas Bastos, 2004, págs. 346-359.

19 Cf. Acordada n. 662-2, del proceso de extradición juzgado por el Tribunal Pleno del Supremo Tribunal Federal, en decisión mayoritaria, a los 28.11.96 (DJ, 30.05.97, pág. 23.176), rel. Min. Celso de Mello.

y afianzada por el Supremo Tribunal Federal desde hace más de veinte años, a pesar de que en la actualidad algunas voces proclaman la supremacía de los tratados de derechos humanos frente a la Constitución Federal, como veremos más adelante.

Puede surgir así un punto muerto: determinados dispositivos de orden interno que conciernen a una libertad individual disponen de una determinada manera, y una norma de derecho internacional, de otra. Podemos ejemplificar con la cuestión de la prisión civil por infidelidad depositaria: la Constitución Federal de 1988 (art. 5, LXVII), proclama que “no habrá prisión civil por deuda, salvo la del responsable por el incumplimiento voluntario e inexcusable de la obligación alimenticia y la del *depositario infiel*”; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por otra parte, dispone que nadie puede ser puesto en prisión sólo por no poder cumplir con una **obligación contractual** (la negrita es nuestra), tratado este que viene, por su parte, a corroborar lo que establece el artículo 7, 7, del Pacto de San José de Costa Rica (al que Brasil se adhirió sin reservas), que excluyó de su texto la figura del depositario infiel²⁰.

Siguiendo esta línea de pensamiento, surge una pregunta: con la ratificación, por parte de Brasil, de estos dos tratados internacionales, ¿no estaría revocado lo que dispone la Constitución Federal acerca de la prisión civil del depositario infiel? De acuerdo con la orientación del STF, no. Con la excepción de la Constitución holandesa que, tras la revisión de 1956 permite en ciertas circunstancias que tratados internacionales deroguen su propio texto, es muy difícil que una de esas leyes fundamentales desprecie, en este momento histórico, “el ideal de seguridad y estabilidad del orden jurídico a tal punto de sobreponerse, por sí misma, al producto normativo de los compromisos exteriores del Estado”²¹. De forma que, “enfrentada la primacía de la constitución a la norma *pacta sunt servanda*” –explicaba el entonces ministro Rezek– “es corriente que se preserve la autoridad de la ley fundamental del Estado, incluso

20 Art. 7, 7: “Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios”. Para un estudio sobre la materia, ver De Oliveira Mazzuoli, Valerio, *Prisão Civil por Dívida e o Pacto de San José da Costa Rica: especial enfoque para os contratos de alienação fiduciária em garantia*, Río de Janeiro, Editora Forense, 2002, 252 pág.; y De Oliveira Mazzuoli, Valerio, *Direito Internacional: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira*, Río de Janeiro, Editora América Jurídica, 2001, págs. 193-247.

21 Cf. Rezek, *Direito internacional público...*, pág. 103.

cuando ello signifique la práctica de un ilícito por el cual, en el plano externo, aquel deba responder”²².

Según lo entiende la Suprema Corte, cualquier tratado internacional, desde que es ratificado por Brasil, pasa a formar parte de nuestro derecho interno, en el ámbito de la *legislación ordinaria*. Esta, como se sabe, no tiene ninguna fuerza para modificar el texto constitucional, puesto que la Carta Magna, como expresión máxima de la soberanía nacional –en términos del Supremo Tribunal Federal– está por encima de cualquier tratado o convención internacional que entre en conflicto con ella. Al no haber en la Constitución garantía de privilegio jerárquico de los tratados internacionales respecto del derecho interno brasileño, debe garantizarse la autoridad de la norma más reciente, ya que resulta **paritario** (se reitera: de acuerdo con el STF) el tratamiento brasileño dado a las normas de derecho internacional, para lo cual hace función en su favor, en este caso, la regla *lex posterior derogat priori*²³.

La prevalencia de ciertas normas de derecho interno sobre las de derecho internacional se desprende de principios del propio STF, sobre la base de la **especialidad** de las leyes en el sistema jurídico constitucional. De todos modos, incluso antes de la Constitución de 1988, el STF ya se había pronunciado al respecto, a propósito de la Convención de Ginebra de Ley Uniforme en materia de Cheques, por votación **unánime**, con fecha 04.08.1971, en el RE 71.154-PR –del que fue relator el ministro Oswaldo Trigueiro– en el sentido de que **no es razonable que la validez de los tratados quede condicionada a la doble manifestación del Congreso Nacional, exigencia que ninguna de nuestras Constituciones prescribió jamás**. Esto quiere decir que no se exige, más allá de la aprobación del tratado, un segundo acto legal específico que reproduzca las normas modificatorias. Algunos años más tarde, el plenario del STF se volvería a manifestar, sin embargo, con un avance significativo, principalmente, *in verbis*:

Aunque la Convención de Ginebra, que previó una ley uniforme sobre letras de cambio y notas promisorias, tenga aplicabilidad en el derecho interno brasileño, en nada se ubica ella por sobre las leyes del país, derivándose de ello la constitucionalidad y consecuente

22 *Ibíd.*, págs. 103-104.

23 Para un estudio sobre la materia, ver De Oliveira Mazzuoli, *Tratados internacionais: com comentários...*, págs. 397-425.

validez del Decreto-ley 427/69, que instituyó el registro obligatorio de la nota promisorio en la Repartición de Hacienda, bajo pena de nulidad del título (publicado en la Acordada en *RTJ* 83/809-848, RE 80.004-SE, relator de la Acordada ministra Cunha Peixoto, de 01.06.1977).

Para el STF, entonces, las leyes **especiales** tienen prevalencia sobre los pactos o convenciones internacionales posteriores a ellas, al ser estas normas infraconstitucionales **generales** y, por ese motivo, no ser aptas para revocar normas infraconstitucionales **especiales** anteriores (*lex posterior generalis non derogat legi priori specialis*). O, como decía Papiniano: “*In toto jure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est* [en toda disposición de Derecho, el género es derogado por la especie, y se considera de importancia preponderante lo que respecta directamente a la especie]”²⁴.

Principio de la primacía de la norma más favorable a las víctimas: la prevalencia de la norma más favorable al ser humano

Estamos convencidos de que las soluciones dadas hasta ahora para el problema de la jerarquía entre tratados internacionales y la ley interna, no han sido las mejores. Es más, son de las peores. Es temible la falta de lógica jurídica que azota, en este campo, a nuestros tribunales. Las soluciones que necesitamos se nos presentan la mayor parte de las veces ante nuestros ojos. El remedio para nuestro problema es simple, casi no requiere esfuerzo alguno por parte del intérprete y proviene justamente del estudio más detallado de los derechos humanos²⁵.

Actualmente, se viene percibiendo el surgimiento gradual de una nueva mentalidad, más abierta y optimista, en relación con los derechos humanos, principalmente en esta nueva generación de juristas. Ya no se reflexiona más, para este nuevo grupo, en términos de monismo y dualismo, lo que ya estaría –y efectivamente está– por demás superado. Lo que pretenden, según nos parece, es que les sea dado su debido valor a las normas de derechos humanos provenientes

24 Papiniano, *Digesto*, lib. 50, tít. 17, frag. 80.

25 Ver sobre la materia, De Oliveira Mazzuoli, Valerio, *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira*, São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2002, cap. VII.

de los tratados internacionales. No admiten esta equiparación de los tratados con la legislación interna del país. Por el contrario, desean ver aquellos compromisos internacionales igualados a la Constitución del Estado²⁶. En este diapasón, el artículo 29 (Normas de interpretación) del Pacto de San José, Costa Rica, dispone que:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes [...] ²⁷

Tomando en consideración estas disposiciones convencionales, la nueva doctrina, más abierta a la novedosa realidad actual, apoya la supremacía de aquel producto convencional en el párrafo 2 del artículo 5 de la Constitución Federal, que establece lo siguiente: “Los derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios adoptados por ella, o de los tratados internacionales en los que la República Federativa del Brasil sea parte”.

Como se advierte, son tres las vertientes, en la Constitución de 1988, de los derechos y de las garantías individuales: *a)* derechos y garantías expresados en la Constitución; *b)* derechos y garantías derivados del régimen y de los principios adoptados por la Constitución y *c)* derechos y garantías inscritos en los tratados internacionales en los que la República Federativa de Brasil sea parte.

El párrafo 2 del artículo 5 de la Constitución Federal, como se puede percibir sin demasiado esfuerzo, tiene un carácter eminentemente **abierto**, ya que da un margen al ingreso, junto a los derechos y garantías consagrados en la Constitución, de otros derechos y garantías provenientes de tratados. Esta cláusula del párrafo 2 del artículo 5 de la Carta de la República admite –y esto es bien visible– que tratados internacionales de derechos humanos

26 Cf. De Oliveira Mazzuoli, Valerio, *Direitos humanos e cidadania à luz do novo direito internacional*, Campinas, Editora Minelli, 2002, págs. 69-96.

27 Cf. De Oliveira Mazzuoli, *Coletânea de direito internacional...*, pág. 543.

entren en el ordenamiento jurídico brasileño a nivel constitucional, y no en el ámbito de la legislación ordinaria, como pretende el Supremo Tribunal Federal.

Por su parte, si la Constitución establece que los derechos y las garantías consagrados en ella “no excluyen” otros provenientes de los tratados internacionales en los que la República Federativa de Brasil es parte (art. 5, párrafo 2), es porque ella misma autoriza que esos derechos y garantías internacionales que constan en los tratados ratificados por Brasil “se incluyan” en nuestro ordenamiento jurídico interno, y pasen a ser considerados como si estuviesen escritos en la propia Constitución. Si los derechos y las garantías expresos en el texto constitucional “no excluyen” otros provenientes de los tratados internacionales en los que Brasil es parte, es porque, lógicamente, ellos “los incluyen”²⁸.

Según la opinión autorizada de André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, a la expresión “no excluyen”, que figura en el párrafo 2 del artículo 5 de la Carta Magna brasileña

no puede ser concedido un alcance meramente cuantitativo: ella debe ser interpretada como queriendo significar también que, en caso de conflicto entre las normas constitucionales y el Derecho Internacional en materia de derechos fundamentales, será este el que prevalecerá [...] En cuanto a los demás tratados de Derecho Internacional Convencional particular, allí sí pensamos que estos ceden frente a la Constitución pero tienen valor supralegal, esto es, tienen prevalencia por sobre la ley interna, anterior y posterior. O sea, adoptamos la posición que se encuentra expresamente consagrada en las Constituciones francesa, holandesa y griega²⁹.

Al actuar de esta manera, el estatus del producto normativo convencional no puede ser otro que el de una verdadera norma materialmente constitucional. O sea, para nosotros, los instrumentos sobre derechos humanos que se incorporan al derecho interno brasileño con el mismo rango de la constitución, no están incorporados a la Constitución: están fuera de ella, integrando el denominado **bloque de constitucionalidad federal**³⁰.

28 Cf. Bidart Campos, German J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ed. Ediar Sociedad Anónima, 1995, pág. 461.

29 Gonçalves Pereira, André y Fausto de Quadros, *Manual de direito internacional público*, 3ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1993, págs. 117 y 121.

30 Cf. Bidart Campos, German J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. III, Buenos Aires, Ed. Ediar Sociedad Anónima, 1995, pág. 285. Según Rivera Santivañez, José Antonio: “[...]declaraciones, tratados, convenciones o pactos internacionales sobre derechos humanos forman parte del

En este sentido, hay quien sustenta con brillantez, como Flávia Piovesan, que, cuando la Carta de 1988 en su artículo 5, párrafo 2, dispone que “los derechos y garantías expresados en la Constitución no excluyen otros derechos provenientes de los tratados internacionales”, a *contrariu sensu*, ella está “incluyendo, en el catálogo de los derechos constitucionalmente protegidos, los derechos enunciados en los tratados internacionales en los que Brasil sea parte. [...] Este proceso de inclusión implica la incorporación por parte del texto constitucional de estos derechos”³¹. Así, al incorporar en su texto estos derechos internacionales, la Constitución les atribuye una naturaleza especial y diferenciada –como lo es “la naturaleza de norma constitucional”– y ellos pasan a integrar, por lo tanto, el elenco de los derechos constitucionalmente protegidos, interpretación acorde con el principio de la máxima efectividad de las normas constitucionales. Esta nueva doctrina, tan abierta y preocupada por la protección de los derechos humanos, merece nuestro aplauso.

Hay que enfatizar, empero, que los demás tratados que no versen sobre **derechos humanos**, no tienen naturaleza de norma constitucional. Tendrán, sí, naturaleza infraconstitucional (pero suprallegal), emanada del artículo 102, III, b, de la Carta Magna, que confiere al Supremo Tribunal Federal la competencia para “juzgar, mediante recurso extraordinario, las causas decididas en única o última instancia, cuando la decisión recurrida: b) declare la inconstitucionalidad de un tratado o ley federal”. Fue, incluso, sobre la base de este dispositivo, que el STF adoptó la ya comentada teoría de la **paridad**, de la cual se debe insistir, sin embargo, en que no tiene vigor cuando la norma que se debe aplicar proviene de un tratado internacional de “derechos humanos”. Nótese que el párrafo 2 del artículo 5 de la CF, habla de **derechos y garantías expresados en la Constitución**, de donde se concluye que solamente los tratados internacionales que traten sobre **derechos y garantías** individuales se encuentran amparados por esta cláusula, llamada por esa misma razón **cláusula abierta** y cuya finalidad es exactamente la de incorporarlos como derechos y garantías constitucionales.

bloque de constitucionalidad, por lo mismo se constituyen en el parámetro del juicio de constitucionalidad en el control que ejerce el máximo guardián de la Constitución. De otro lado, los derechos humanos consagrados en dichos instrumentos jurídicos internacionales forman parte del catálogo de derechos fundamentales, por lo mismo son tutelables a través de las vías previstas por la Constitución y las leyes [...]”, en *Tribunal Constitucional y protección...*, pág. 15.

31 Piovesan, Flávia, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 3ª ed., São Paulo, Max Limonad, 1997, pág. 82. Ver, a propósito, De Oliveira Mazzuoli, *Direitos humanos e cidadania à luz...*, págs. 71-88.

De este modo, más que valer como ley interna, los derechos y garantías fundamentales proclamados en las convenciones ratificadas por Brasil, por fuerza del mencionado artículo 5, párrafo 2, de la Constitución Federal, pasan a tener, por voluntad de la propia Carta Magna, el estatus de “norma constitucional”. En la medida en que los Estados asumen compromisos mutuos en convenciones internacionales, que disminuyen la competencia discrecional de cada contratante, ellos restringen su soberanía y esto constituye una tendencia del constitucionalismo contemporáneo, que apunta a la prevalencia de la perspectiva monista internacionalista para regular la relación establecida entre derecho interno y derecho internacional³².

Las innovaciones introducidas por la Carta de 1988 tuvieron una importancia fundamental para la ratificación de numerosos instrumentos de protección de derechos humanos. El marco inicial de este proceso de incorporación de tratados internacionales de derechos humanos por parte del derecho brasileño, fue la ratificación, en 1989, de la Convención contra la Tortura y Otros Tratamientos Crueles, Inhumanos o Degradantes. A partir de esta ratificación, siguieron: a) la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, el 20 de julio de 1989; b) la Convención sobre los Derechos del Niño, el 24 de septiembre de 1990; c) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el 24 de enero de 1992; d) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el 24 de enero de 1992; e) la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el 25 de septiembre de 1992; f) la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, el 27 de noviembre de 1995³³.

32 Cf. Dallari, Pedro, *Recepção pelo direito interno das normas de direito internacional público, o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Brasileira de 1988*, trabajo académico.

33 Ver, a propósito, la lección de Lindgren Alves, José Augusto, “Con la adhesión a los dos Pactos Internacionales de la ONU, así como al Pacto de San José en el ámbito de la OEA, en 1992, y habiendo anteriormente ratificado todos los instrumentos jurídicos internacionales significativos sobre la materia, el Brasil ya cumplió prácticamente todas las formalidades externas necesarias para su integración al sistema internacional de protección de los derechos humanos. Internamente, por otro lado, las garantías a los amplios derechos entronizados en la Constitución de 1988, no pasibles de enmiendas e, incluso, extensivas a otros provenientes de tratados de los que el país sea parte, aseguran la disposición del Estado democrático brasileño de conformarse plenamente a las obligaciones internacionales contraídas por él”, en *Os direitos humanos como tema global*, São Paulo, Editora Perspectiva e Fundação Alexandre de Gusmão, 1994, pág. 108.

El derecho brasileño, por lo tanto, optó por un sistema diferenciado, combinando regímenes jurídicos distintos: un régimen aplicable a los tratados internacionales de protección de los derechos humanos y otro aplicable a los tratados tradicionales que no dispongan sobre derechos humanos³⁴. Los tratados internacionales sobre derechos humanos, además de tener naturaleza de norma constitucional, gozan de incorporación inmediata en el ordenamiento jurídico interno. Los demás tratados, los tradicionales, además de poseer una naturaleza infraconstitucional en los términos del artículo 102, III, b, de la Constitución –que admite la procedencia del recurso extraordinario de decisión para declarar la inconstitucionalidad del tratado–, no se incorporan en forma automática a nuestro ordenamiento interno. Como bien explica Flávia Piovesan³⁵, el tratamiento jurídico diferenciado, conferido por el artículo 5, párrafo 2, de la Carta Constitucional de 1988, “se justifica en la medida en que los tratados internacionales de derechos humanos presentan un carácter especial, distinguiéndose de los tratados internacionales comunes. Mientras que estos buscan el equilibrio y la reciprocidad de las relaciones entre los Estados Partes, aquellos trascienden los meros compromisos recíprocos entre los Estados pactantes. Los tratados de derechos humanos hacen objetiva la salvaguarda de los derechos del ser humano y no de las prerrogativas de los Estados”. Este carácter especial pasa a justificar, así, el estatus constitucional atribuido a los tratados internacionales de protección de derechos humanos³⁶. De esta manera, el ser humano, en esta escala de valores, pasa a ocupar la posición central, que desde hace mucho merece³⁷.

34 Con respecto al “sistema diferenciado”, ver De Oliveira Mazzuoli, *Direitos humanos, Constituição e os tratados...*, págs. 315-319.

35 Piovesan, *Direitos humanos e o direito constitucional...*, pág. 94.

36 Al respecto, es de resaltar lo sostenido por Travieso, Juan Antonio, citado por Piovesan, Flávia, *in verbis*: “Los tratados modernos sobre derechos humanos en general, y en particular la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción. Por tanto, la Convención no sólo vincula a los Estados Partes, sino que otorga garantías a las personas. Por ese motivo, justificadamente, no puede interpretarse como cualquier otro tratado”, en *Derechos humanos y derecho internacional*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1990, pág. 90.

37 Cf. De Oliveira Mazzuoli, *Direitos humanos e cidadania...*, págs. 99-113.

Los derechos humanos provenientes de tratados tienen una naturaleza materialmente constitucional. Como observa J. J. Gomes Canotilho:

el criterio bajo análisis nos coloca ante uno de los temas más polémicos del derecho constitucional: ¿cuál es el contenido o la materia de la Constitución? El contenido de la Constitución varía de época en época y de país en país y, por ello, es tendencialmente correcto afirmar que no hay reserva de la Constitución en el sentido de que ciertas materias deben necesariamente ser incorporadas en la constitución por el Poder Constituyente. Adviértase, sin embargo, que, históricamente (en la experiencia constitucional), fueron consideradas como materia constitucional, *par excellence*, la organización del poder político (caracterizada por el principio de división de poderes) y el catálogo de los derechos, libertades y garantías. Posteriormente, se verificó el “enriquecimiento” de la materia constitucional a través de la inserción de nuevos contenidos, hasta entonces considerados de valor jurídico-constitucional irrelevante, de valor administrativo o de naturaleza sub-constitucional (derechos económicos, sociales y culturales, derechos de participación y de los trabajadores y constitución económica³⁸).

Perfíbase que, al atribuirles la Constitución la naturaleza de “normas constitucionales”, los tratados pasan, conforme a lo que establece el párrafo 1 del artículo 5 de la CF, a tener aplicabilidad directa, y se dispensa así el dictado de un decreto de ejecución para que sus efectos tengan lugar tanto en el plano interno como en el plano internacional. En cambio, en los casos de tratados internacionales que no versen sobre derechos humanos, este decreto se vuelve necesario. Más allá del artículo 5, párrafo 1, de la Carta de la República, esta conclusión se ve impuesta por la auto-aplicabilidad de los tratados internacionales de protección de derechos humanos y por las propias normas de derecho internacional, pues, si un Estado se compromete a acatar los preceptos de un tratado, es obvio que las normas deben ser inmediatamente exigibles. Como dice Cançado Trindade:

Se puede incluso admitir una presunción en favor de la autoaplicabilidad de los tratados de derechos humanos, excepto que ellos contengan una estipulación expresa de ejecución por medio de leyes subsiguientes que condicionen enteramente el cumplimiento de las obligaciones; así como la cuestión de la jerarquía de las normas (y

38 Gomes Canotilho, J. J., *Direito constitucional*, 6ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1993, pág. 68.

de la determinación de cuál de ellas debe prevalecer) ha sido tradicionalmente reservada al derecho constitucional (interviniendo en todo ello las considerables variaciones en el particular que encontramos de país en país), la determinación del carácter autoaplicable (*self-executing*) de una norma internacional constituye, como se ha señalado, a su vez, ‘una cuestión regida por el Derecho Internacional, ya que se trata nada menos que del cumplimiento o de la violación de una norma de derecho internacional’³⁹.

Aparte de ello, debe resaltarse que todos los derechos insertados en los tratados que se han mencionado, constituyen **cláusulas pétreas**, y no pueden ser suprimidos por enmienda constitucional, en los términos del párrafo 4, IV, del artículo 60, de la Carta de 1988, que dice: “No será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendiente a abolir: IV – los derechos y garantías individuales.”

Al dar la Carta Magna la naturaleza de “norma constitucional” a los tratados de derechos humanos ratificados por Brasil, y al pasar estos derechos incluidos en los tratados a constituir una **cláusula pétrea**, en los términos de su artículo 60, párrafo 4, IV, por tratarse también de un **derecho**, será igualmente **cláusula pétrea** aquella norma de interpretación del Pacto de San José de Costa Rica (*supra*: art. 29), que pasa a tener también aplicabilidad inmediata cuando asegura que ninguna de sus disposiciones **puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados Partes la supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos...**⁴⁰

Por todo lo que se expuso, fue adoptado en Brasil el monismo internacionalista kelnesiano. Para esta corriente, la simple ratificación de un tratado ya implica efectos jurídicos tanto en el plano internacional como en el plano interno, de modo que el derecho internacional y el derecho interno componen un mismo y único ordenamiento jurídico, debido a que la incorporación de los tratados en el orden interno se realizaría de inmediato. Y esa es la enseñanza de Celso Ribeiro Bastos que, comentando el párrafo 2 del artículo 5 de la Magna Carta, dice:

39 Cançado Trindade, Antônio Augusto, “Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos”, en *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*, São Paulo, Centro de Estudios de la Procuraduría General, 1996, pág. 34.

40 Cf. De Oliveira Mazzuoli, *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais...*, págs. 253 y ss.

No será ya posible sostener la tesis dualista, es decir, la que los tratados obligan directamente a los Estados, pero no generan derechos subjetivos para los particulares, que quedarían dependiendo de la referida intermediación legislativa. De ahora en adelante será, entonces, posible invocar los tratados y convenciones, de los cuales, Brasil sea signatario, sin necesidad de la edición por el Legislativo de un acto con fuerza de ley, volviendo al otorgamiento de la vigencia de los acuerdos internacionales⁴¹.

Parece haber sido esa misma la voluntad del legislador, pues fue el jurista brasileiro, profesor Antônio Augusto Cançado Trindade, juez-presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien realizó la propuesta a la Asamblea Nacional Constituyente, para incluir en la Constitución la regla del artículo 5, párrafo 2. Este eminente profesor, puede decirse, es el responsable de la existencia del párrafo 2 del artículo 5 de nuestra Carta Magna⁴².

Según Cançado Trindade:

Lo dispuesto en el artículo 5, párrafo 2, de la Constitución Brasileira de 1988 se inserta en la nueva tendencia de las Constituciones Latinoamericanas recientes de conceder un tratamiento especial o diferenciado también en el plano del derecho interno a los derechos y garantías individuales internacionalmente consagradas. La especificidad y el carácter especial de los tratados de protección internacional de los derechos humanos se encuentran, en efecto, reconocidos y sancionados por la Constitución Brasileira de 1998: si para los tratados internacionales en general, se ha exigido la intermediación de un acto con fuerza de ley del Poder Legislativo, de modo de otorgar a sus disposiciones vigencia y obligatoriedad en el plano del ordenamiento jurídico interno, no es lo mismo en los casos de los tratados de protección internacional de los derechos humanos en los que Brasil es parte, puesto que los derechos fundamentales en ellos garantizados pasan, en virtud del artículo 5, párrafos 1 y 2, de la Constitución Brasileira de 1998, a integrar el elenco de los derechos constitucionalmente consagrados y a ser directa e inmediatamente exigibles en el plano jurídico interno⁴³.

41 Ribeiro Bastos, Celso e Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*, vol. 2, São Paulo, Saraiva, 1989, pág. 396.

42 Cf. Cançado Trindade, A. A., “Direitos e garantias individuais no plano internacional”, en *Assembléia Nacional Constituinte, atas das comissões*, vol. 1, Brasília, n. 66, supl., 27.05.87, pág. 111 y págs. 109-116; cf. también Cançado Trindade, A. A., “Entrevista”, I Justiça e Democracia, en *Revista da Associação Juízes para a Democracia*, São Paulo, 1996, págs. 07-17, especialmente págs. 10-11.

43 Cf. también Cançado Trindade, A. A., *A proteção internacional dos direitos*

Esta sí nos parece que haya sido la voluntad del legislador, la verdadera *mens legislatoris*, la cual, además, es merecedora de aplauso. Pero el desarrollo de la presente construcción no se detiene allí. Otro punto que pasa inadvertido por la mayoría de la doctrina, y que merece nuestra reflexión, es el concerniente a los principios adoptados por la Constitución, que vienen a complementar todo aquel entendimiento del párrafo 2, artículo 5, de la Constitución de la República, por nosotros ya analizado.

El razonamiento es simple: abstrayéndose de la referencia a los tratados internacionales, el texto constitucional dispone que los derechos y las garantías expresados en la Constitución, no excluyen otros “derivados del régimen y de los principios por ella adoptados”. Uno de los principios constitucionales expresamente consagrados por la Carta Magna, el cual es inclusive “rector” de la República Federativa del Brasil, es el principio de prevalencia de los derechos humanos (Cf. art. 4, II). Ahora bien, si el **principio** de la República Federativa del Brasil es la **prevalencia de los derechos humanos**, a otro entendimiento no se puede llegar sino al de que todo tratado internacional de derechos humanos tendrá **prevalencia**, en lo que resulte más beneficioso sobre las normas constitucionales en vigor. La conclusión, aquí, una vez más, proviene de la propia lógica jurídica, que no puede ser dejada de lado, para que sean interpretados correctamente aquellos preceptos⁴⁴.

Al realizar una interpretación sistemática de la Constitución, que proclama en su artículo 4, II, que Brasil se rige en sus relaciones internacionales por el principio de **prevalencia de los derechos humanos**, y en su artículo 1, III, que Brasil se constituye en Estado Democrático de Derecho, teniendo como fundamento, *inter alia*, la **dignidad de la persona humana**, a otra conclusión no se llega, sino a la de que la voluntad del legislador, en el artículo 5, párrafo 2, de la Carta de la República, fue realmente aquella apuntada por el ilustre profesor Antônio Augusto Cançado Trindade. Así, cuando la Constitución dispone en su artículo 4, II, que la República Federativa del Brasil se rige, en sus relaciones internacionales, entre otros, por

humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos, São Paulo, Saraiva, 1991, págs. 630-635; y Cançado Trindade, A. A., *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, 1ª ed., vol. I, Porto Alegre, Ed. Sergio Antonio Fabris 1997, págs. 407-408.

44 Cf. De Oliveira Mazzuoli, *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais...*, págs. 272-286.

el principio de la **prevalencia de los derechos humanos**, está, ella misma, autorizando la incorporación del producto normativo convencional mas benéfico, por la puerta de entrada de su artículo 5, párrafo 2, que como ya fue visto, tiene el carácter de cláusula abierta a la inclusión de nuevos derechos y garantías individuales provenientes de tratados. Como bien señaló Pedro Dallari:

la prevalencia de los derechos humanos, en cuanto principio rector de las relaciones exteriores de Brasil y fundamento adoptado por el país para la regencia del orden internacional, no implica solamente el alistamiento en el proceso de edificación de sistemas de normas vinculados al Derecho Internacional Público. Se impone buscar la plena integración de las reglas de tales sistemas al orden jurídico interno de cada Estado, lo que resalta la importancia del ya mencionado párrafo 2 del artículo 5 de la Constitución brasilera de 1988, que da plena vigencia a los derechos y garantías derivados ‘de los tratados internacionales en que la República Federativa de Brasil sea parte’⁴⁵.

A la vez, la **dignidad de la persona humana**, como enseña el profesor José Afonso da Silva, “es un valor supremo que atrae el contenido de todos los derechos fundamentales del hombre, desde el derecho a la vida”⁴⁶, concepción a la cual también se adhiere J. J. Gomes Canotilho cuando dice que la dignidad de la persona humana es “la raíz fundadora de los derechos humanos”⁴⁷.

No se tiene duda, por ejemplo, de que el **derecho** a la no encarcelación del infiel depositario, en el ejemplo expuesto antes, es un derecho derivado de uno de los **principios** adoptados por la República Federativa (**prevalencia de los derechos humanos**). De esta forma, sobre la base de la propia Constitución, debe entenderse que, tratándose de los **derechos humanos** provenientes de tratados internacionales en que la República Federativa de Brasil sea parte, ha de ser siempre aplicado, en caso de conflicto entre el producto normativo convencional y la Ley Magna Fundamental, el principio de **primacía de la norma más favorable a las víctimas**, principio este defendido con vehemencia por el profesor Cançado Trindade, y expresamente asegurado por el artículo 4, II, de la Constitución Federal. En otras palabras, la **primacía** es la norma que más protege los derechos de la persona

45 Dallari, Pedro, *Constituição e relações exteriores*, São Paulo, Saraiva, 1994, pág. 162.

46 Da Silva, José Afonso, *Curso de direito constitucional positivo*, 13ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1997, pág. 106.

47 Gomes Canotilho, *Direito constitucional...*, págs. 498 y ss.

humana, interpretación concordante con la jurisprudencia de la Corte Europea de los Derechos Humanos. Si esta norma más protectora fuera la propia Constitución, excelente. Si no lo fuera, se deja a aquella de lado y se utiliza la norma más favorable a la persona humana, sujeto de derechos internacionalmente consagrados que es, para rechazar, en el ejemplo, la posibilidad de la prisión civil del infiel depositario⁴⁸. Nótese que si se ingresan tales tratados en el ordenamiento jurídico interno a nivel constitucional (Cf. art. 5, párrafo 2), la aparente contradicción entre esas “dos normas constitucionales” conflictivas (una posibilitando y otra imposibilitando la prisión del depositario infiel) debe ser resuelta y dar siempre prevalencia al interés (valor) mayor, y que, *in casu*, es la **libertad** del individuo y no la **propiedad** del bien. Entre los valores libertad y propiedad, sería irracional entender que es el último el que debe prevalecer. Este ejemplo parece haber sido bien ilustrativo en relación con lo que pretendemos demostrar.

Además, Constituciones de diversos países de occidente tienen igualmente consagrada la primacía del derecho internacional frente al derecho interno del país. Así lo hace la Constitución alemana, que en su artículo 25 dispone expresamente: “Las normas generales de Derecho Internacional Público constituyen parte integrante del derecho federal. Se sobreponen a las leyes y constituyen fuente directa para los habitantes del territorio federal”. El artículo 55 de la Constitución francesa de 1958, establece: “Los Tratados o acuerdos debidamente ratificados y aprobados tendrán, desde la fecha de su publicación, autoridad superior a las leyes, con reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte”. El art. VI (2) de la Constitución de los Estados Unidos, a su vez, dispone: “Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del País [...]”. Enfáticamente, la Constitución griega de 1975, en su artículo 28, párrafo 1, enuncia: “Las reglas de derecho internacional generalmente aceptadas, así como los tratados internacionales luego de su ratificación [...] tienen valor superior a cualquier disposición contraria de las leyes”. La Constitución española, en su artículo 9.2, afirma: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y

48 Cf. el loable voto del juez António Carlos Malheiros, del Primer Tribunal de Alzada del Estado de San Pablo, apelación n. 613.053-8.

acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España” –la propia Corte Europea de Derechos Humanos ya se valió de esta disposición de la Constitución española, que expresamente se refiere a la Declaración Universal de Derechos Humanos, como norma de interpretación del derecho interno del país–. La Constitución política del Perú establece en su artículo 101: “Los tratados internacionales, celebrados por Perú con otros Estados, forman parte del derecho nacional. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero”. Por último, y de esa misma forma, siguiendo la tendencia de las demás, la Constitución argentina, reformada en 1994, establece en su artículo 75, inciso 22, que determinados tratados e instrumentos internacionales de protección de derechos humanos en ella enumerados tienen “jerarquía constitucional” y que son complementarios de los derechos y las garantías en ella reconocidos.

El principio de prevalencia de la norma más favorable al ser humano impone la observancia de dos reglas de suma importancia. La primera es no establecer disposiciones de derecho interno para impedir la aplicación de derechos más beneficiosos al ser humano previstos en los tratados ratificados; tal regla consta de manera expresa en la mayoría de los tratados, como consecuencia de la circunstancia de la obligación del Estado de acatar los preceptos de los tratados. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en su artículo 27, dispone que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. La segunda regla se refiere a que en caso de que exista alguna disposición legal promulgada internamente que sea más favorable a las personas residentes en el país, esa norma prevalece sobre las disposiciones que consten en los tratados a los cuales el país se adhirió⁴⁹.

A pesar de las opiniones contrarias, la aplicación del principio de **primacía de la norma más favorable**, no hace nulo ninguno de los preceptos de la Constitución, puesto que deriva de sus propios postulados. El título I de la Carta de la República, donde se inserta el artículo 4, párrafo 2, ya citado, es “De los Principios Fundamentales”. La dignidad de la persona humana (Cf. art. 1, III) protegida por estos principios, está por encima de cualquier disposición en

49 Cf. De Oliveira Mazzuoli, *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais...*, págs. 65-66.

contrario, que sea limitante de su ejercicio. En el actual contexto de la “era de los derechos” de Bobbio, no hay más que hablar sobre la ya superada polémica entre monistas y dualistas, en lo que respecta a la protección de los derechos humanos. “En el presente dominio de protección –como bien dice el profesor Cançado Trindade– la primacía es de la norma más favorable a las víctimas, sea la norma de derecho internacional o del derecho interno. Este y aquel, aquí se integran en beneficio de los seres protegidos. Es la solución expresamente consagrada en diversos tratados de derechos humanos, de mayor relevancia por sus implicaciones prácticas”⁵⁰. Uno de ellos es el propio Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículo 5, 2) que dispone: “No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

El criterio de la norma más favorable a las personas protegidas, consagrado expresamente en tantos tratados de derechos humanos, dice Antônio Augusto Cançado Trindade:

contribuye, en primer lugar para reducir o minimizar las pretendidas posibilidades de “conflictos” entre instrumentos legales en sus aspectos normativos. Contribuye, en segundo lugar, para obtener mayor coordinación entre tales instrumentos, tanto en dimensión vertical (tratados e instrumentos de derecho interno), como en la horizontal (dos o más tratados). En lo tocante a esta última, el criterio de primacía de la disposición más favorable a las víctimas, ya en el fin de la década de los 50, era aplicado por la Comisión Europea de Derechos Humanos (petición número 235/56, de 1958-1959), y recibió reconocimiento especial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-5/85 sobre la Colegiación Obligatoria de Periodistas. Contribuye, en tercer lugar [...], para demostrar que la tendencia y el propósito de la coexistencia de distintos instrumentos jurídicos –garantizando los mismos derechos– son en el sentido de ampliar y fortalecer la protección ⁵¹.

Según Max Soresen, la primacía de la norma más favorable, hoy, es clara y se evidencia, “por la regla bien establecida de que un Estado

50 Cançado Trindade, “Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos...”, pág. 43.

51 *Ibíd.*, págs. 44-45.

no puede invocar las disposiciones de su derecho interno para disculpar la falta de cumplimiento de sus obligaciones internacionales, o para escapar a las consecuencias de ella” (*Manual de derecho internacional*, México, Fondo de Cultura Económico, 1992). También, según el referido autor:

El Estado es libre para dejar encargado a sus tribunales del cumplimiento de sus obligaciones internacionales dentro de su territorio [...] Pero, [...] todo conflicto entre el derecho internacional y el derecho interno que pueda producir un incumplimiento de una obligación internacional, implica la responsabilidad del Estado. Como corolario, la norma de derecho interno que sea contraria al derecho internacional es considerada por los tribunales internacionales, desde el punto de vista de su sistema, como si no existiese⁵².

Finalmente, es necesario dejar bien en claro que los tratados internacionales tienen su propia forma de revocación, la **denuncia**, y considerando todo lo que se ha visto hasta aquí, ya no se hablará más respecto a que la legislación interna, por el **criterio cronológico**, puede revocar o derogar el tratado. Este solo puede ser alterado por otra norma de categoría igual o superior, internacional, y no por ley interna, lo cual ha sido sustentado por el juez Antonio Carlos Malheiros, en diversos votos, con el apoyo de la doctrina de Haroldo Valladão y del ministro Philadelpho Azevedo, para sustentar la inconstitucionalidad de la prisión del depositario de bien, por fuerza de lo que dispone la Convención Americana sobre Derechos Humanos (v.g. 1º TACiv-SP - Hábeas Corpus n. 674.380-2 - juzgado en 14.02.96). Con la finalidad de criticar a los que entienden que los tratados de derechos humanos pueden ser revocados por leyes internas infraconstitucionales, reflexionó el profesor Cançado Trindade: “¿Como podría un Estado-Parte en un tratado explicar a los demás Estados-Partes la derogación o revocación del referido tratado por una ley? ¿Que seguridad jurídica ofrecería este Estado en el cumplimiento de sus compromisos internacionales?”⁵³.

Cuando en su artículo 4, II, la Constitución proclama que Brasil se rige en sus relaciones internacionales por el principio de la **prevalencia de los derechos humanos**, y en su artículo 1, III, que el Brasil se constituye en un Estado Democrático de Derecho, teniendo

52 Apud. Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior, voto en el Habeas Corpus n. 493.158-0/5, voto n. 905.

53 Entrevista al profesor A. A. Cançado Trindade publicada en la revista *Justiça e Democracia*, 1/7, San Pablo, RT, enero-junio, 1996.

como fundamento, *inter alia*, la **dignidad de la persona humana**, la propia Constitución autoriza la incorporación del producto normativo convencional más benéfico, por la válvula de entrada en su artículo 5, párrafo 2, como ya fue visto más de una vez en este texto. Mientras tanto, no basta que tan solo un dispositivo, aunque de peso incuestionable, quede para sustentar garantías tan arduamente conquistadas, pues modernamente no se pretende dar primacía a uno u otro derecho (interno o externo), ya que ambos fueron elaborados con la misma finalidad de ampliar la seguridad de sus protegidos. Este es el verdadero propósito de la coexistencia de distintos instrumentos jurídicos garantizadores de los mismos derechos. Hoy, es tal la dificultad para hacer efectivos los derechos humanos que, apreciando esto, Norberto Bobbio enfatizó: “El problema fundamental en relación a los derechos del hombre, hoy, no es tanto el de *justificarlos*, sino el de *protegerlos*. Se trata de un problema no filosófico, sino político”⁵⁴.

Tal pensamiento expresa que el criterio más eficaz para la interpretación de normas en conflicto, es el de la **primacía de la norma más favorable a las víctimas**. Por consistir en una interpretación de amplio alcance, posibilita una mayor interacción entre los tratados de derecho internacional y el ordenamiento interno del país, y fortalece de manera más eficaz la protección de los derechos y garantías individuales, ampliamente consagrados por varios tratados internacionales. Luego, la primacía corresponde a la norma que mejor protege, en cada caso, los derechos de la persona humana, visto ya que las construcciones normativas convencionales no tienen la prerrogativa de vulnerar el texto constitucional, pero sí de reforzar el rol de los derechos y de las garantías fundamentales contenidos en ellos. Los referidos complementos normativos internacionales solo podrían lesionar la Constitución si viniesen directa y objetivamente a suprimir de nuestra Carta otro derecho fundamental garantizado por ella. Sin embargo, es clara la intención de los preceptos normativos del **derecho de las gentes**, que surge no como violador, sino como garantizador del derecho fundamental de libertad de contenido en la Carta de la República de 1988. De no entenderlo de esta forma, se estaría admitiendo una verdadera *aberratio juris*.

54 Bobbio, Norberto, *La era de los derechos*, Río de Janeiro, Ed. Campos, 1992, pág. 24. En el original: “Il problema di fondo relativo ai diritti dell’uomo è oggi non tanto quello di *giustificarli*, quanto quello di È un problema non filosofico ma politico” (Sul fondamento dei diritti dell’uomo).

Conclusiones

Al fin y al cabo de esta exposición teórica, se tiene por afirmadas las siguientes conclusiones.

1. Según el entendimiento del Supremo Tribunal Federal brasileño, cualquier tratado internacional ratificado por Brasil, pasa a ser parte del derecho interno brasileño, en el ámbito de la **legislación ordinaria**, sin fuerza para cambiar el texto constitucional, pues, al ser la Constitución Federal la expresión máxima de la soberanía nacional, ella está por encima de cualquier tratado o convención internacional que entre en conflicto con su texto. Según el Supremo Tribunal, no hay garantía de *privilegio jerárquico* de los tratados internacionales sobre el derecho interno brasileño, y se debe garantizar la autoridad de la norma más reciente, pues es **partidario** el tratamiento brasileño dado a las normas de derecho internacional (*lex posterior derogat priori*).
2. No obstante el entendimiento de la Suprema Corte en esta materia, quedó establecido que cuando la Carta de la República incorpora en su texto derechos fundamentales provenientes de tratados, ella misma está atribuyendo una naturaleza especial y diferenciada, cualquiera que sea “la naturaleza de la norma constitucional”, y tales derechos pasan a integrar el elenco de los derechos constitucionalmente protegidos, y amparados inclusive por las llamadas **cláusulas pétreas** (Cf., art. 60, párrafo 4, IV). En consecuencia, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 1998, que garantiza la responsabilidad internacional penal de los individuos, se integró en el derecho brasileño, a partir de la fecha de su ratificación, con el estatus de **norma constitucional**, por lo que no puede ser abolido ni aun por enmienda a la Constitución.
3. Los demás tratados internacionales que no se refieran directamente al tema de los **derechos humanos**, no tienen naturaleza de norma constitucional; tendrán naturaleza de norma infraconstitucional extraída del artículo 102, III, b, de la Carta Magna brasileña de 1988.
4. Ese resultado es obtenido de la interpretación del párrafo 2 del artículo 5 de la actual Carta Magna, junto con el artículo 4, II, del mismo cuerpo, que dispone el principio de la prevalencia de los derechos humanos, llamado por el ilustre profesor Antônio

Augusto Cançado Trindade, el **principio de la primacía de la norma más favorable a la víctima**.

5. Los tratados internacionales tienen su propia forma de revocación, que es la **denuncia**, y ya no puede sostenerse de ninguna manera, que la legislación interna, por el **criterio cronológico**, tiene poder para revocar o derogar un tratado internacional. Este sólo puede ser alterado o modificado por otra norma de categoría igual o superior, que sea **internacional**, jamás por una ley interna.
6. Los derechos humanos deben traspasar cualquier barrera o impedimento para la consecución de sus fines, lo mismo si esta es una imposición constitucional. Cuando un tratado internacional de protección de derechos humanos viene a ampliar alguno de los derechos contenidos en la Constitución, tal tratado pasa a tener, por autorización expresa de la Carta Magna (art. 5, párrafo 2), fuerza para modificarla, a fin de ampliar los derechos contenidos en ella.
7. Ciertamente, la personalidad de los individuos, en el plano internacional, es limitada. No obstante, en ocasiones, principalmente en lo que respecta a los crímenes de guerra y al genocidio, los individuos tienen, como los Estados, **responsabilidad** en el plano internacional. En estos casos, los individuos pasan a ser penados como tales. En este escenario, adquieren **derechos y obligaciones**, de modo que no se puede afirmar que son solamente los Estados los que cometen actos ilícitos internacionales. Ahora bien, si los individuos, como tales, también pueden ser responsabilizados en el escenario externo en virtud de actos que violan el derecho internacional público, esto implica que ellos también poseen personalidad jurídica internacional. Y si tienen esa personalidad es porque, consecuentemente, también son considerados **sujetos** de derecho internacional público.

Temas en derechos humanos

Pueblos indígenas, derechos económicos, sociales y culturales, y discriminación*

*Diego Iturralde G. ***

La arena o el campo de lo étnico-nacional en América Latina¹

En el último cuarto del siglo ha ocurrido una importante reemergencia de las identidades indígenas de la región, el fortalecimiento de los pueblos en tanto sujetos sociales, y la rápida conversión de sus organizaciones en actores políticos dentro de las sociedades nacionales y en el escenario internacional. En el mismo período se han dado importantes modificaciones a nivel del Estado, caracterizadas, entre otros factores, por la reinstalación de regímenes democráticos, la reforma del marco constitucional y legal, y el inicio de los procesos de descentralización de la administración y privatización de los servicios y las empresas públicas. Finalmente, los organismos multilaterales de control y asistencia técnica y financiera, así como las agencias bilaterales de cooperación al desarrollo, han modificado sus estrategias para actuar sobre estos dos procesos, orientando y financiando programas de modernización, descentralización y desincorporación del Estado, además de condicionar su apoyo a una mayor participación de las organizaciones locales y de la sociedad civil en general.

A partir de esta constatación, la arena en la cual se viene definiendo –y analizando– la cuestión nacional-indígena en América Latina, puede entenderse básicamente como un triángulo cuyos lados están formados por las dinámicas de la emergencia de los pueblos indígenas, la reforma del Estado y las modificaciones en el escenario internacional. Hay otros factores, como cambios en las percepciones y actitudes sociales frente a la interculturalidad, modificaciones de los modelos de organización

* Texto preparado para el *Seminario de expertos sobre racismo, discriminación, xenofobia y otras formas de inequidad*, Santiago de Chile.

** Coordinador de la Unidad de Investigaciones Aplicadas del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Este texto no compromete una posición institucional.

1 He desarrollado más extensamente estas ideas en varios trabajos recientes, entre otros en “Lucha indígena y reforma neoliberal”, en *Iconos*, revista de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), n. 9, Quito, 2000.

de los actores económicos emergentes e impacto de nuevos programas y proyectos de combate a la pobreza, que están presentes en este campo y que desempeñan un papel importante en la configuración de las tensiones que caracterizan esta arena.

Aunque las relaciones entre estas dinámicas son múltiples, en los últimos años se ha privilegiado la comprensión de esta arena desde el examen de las tensiones establecidas en el plano normativo: esto es como si se tratara de una disputa de derechos. La opción por este punto de vista –el legal– para comprender esta relación y sus modificaciones, no es únicamente un recurso metodológico y disciplinario; responde al hecho de que el desarrollo de la relación ha estado dominado en la última década por lo que M. Gómez² denomina la juridización de lo indígena, para denotar que las plataformas de los movimientos indígenas han llegado a un punto en el cual sus demandas se concentran en la reivindicación de una nueva normatividad, que las respuestas desde el Estado se procesan igualmente en la reforma legal y que la intervención externa presiona a los países por ciertas reformas legales, la adopción de convenios internacionales y acuerdos bilaterales y el cumplimiento de reglas y principios de estrategia de los donantes; en muchos casos esta presión se extiende al reconocimiento y atención de las demandas indígenas.

En efecto, la irrupción de los pueblos indígenas como un nuevo sujeto social y de sus organizaciones como un actor político, implica varios tipos de dinámicas interconectadas, una de las cuales es la construcción de una plataforma de lucha que se expresa finalmente como una reivindicación de derechos, incluyendo desde la demanda de modificación de la constitucionalidad del Estado, hasta el reconocimiento de un sistema legal y jurisdiccional propio de cada pueblo indígena. La reforma del Estado, en un buen número de países, incluye modificaciones del marco constitucional y legal para reconocer la existencia de los pueblos indígenas y garantizar algunos de sus derechos, la modernización de la institucionalidad que atiende los asuntos indígenas, y la transferencia de competencias (en educación y salud, por ejemplo) a las comunidades locales. En el ámbito internacional se han adoptado algunos convenios, declaraciones, directrices de política y estrategias de cooperación bilateral y multilateral específicamente relacionados con los pueblos indíge-

2 Este término lo ha propuesto y lo utiliza Magdalena Gómez en varios textos; entre otros su artículo “La juridización de los indígenas ante la nación mexicana”, en Iturralde, Diego (compilador), *Orden jurídico y control social*, México DF, Instituto Nacional Indigenista, 1994.

nas y se vienen discutiendo los proyectos de Declaración Universal y Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas.

Otro plano en el cual esta relación está tomando cuerpo en los últimos años es la disputa por el ejercicio de la autoridad en la arena electoral. Este plano, relativamente nuevo, se está derivando precisamente de la reforma legal y de la modernización de las instituciones públicas –particularmente de la descentralización– y es posible que amplíe el campo de lo étnico-nacional para acoger las dinámicas de la sociedad en general y de las formaciones políticas como nuevos actores de la relación. Esta perspectiva de análisis –política– esta aún poco desarrollada.

También es posible observar cambios en la relación pueblos indígenas-estados-agencias internacionales, desde la perspectiva de las reformas económicas y, particularmente, desde las dinámicas que se están desatando en el mercado. Un aspecto inminente –que ya está siendo explorado por algunos autores– se refiere al de la desregulación y normalización del mercado de tierras; otro, poco investigado aún, al mercado de dinero (el crédito); uno más, el del acceso a los servicios públicos y la seguridad social, y a su administración en el nivel local; temas sobre los cuales no se ha fijado todavía la atención de los analistas.

Diversas combinaciones de las tensiones emergentes en la arena de la relación étnico-nacional han estado presentes en acontecimientos recientes en la región, como el levantamiento de los zapatistas en Chiapas, los resultados de la consulta sobre la reforma constitucional en Guatemala, la oposición de las organizaciones del pueblo mapuche a la construcción de la presa Ralco en el alto Bio-bio y los eventos protagonizados por la Confederación de Nacionalidades Indígenas de Ecuador (CONAIE) en enero del 2000.

Pueblos indígenas y discriminación racial³

Deseo destacar que estas dinámicas y el escenario resultante han contribuido a modificar significativamente la comprensión de diversidad social en la región, la misma que estuvo enraizada en una perspectiva racista hasta bastante avanzada la segunda mitad del siglo XX, y en una suerte de darwinismo social en las décadas

3 Algunas ideas de esta sección están inspiradas en la lectura de la versión preliminar de un documento preparado por A. Bello y M. Rangel para la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) con oportunidad de la Conferencia sobre Racismo: "Etnicidad, raza y equidad en América Latina y el Caribe", Santiago de Chile, marzo de 2000.

posteriores, dominadas por el paradigma del desarrollo. Posiciones más recientes han empezado a comprender la diversidad étnica y cultural como un asunto de fronteras de identidad, y estas como resultado de construcciones sociales contemporáneas, ajenas a cualquier consideración de raza o de evolución.

Efectivamente, ninguna postura intelectual sería argumenta hoy en día la existencia de diferencias genéticas o raciales entre los pueblos, y los avances de la ciencia confirman cada vez más claramente la identidad genética de la especie humana. Cada día son más claras las evidencias y más frecuentes las posturas favorables al reconocimiento de la diversidad social que se expresa como multietnicidad y multiculturalidad, como una característica de la humanidad y como un potencial de nuestras sociedades.

A pesar del avance de las tendencias antes descritas, existen, y en muchos casos se han recrudecido, las actitudes y las prácticas discriminatorias contra los pueblos indígenas y otras sociedades diferentes; actitudes y prácticas que operan mediante prejuicios de carácter racial y estereotipos que minorizan (estigmatizan) a los diferentes. En la práctica la frontera de la identidad (principalmente de la identidad étnica) es reiteradamente dibujada como frontera racial, o por lo menos como un escalón inferior (anterior) en la evolución social.

La coexistencia de una comprensión formal (científica, legal e institucional) progresivamente favorable al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, con la persistencia de actitudes y prácticas racistas en la vida cotidiana, pone en evidencia algunas características de este fenómeno:

1. El racismo y la discriminación son fenómenos progresivamente independientes de las comprensiones racionales y de las expresiones formales de la vida social, tal como estas se exhiben en el discurso público, en la legislación y en los medios de comunicación. Se trata de actitudes y prácticas enraizadas socialmente que pueden permanecer (y de hecho permanecen) ocultas y son sistemáticamente negadas, lo cual hace que sean cada vez más difíciles de combatir.
2. Las actitudes racistas y las prácticas discriminatorias son progresivamente funcionales al mantenimiento de la desigualdad económica y la inequidad política, y contribuyen a profundizar la exclusión y a justificarla. Esta función se hace más evidente en el

contexto de la globalización y de las transformaciones que la constituyen, sobremanera ante la importancia de los procesos mediáticos; en esa medida racismo y discriminación pueden llegar a reinstalarse como políticas tendientes a forzar la homogeneización de la sociedad y de los mercados.

3. Estas actitudes y prácticas en contra de los indígenas se exacerbaban en una coyuntura de fortalecimiento de los pueblos y de reemergencia (y reconstrucción) de sus identidades; precisamente cuando los movimientos sociales indígenas están presionando por un mayor reconocimiento de sus derechos y una participación más profunda en la democracia, y después de un período –breve pero significativo– en el que habían conseguido legitimarse socialmente.
4. Bajo las condiciones actuales, la discriminación racial y étnica forma parte de una nueva trama económica y política, diferente a la que las hizo necesarias en anteriores momentos de la historia. Hoy en día opera como un mecanismo para negar la diversidad étnica y cultural y conculcar los derechos que de ella se desprenden. Entre otros es negación del derecho a participar del proyecto nacional (su construcción y sus beneficios) desde las particularidades de cada pueblo, y ello ejerce un grado razonable de autonomía y retiene el control de los recursos y de los procesos sociales y culturales enraizados en sus territorios.

Por lo expuesto, creo que el combate a la discriminación y al racismo de hoy debe asumirse desde la necesidad de proteger y fortalecer la diversidad cultural, en el más amplio sentido de esta expresión; en el entendido de que tal diversidad y sus portadores son el bien actualmente amenazado por la exclusión.

Derechos indígenas y derechos humanos

La emergencia y reemergencia de los pueblos indígenas y otros sectores étnica y culturalmente diferenciados se expresan en movimientos sociales que contradicen el modelo de Estado en tanto expresión de una forma de organización de la totalidad social, fundado sobre la unidad y la homogeneidad, supuesto y proyecto que estos movimientos contestan, y al cual oponen resistencia en tanto niega su reivindicación principal: la de ser reconocidos y tratados como diferentes.

El desarrollo de esta plataforma de lucha tiene algunas vertientes, entre las cuales destacan: a) la acumulación de la demanda indígena

interna por alcanzar la protección de la ley y el acceso a la justicia; b) la doctrina de los derechos humanos y el desarrollo de una normatividad internacional que incorpora progresivamente sujetos y derechos colectivos; c) la lucha por el restablecimiento y la ampliación de la democracia y, más recientemente, la participación en los procesos de descentralización de la gestión pública hacia los niveles locales.

En cuanto a la segunda vertiente, las plataformas contemporáneas de los movimientos indígenas de la región se construyen como parte del desarrollo e internalización de la doctrina de los derechos humanos, en los numerosos espacios internacionales y nacionales que se establecen para promoverlos. En este proceso las plataformas indígenas hacen suya, como un punto de partida fundamental, la declaración del derecho a la autodeterminación de los pueblos contenida en el artículo primero de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Esta operación muestra tres características singulares en la plataforma indígena: a) la apropiación se concentra en el mencionado artículo primero y su consecuencia más inmediata, es decir, que “en virtud de este derecho [los pueblos] establecen libremente su condición política y proveen así mismo a su desarrollo económico, social y cultural”; b) esta apropiación de los Pactos incluye de manera implícita los dos conjuntos de derechos –civiles y políticos (DCP), y económicos, sociales y culturales (DESC)–, pero desvanece sus diferencias y el carácter eminentemente individual de su expresión formal; c) a partir de esta apropiación, los movimientos indígenas desarrollan un “catálogo propio” de derechos de los pueblos indígenas, progresivamente distinto del proclamado y protegido por los Pactos.

Este “catálogo” de los derechos de los pueblos indígenas es muy amplio y variable; sin embargo, se refiere a un conjunto de campos que podrían resumirse de la siguiente manera⁴.

1. Reconocimiento constitucional de la existencia de los pueblos indígenas como sujetos específicos al interior de la nación; de los derechos originarios que como a tales les corresponden; y, de las obligaciones de los Estados y gobiernos de garantizar su ejercicio y desarrollar la legislación pertinente.

4 Esta síntesis, aún vigente, fue preparada por el Programa Pueblos Indígenas y Derechos Humanos del IIDH como una primera propuesta para un proceso de consulta previo a la adopción de un Instrumento Interamericano sobre el tema (San José, Costa Rica, septiembre de 1991).

2. Establecimiento del derecho de los pueblos a disponer de los medios materiales y culturales necesarios para su reproducción y crecimiento; de manera especial a la conservación, recuperación y ampliación de las tierras y territorios que han ocupado tradicionalmente. Este derecho incluye la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales que se encuentren en sus territorios, y la conservación de las calidades del hábitat.
3. Instrumentación del derecho al desarrollo material y social de los pueblos indígenas, que incluye: el derecho a definir sus propias alternativas e impulsarlas bajo su responsabilidad; el derecho a participar en los beneficios del desarrollo nacional en una medida que compense los déficit históricamente establecidos; y el derecho a tomar parte en el diseño y la ejecución de los objetivos nacionales de desarrollo.
4. El derecho al ejercicio y desarrollo de las culturas indígenas, a su crecimiento y transformación; así como a la incorporación de sus lenguas y contenidos culturales en los modelos educativos nacionales. Este derecho debe garantizar el acceso a los bienes culturales de la nación y la participación de los pueblos en la configuración de la cultura nacional, fomentar el uso de sus lenguas y asegurar sus contribuciones permanentes en campos como la tecnología, la medicina, la producción y la conservación de la naturaleza.
5. El establecimiento de las condiciones jurídicas y políticas que hagan posibles y seguros el ejercicio y la ampliación de los derechos antes señalados, dentro de la institucionalidad de los Estados. Para esto será necesario garantizar la representación directa de los pueblos en las instancias de gobierno, asegurar sus conquistas históricas y legitimar sus formas propias de autoridad, representación y administración de justicia, mediante un régimen de autonomía adecuado a cada situación particular.

Como puede observarse, este “catálogo de derechos indígenas” no se limita a reproducir los ya incluidos en el Pacto Internacional y el Protocolo Interamericano de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. A diferencia de estos instrumentos, la propuesta indígena: a) los define como derechos de pueblos (no simplemente como derechos colectivos, en el sentido de que sean compartidos por un conjunto de ciudadanos); b) integra muy estrechamente derechos de tipo político y derechos al desarrollo, de tal manera que unos son

condición de otros y viceversa; c) pretende dar autonomía a la existencia y la realización de estos derechos en cuanto a su incorporación en el régimen jurídico y constitucional del Estado, al dotarlos de una entidad propia, como derechos indígenas.

Derechos indígenas y respuestas públicas

El carácter específico de las demandas de los pueblos indígenas y la presión que estos han ejercido durante un cuarto de siglo en favor de lograr su reconocimiento, han generado respuestas en el ámbito internacional y en el derecho interno de algunos países.

Buena parte de estas respuestas se han basado en el desarrollo de la plataforma de los DESC, al procurar formularlos como atributos de un sujeto colectivo –al cual variablemente (y polémicamente) se denomina pueblos y/o poblaciones indígenas– y en la combinación de estos con normas de derecho político relativas a la ciudadanía de los indígenas y a la participación de sus comunidades en el marco de los Estados.

En el ámbito de Naciones Unidas este proceso comprende la realización de una amplia investigación sobre la legislación relativa al tema (Informe Martínez Cobo), el establecimiento del Grupo de Trabajo sobre Asuntos Indígenas con participación de representantes de los interesados, y la preparación de un Proyecto de Declaración, que continúa en discusión. Recientemente la Comisión de Derechos Humanos ha establecido, por tres años, un Relator especial sobre el tema.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) revisó entre 1987 y 1989 el Convenio n. 107 (1957) y adoptó uno nuevo: el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (n. 169, de 1989) que ha sido ratificado hasta ahora por diecisiete países.

En el ámbito regional el Instituto Indigenista Interamericano y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos iniciaron esfuerzos en esta misma dirección a partir de las recomendaciones del VIII Congreso Indigenista (Mérida, 1980), que fueron luego continuados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Asamblea General de la OEA, los cuales se encaminan hacia la adopción de una Declaración de Derechos de los Pueblos/Poblaciones Indígenas, aún en discusión.

Una concreción importante de estos avances, en lo que se refiere a los DESC aplicados a los pueblos indígenas, es el Convenio

Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y El Caribe, suscrito por 22 países de la región al efectuarse la II Cumbre Iberoamericana, y que ha sido ratificado hasta ahora por diecinueve Estados Partes.

Algunas normas especializadas se han incorporado en otros instrumentos internacionales como el Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Régimen de Propiedad Intelectual. La Organización para la Educación, la Ciencia y la Cultura de las Naciones Unidas (UNESCO) ha producido, para los temas de educación, patrimonio cultural y comunicaciones, varias declaraciones, resoluciones y recomendaciones que igualmente atienden a los DESC de los pueblos indígenas, desde la perspectiva del reconocimiento de la diversidad cultural.

En estos mismos años el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo y la Organización Panamericana de la Salud han adoptado directrices operativas que condicionan sus operaciones a la realización de consultas con los pueblos indígenas, a la salvaguarda de sus derechos territoriales y de su patrimonio cultural y que dan pie a la exploración y experimentación de modelos alternativos de desarrollo en regiones indígenas.

Algunos gobiernos de países donantes de fondos y asistencia técnica para el desarrollo han adoptado estrategias especiales para asegurar que sus acciones bilaterales de cooperación, así como los recursos que se canalizan por intermedio de organizaciones no gubernamentales, beneficien de manera directa y adecuada a los pueblos indígenas y contribuyan a fortalecer su situación legal y a realizar sus derechos económicos y culturales. En años recientes la Unión Europea estableció una estrategia común que resume las experiencias y los criterios de los países de la región en este campo.

En el ámbito interno, al menos catorce países latinoamericanos que reformaron sus constituciones entre 1988 (Brasil) y 1999 (Venezuela) introdujeron algún nivel de reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, proclamaron el interés y la obligación del Estado de protegerla y promoverla, y asociaron (implícita o explícitamente) a tal reconocimiento algunas normas constitucionales relativas a los derechos económicos, sociales y culturales y al desarrollo en general. Las lenguas y el derecho a una educación adecuada, son posiblemente los temas más frecuentemente mencionados en las constituciones; la vida comunitaria y el derecho

a preservar las tradiciones culturales ocupan también un espacio de cierto privilegio; con muy pocas excepciones (Ecuador, Venezuela) los derechos laborales, y los relativos a la seguridad social, a la salud, a la alimentación, a un medio ambiente sano y a otras condiciones de vida, quedan incluidos entre los derechos generales de la población, sin que se mencionen regímenes o condiciones especiales para el caso de los pueblos indígenas.

Los territorios indígenas reciben un tratamiento excepcional en constituciones como las de Brasil, Bolivia, Colombia, Ecuador, Nicaragua y Panamá; y en casi todas las demás se encuentran normas que precautelan la propiedad (individual o colectiva) de los indígenas y campesinos. Muy pocos textos constitucionales crean regímenes políticos especiales como autonomías, entidades territoriales o circunscripciones territoriales indígenas. Tan sólo por extensión algunas reformas al régimen electoral y a la administración descentralizada implican reconocimiento de derechos políticos especiales para los indígenas. Lo mismo ocurre con el acceso a la justicia, si bien en algunos países las reformas recientes en la legislación penal y de procedimientos penales han explorado alternativas para promover las formas de resolución de conflictos, basadas en las tradiciones locales indígenas.

Finalmente, hasta enero de 1999, veinte países de la región han ratificado la Convención para la Prevención de toda forma de Discriminación, dieciocho han ratificado el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y once (de dieciocho que lo suscribieron) han ratificado el Protocolo Interamericano de San Salvador.

Derechos indígenas y derechos económicos, sociales y culturales

Los progresos que se han indicado no salvan las distancias existentes entre las demandas de los pueblos indígenas y la plataforma de los DESC, progresivamente incorporada en la normatividad internacional y doméstica, salvo el ya indicado artículo primero de los dos Pactos Internacionales, que expresa las aspiraciones a la autodeterminación.

Al respecto es importante reconocer en primer lugar lo siguiente: a) la declaración del principio a la libre determinación de los pueblos no tiene consecuencias claras e inmediatas sobre la formulación de los derechos económicos, sociales y culturales, que quedan definidos

en el texto fundamentalmente como derechos de individuos o de conglomerados de individuos, más que como atributos de formaciones sociales; b) ninguna constitución o ley de los países de la región recoge este principio; c) los textos del Convenio n. 169 de OIT y del Convenio del Fondo Indígena, así como los proyectos de Declaración de Naciones Unidas y de la OEA contienen normas que limitan el alcance del término pueblos y excluyen a los pueblos indígenas de los efectos que el uso de dicha expresión pudiera tener en el derecho internacional, en una franca referencia a la libre determinación. Este tópico se volvió a plantear una vez más en la declaración final de la III Conferencia Mundial contra el Racismo (Durban, septiembre de 2001).

En segundo lugar, el hecho de que los DCP y los DESC hayan sido formulados en textos separados (tanto en los dos Pactos Internacionales, como en los Protocolos de San José y San Salvador), contribuye a disociar lo que en la plataforma indígena está indisolublemente vinculado, ya que los primeros –que implicarían el reconocimiento de una ciudadanía de los pueblos y los derechos que de ella se desprenden: como autoridad, autorregulación, participación– constituyen el fundamento de los segundos: educación propia y en la lengua, espiritualidad tradicional, ejercicio de la cultura, salud atendida según las prácticas tradicionales, desarrollo autónomo, etcétera.

En tercer lugar, la plataforma de los DESC no liga los derechos que promueve y protege ni al derecho sobre la tierra (en sentido estricto de propiedad), ni mucho menos a la idea de territorio como ámbito material y simbólico de reproducción social y cultural y de ejercicio del control.

Finalmente, las demandas y aspiraciones jurídicas de los movimientos indígenas van más allá del catálogo de derechos y obligaciones establecidos en el Pacto Internacional y el Protocolo Interamericano de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La discusión de los proyectos de Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, en el estado de preparación en que se encuentran, pone en evidencia esta tensión entre una tendencia a entender el asunto como una aplicación de los DESC al caso de los indígenas y otra que impulsa la construcción de un nuevo estándar, más cercano a las demandas y aspiraciones de los pueblos indígenas. El cuadro de la página siguiente ilustra esta tensión, en el caso del proyecto de Declaración Americana.

Derechos demandados por los pueblos indígenas	Derechos reconocidos en el Pacto Internacional y en el Protocolo de San Salvador	Derechos mencionados en el proyecto de Declaración Americana
Reconocimiento constitucional de la existencia de los pueblos indígenas como sujetos específicos al interior de la nación.	Derecho a la libre determinación.	Derecho (de las personas) a pertenecer a los pueblos/poblaciones indígenas. [Derecho al autogobierno]. Derecho indígena. Personalidad jurídica.
Establecimiento del derecho a disponer de los medios materiales y culturales necesarios para su reproducción y crecimiento: tierras y territorios.	Derecho al trabajo. Derecho a condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo. Derechos sindicales. Derechos a la seguridad social. Derecho a un medio ambiente sano.	Derechos laborales. Derechos de asociación, reunión, libertad de expresión y pensamiento. Formas tradicionales de propiedad [y supervivencia cultural]. Derecho a tierras y [territorios].
Derecho al desarrollo material y social: definir sus propias alternativas o impulsarlas; participar en el desarrollo nacional y en el diseño de objetivos nacionales.	Derecho a la salud. Derecho a la alimentación.	Salud y bienestar. (Medicina tradicional). Derechos de propiedad intelectual. (Derecho al desarrollo). (Desarrollo económico).
Derecho al ejercicio y desarrollo de las culturas indígenas: incorporación de sus saberes, sus lenguas y culturas en la educación; acceso a los bienes culturales de la nación y participación en la cultura nacional.	Derecho a la educación. Derecho a los beneficios de la cultura. Derecho a la constitución y protección de la familia.	Educación (bilingüe, intercultural). Derecho a la integridad cultural. (Concepciones lógicas y lenguaje). (Derechos lingüísticos). Libertad espiritual y religiosa. Relaciones y vínculos de familia.
Condiciones jurídicas y políticas que aseguran el ejercicio de estos derechos dentro del Estado: representación directa, formas propias de autoridad, representación y administración de justicia mediante un régimen de autonomía adecuado a cada situación particular.	No-discriminación.	Rechazo a la asimilación. Garantías especiales contra la discriminación.

Nota: Las expresiones entre { } y entre [] muestran los temas que han provocado discusión y resistencia

Como se puede apreciar, este desbordamiento de la plataforma de los derechos indígenas en relación con la plataforma de los DESC tiene que ver con aspectos conceptuales y políticos, como los relativos al uso del concepto de pueblos y sus consecuencias jurídicas; con limitaciones en el reconocimiento de la especificidad de algunos derechos; y con dificultades jurídicas y prácticas para reclamar su efectividad en el campo legal.

Estas limitaciones se trasladan a la legislación interna aun en aquellos países con altas proporciones de población indígena y con amplios contenidos constitucionales sobre sus derechos. En términos generales, cuando los DESC han sido incluidos en las constituciones lo son como objetivos programáticos; en pocos casos implican expresamente obligaciones del Estado; y, con la excepción de los

derechos laborales y sindicales, casi ningún otro derecho se presenta con posibilidades efectivas de reclamación. El desarrollo de legislación reglamentaria de los DESC y de algunos derechos indígenas incorporados en las constituciones en los últimos años es muy escasa⁵; y su “justiciabilidad” en la vía ordinaria es muy baja. Prácticamente la única ruta experimentada hasta ahora para reclamar el cumplimiento de las obligaciones del Estado en este campo es la jurisdicción constitucional, o la petición de nulidad de los actos de gobierno que los contrarían⁶.

Esta tercera limitación –de la baja justiciabilidad– amerita una reflexión de mayor detalle, que aquí se hace en dos direcciones posibles: la naturaleza difusa del sujeto de los derechos y la baja justiciabilidad de los mismos.

Un actor difuso y unos derechos poco justiciables

Los indígenas, un actor difuso

En la medida que las constituciones no han reconocido cabalmente una personería jurídica pública a los pueblos indígenas –aun cuando algunos textos ya utilizan esta expresión– estos no pueden comparecer en juicio para demandar el cumplimiento de derechos que les corresponden como pueblos y que sólo podrían ser ejercidos en esa condición; ejemplos son el derecho a la lengua, a la cultura, a la espiritualidad y, por supuesto, al territorio y la autonomía.

Algunas normas nacionales sí reconocen personería para las comunidades y otras formas de asociación de los indígenas, como comunas, cooperativas, parcialidades, centros poblados, etc.; sin embargo, en la práctica esta sólo las habilita para asuntos de carácter eminentemente administrativo y/o de representación pública. En muchos casos no es suficiente ni siquiera para recibir y manejar fondos públicos o para tomar a cargo la gestión de servicios (como las escuelas y los centros de salud locales, por ejemplo). La comparecencia en juicio de estas personas jurídicas en el pasado, estuvo

5 México y Bolivia introdujeron reformas en el ámbito penal y del procedimiento penal; Bolivia, en los temas de tierras y participación popular; y algunos otros países lo están haciendo en las leyes generales de educación. Colombia y Ecuador no han legislado aún sobre el régimen de entidades o circunscripciones territoriales indígenas.

6 Véanse al respecto los estudios contenidos en el libro coordinado por Zeledón, C., *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: un desafío impostergable*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999.

relacionada con asuntos agrarios siempre que estos involucraran bienes tenidos o titulados en común, y ocurrió generalmente en virtud de legislaciones especiales.

Son excepcionales los casos de personerías indígenas que hayan sido formalmente aceptadas como tales para litigar contra el Estado o contra sus dependencias, con la excepción extraordinaria de las causas admitidas por la jurisdicción constitucional en Colombia y en Costa Rica, como acciones de tutela y amparo.

Frente a esta problemática es preciso reconocer que una parte del asunto tiene que ver con la naturaleza socio-jurídica de los actores indígenas. Los pueblos indígenas, como forma organizativa de una entidad social-étnica y otras formas de organización adoptadas por ellos en diferentes niveles, se corresponden con lo que algunos sociólogos denominan grupos de intereses difusos, en los cuales los elementos formales son laxos, los límites de pertenencia son situacionales, las razones de filiación son múltiples y con mucha frecuencia la expresión de voluntades para la acción comunal es elusiva; se trata más de un fenómeno de fronteras de identidad, que de rasgos comunes característicos. Difícilmente este tipo de agrupación puede ser reconocido como actor en procesos judiciales, al menos bajo las normas vigentes, a no ser que se recurra –como de hecho se hace– al arbitrio de un actor pluripersonal, expediente que no resulta satisfactorio para la gestión de derechos que se tienen y perciben como comunitarios e indivisibles.

En contraste, desde hace pocos años, algunos pueblos o conjuntos de comunidades indígenas, por diversos mecanismos, han conseguido hacerse cargo de la gestión de municipios –y otras entidades públicas de naturaleza semejante– en los que ellos constituyen mayorías electorales y han reconstituido bajo esta personería pública sus formas de organización étnico-sociales⁷. Entonces están en capacidad de reclamar, inclusive por la vía judicial, la atención de derechos económicos, sociales y culturales; no únicamente del modo en que estos son reconocidos en la normativa interna e internacional, sino de manera tal que se adecuan a sus especificidades étnicas y culturales, con garantías de autonomía para la gestión administrativa y presupuestaria, y con formas de participación directa de los usuarios.

7 Tal es el caso de por lo menos diez municipios en Ecuador, dos de los cuales tienen ya experiencia acumulada de dos períodos cuatrienales. También ocurre en algunos resguardos en Colombia, donde la Constitución los reconoció como “entidades territoriales indígenas”, aunque sigue pendiente la adopción de la

Al margen de estas experiencias, los líderes de los movimientos indígenas nacionales han criticado este modelo de “municipio indígena”, porque les parece que los hace dependientes de la estructura gubernamental (de la provincia, del estado) y adicionalmente restringe sus posibilidades de actuar, al mismo tiempo, como un movimiento social o como una organización no gubernamental, para otros efectos.

El ejemplo anterior permite intuir que aquello que demandan los indígenas para sus formas organizativas básicas (étnico-territoriales), se acerca a lo que podríamos entender por una personería pública, que los dota de suficientes capacidades y competencias y, a la vez, de suficiente autonomía. La personería jurídica, en los términos establecidos hasta ahora en varias constituciones y leyes, no es satisfactoria.

Derechos económicos, sociales y culturales: derechos de difícil justiciabilidad

Al carácter difuso del sujeto y al carácter cerrado de la personería legal –que es una dificultad y no necesariamente una imposibilidad jurídica– se suma la difícil justiciabilidad de los derechos. Y esto afecta tanto a los derechos económicos, sociales y culturales –del mismo modo en que han sido reconocidos en los instrumentos internacionales y nacionales– como a los derechos de los pueblos indígenas establecidos, por lo pronto, en el Convenio 169 de la OIT y en algunas constituciones nacionales.

Un conjunto de estudios sobre justiciabilidad de los DESC en Argentina, Nicaragua, República Dominicana y Venezuela, coordinado y publicado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos en 1999⁸, destaca que en estos países existe una apreciable recepción constitucional de los derechos sociales; que se ha ratificado el Pacto Internacional y que se han proclamado políticas y programas de desarrollo para los sectores marginados. Sin embargo, en todos los casos se sigue considerando a los DESC como derechos programáticos y, por tanto, poco exigibles, y permanece una fuerte resistencia de los Poderes Ejecutivo y Legislativo para adoptar medidas de protección que los tornen más sujetos a reclamación.

legislación reglamentaria. Puede considerarse del mismo modo la experiencia de la comarca del pueblo kuna en Panamá.

8 Ver nota 6.

El libro citado explora los mecanismos que podrían utilizarse para exigir el cumplimiento de estos derechos y encuentra que, a falta de acciones específicas, pueden ponerse en marcha procedimientos generalmente existentes para demandar del Estado la adopción de una determinada medida, el cese de una actividad o un acto lesivo, para solicitar que no sean aplicadas normas inconstitucionales o para responsabilizar patrimonialmente al Estado por su actuación. Encuentra que el procedimiento de control de constitucionalidad, el recurso de nulidad y la acción de amparo están disponibles en los cuatro países, situación que puede ser generalizada a casi todos los países de la región, aunque sus características y su accesibilidad difieren notablemente de uno a otro.

Las investigaciones indagan también la jurisprudencia sobre casos tramitados según estos procedimientos, donde se implican derechos que forman parte de la plataforma de los DESC, y con especial atención sobre aquellos que envuelven intereses indígenas. De los resultados de esas investigaciones interesa destacar lo siguiente: a) el grado de desarrollo legislativo que han alcanzado estos recursos –especialmente en el ámbito procesal– es aún muy bajo; b) las condiciones de ejercicio son relativamente complicadas, sobre todo en relación con cuestiones de personería de los actores y otros requisitos previos; c) el uso social que se hace de ellos es altamente dependiente de factores políticos, económicos y de disponibilidad de asistencia legal; d) los resultados –a juzgar por la escasa jurisprudencia disponible– son todavía muy aleatorios.

En contraste con las limitaciones señaladas, nuevas normativas prometen despejar el camino para estas reclamaciones: la reforma reciente de la Constitución de Venezuela que ha otorgado entidad jurídica a los derechos o intereses difusos; y el régimen de Argentina que da pie para que la acción de amparo pueda ser utilizada en el reclamo de derechos de incidencia colectiva y para que esta pueda ser puesta en marcha por el Defensor del Pueblo.

Otros dos países muestran experiencias interesantes sobre casos de derechos indígenas, que vale la pena destacar: la copiosa jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica ha admitido, en numerosos casos, acciones basadas en el Convenio 169 de la OIT, a pesar de la baja recepción constitucional de sus normas; la Corte Constitucional de Colombia ha aplicado las normas constitucionales sobre derechos indígenas aun cuando existen graves carencias de legislación reglamentaria.

Quisiera llamar la atención acerca de que estas limitaciones (de personerías y de justiciabilidad) para llevar a la arena jurídica sus demandas, ha llevado a las organizaciones indígenas de muchos países a desarrollar una alta capacidad de presión en la arena política, y a que esta presión se ejerza “desde los linderos” de la democracia, debido a que las posibilidades de participación en los mecanismos formales es también muy baja. En estas condiciones la plataforma indígena, que ya tiene una base jurídica medianamente desarrollada, se politiza y tiende a ser presentada en una versión maximalista, frecuentemente inviable en términos legales e inconveniente como punto de partida para una negociación⁹.

Problemas pendientes y obstáculos a la vista¹⁰

Hay algunos puntos donde las divergencias entre el planteamiento indígena y el panorama normativo y político son muy fuertes y de los cuales derivan tensiones que no siempre encuentran formas de solución en el orden establecido. Estos puntos se refieren de modo combinado a la esfera política y la esfera económica y social, y no considero conveniente aislarlos.

Los principales pendientes se refieren a los siguientes asuntos: a) la carencia de un régimen territorial que garantice a estos grupos diferenciados el acceso y el control de los espacios y los recursos necesarios para su reproducción material y cultural; b) la exclusión de los pueblos, etnias, regiones, comunidades y en general de los grupos culturales, de los mecanismos democráticos de acceso al poder desde sus propias formas organizativas y la imposibilidad de garantizarles espacios políticos autónomos de realización de sus capacidades de autogestión y autogobierno; c) el mantenimiento de un sistema deficiente de administración de justicia que no garantiza el acceso equitativo para toda la población, no toma en cuenta las particularidades étnicas y culturales, no permite ningún grado de autorregulación, ni valida las formas propias de arreglar los conflictos; d) la marginación de las comunidades étnicas y culturales

9 En los pasados diez años son muy numerosos los ejemplos de movilizaciones indígenas que, iniciadas como un reclamo de derechos, derivan en mecanismos de presión política que se radicalizan hasta el punto en que la intolerancia de las partes frustra los diálogos. Bolivia, Ecuador y México son, entre otros, ejemplos bien conocidos de esta secuencia, que no encuentra soluciones ni en la legalidad ni en la política.

10 Esta sección y las dos siguientes reproducen, con modificaciones, textos incluidos en mi artículo “La gestión de la multiculturalidad y la multiétnicidad en América Latina”, MOST, *Documentos de debate* n. 5, París, UNESCO, 1995.

de las decisiones y el diseño de su propio desarrollo, de la administración y ejecución de las acciones, del acceso a los recursos técnicos y financieros para promoverlo, así como de la participación en la gestión y en los beneficios del desarrollo nacional.

Tierras y territorios indígenas

El caso más dramático en el cual se acumulan estos problemas es, indudablemente, el de los territorios indígenas; por eso, la lucha por el derecho a sus territorios es indudablemente el eje de sus movilizaciones. En toda la región los pueblos indígenas reclaman la restitución de los territorios en los que suponen estuvieron ellos asentados antes de los procesos de despojo y colonización. Demandan también el dominio irrestricto sobre los recursos del subsuelo, las aguas y las especies de la fauna y forestales, e incluso sobre los lugares tradicionalmente considerados sagrados. Consistentemente con este reclamo se oponen a cualquier desarrollo que se pretenda hacer sin su participación y consentimiento.

Muchas demandas de restitución territorial son técnicamente irrealizables y/o carecen de argumentaciones formales (pruebas) con suficiente solidez; otras, como el dominio del subsuelo o del patrimonio arqueológico, encuentran obstáculos aparentemente insalvables en el régimen jurídico fundamental de los Estados latinoamericanos. Las demandas de control territorial vulneran el concepto tradicional de soberanía nacional y las oposiciones al desarrollo y uso de recursos estratégicos irritan la relación entre el derecho general de la sociedad y los derechos reivindicados por grupos particulares.

Ahora bien, parece que hay dos tipos de obstáculos a considerar; unos afectan a la demanda misma y otros a la posibilidad de atenderla. Las demandas de carácter territorial no están suficientemente estructuradas, combinan desde reivindicaciones estrictamente agrarias hasta aspiraciones de autogestión del patrimonio nacional, y se fundan en el único derecho posible y seguro: el derecho de propiedad. En el camino estigmatizan las medidas legales o administrativas de protección estatal para los recursos estratégicos que, en sociedades marcadas por la desigualdad, han sido y de hecho son un freno a la apropiación desigual y al aprovechamiento monopólico en favor de las clases dominantes.

Al mismo tiempo, los sistemas jurídicos dominantes en la región no cuentan con alternativas para responder a estas demandas; otra vez hay un privilegio del derecho de propiedad como la única opción para

regular el acceso a los recursos materiales y una exclusión de los actores de los sistemas de protección y administración de los bienes sociales.

Participación política

El desarrollo de la democracia, el perfeccionamiento de los mecanismos electorales, la generalización del régimen de partidos políticos y el fortalecimiento de las formas de representación corporativa, han dejado fuera del juego a las instituciones tradicionales de representación y organización social, basadas en nexos de carácter cultural, étnico o regional. Mientras tanto, el control sobre la cultura propia, indispensable para su mantenimiento mismo y para el sustento de una identidad cultural específica, requiere el ejercicio de decisiones autónomas por parte de cada grupo.

La defensa y ampliación de estos espacios políticos y de gestión son condiciones imprescindibles para asegurar el desarrollo de cada cultura, y las demandas en este sentido culminan con la exigencia de diversas formas de autonomía, que implican el reconocimiento de los sistemas sociales culturalmente diferenciados como unidades políticas constitutivas del Estado. Esta demanda ha sido planteada con particular fuerza por las organizaciones indígenas de la región y es crecientemente compartida por otros grupos regionales y culturalmente diversificados.

Acceso a la justicia

El irrespeto de los derechos de las minorías (demográficas y/o políticas) es frecuente y se agrava por las prácticas discriminatorias de los jueces y las deficiencias de los sistemas jurisdiccionales. La intensificación del contacto de estas minorías (étnicas, culturales, lingüísticas, regionales) con la vida nacional, las pone en una situación cada vez más frágil respecto de la justicia y las hace víctimas de las aberraciones de un sistema que se descompone rápidamente.

Los movimientos indígenas han incorporado a sus plataformas de lucha el reclamo de un acceso equitativo a la justicia y de los derechos a regular su vida de conformidad con sus costumbres, así como a resolver sus asuntos legales ante sus autoridades tradicionales. Algunos líderes llaman a esto “el derecho a un derecho propio” y están contribuyendo a la creación de una nueva categoría: el derecho indígena, que se define por oposición al derecho nacional.

Esta nueva demanda –o esta nueva forma de expresar las demandas indígenas– se enfrenta a un sistema jurídico sostenido en principios

como la generalidad de la ley y la unidad de las jurisdicciones y los procedimientos, el cual no reconoce a la costumbre como fuente de derechos y, en general, penaliza cualquier ejercicio de la justicia fuera de su propia autoridad. Surge así la problemática de la pluralidad jurídica (¿pluralidad de derechos y/o pluralidad de sistemas?) íntimamente asociada a la multiculturalidad y la multiétnicidad.

Desarrollo con identidad

Finalmente, el desarrollo comprendido como un proceso de sustitución de las prácticas y los valores tradicionales por otros adecuados a la construcción de un destino nacional homogéneo, es, por definición, incompatible con el fortalecimiento de las identidades particulares y con el mantenimiento de la diversidad; y las metodologías para fomentar la participación, largamente experimentadas, no desvanecen por sí mismas esta oposición. Las tensiones en relación con el desarrollo provienen de su definición y se materializan en la exclusión de las perspectivas y de la gestión desde los beneficiarios.

Los programas de modernización implican el desmantelamiento de las políticas sociales y de las instituciones de desarrollo del aparato estatal, así como cierta transferencia –más retórica que real– de responsabilidades al sector privado (entendido como conjunto de intereses empresariales más que como sociedad civil). De otra parte, tal como lo han señalado varios estudios, las organizaciones indígenas nacionales no muestran una alta capacidad para conducir programas y proyectos de desarrollo social y material; en realidad son más eficientes en la gestión política y la abogacía social. El espacio entre la demanda de desarrollo autogestionario y la capacidad para impulsarlo, ha sido ocupado por una constelación de instituciones privadas (ONG) que han tomado a su cargo la gestión y la intermediación técnica y financiera, pero que a la larga, si bien han contribuido a modificar el estilo de las intervenciones, no han creado capacidades propias permanentes entre los beneficiarios; frecuentemente han suplantado sus representaciones y tienden a modificar el perfil de las demandas básicas. Las experiencias indígenas exitosas –que van en aumento– se encuentran en el nivel organizativo local e intermedio y, muy recientemente en la gestión de pequeños municipios y agencias municipales con alta densidad de población indígena¹¹.

11 A propósito de estas experiencias véase, entre otros: Carrasco, Diego Iturralde y Uquillas (compiladores), *Doce experiencias de desarrollo indígena*, La Paz, Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y El Caribe, 2000.

El carácter multiétnico y multicultural que ahora reconocemos en las formaciones nacionales, demanda una nueva concepción del desarrollo como un impulso desde las culturas, los intereses y las maneras de hacer de las comunidades; una redefinición de los roles de los diferentes actores en los escenarios locales, nacionales e internacionales, así como condiciones de seguridad sobre los recursos, democracia en las decisiones y justicia en la distribución.

Soluciones posibles

La solución de las tensiones en torno al régimen de acceso a los recursos territoriales pasa por dos caminos: el de la factibilidad de las demandas más allá de su alcance esencialmente ideológico y el de la reforma legal más allá del régimen de propiedad. Las reformas recientes a la tradición constitucional sobre las tierras indígenas en Brasil, Colombia, Ecuador, México, Nicaragua y Paraguay, así como algunas experiencias relacionadas con el régimen de administración de los recursos naturales, las reservas forestales y las áreas protegidas en Bolivia y Brasil, muestran un camino posible.

La solución que se dé a la demanda territorial deberá responder, al mismo tiempo, a la demanda de autonomía mediante la modificación del sistema de distribución de las competencias. Los pueblos indígenas y otros grupos que demandan genéricamente autonomía deberán comprenderla como una posibilidad en el marco de los procesos de reordenamiento y reorganización del Estado y desarrollar las capacidades necesarias para asumirla. Hay algunas propuestas para modificar los sistemas centrales de distribución y ejercicio de las competencias en favor de regiones, organizaciones locales y entidades indígenas, pero no hay todavía balances críticos de sus alcances y de su aplicación real.

Queda pendiente desarrollar los instrumentos que viabilicen y aseguren la participación desde las formas organizativas y las tradiciones propias dentro del marco de la democracia como forma de gobierno deseable.

El enfrentamiento de la oposición entre derecho indígena y derecho nacional combina soluciones en el régimen territorial (que define jurisdicciones), en el campo de las autonomías (que establece competencias) y en el sistema judicial (que fija procedimientos). Reformas constitucionales recientes en México, Bolivia, Paraguay, Colombia y Ecuador reconocen algún valor a los sistemas tradicio-

nales de realización de la justicia o a la sujeción voluntaria a las costumbres y tradiciones. Las normas constitucionales de Colombia y Ecuador posibilitan la combinación territorio-autoridad-justicia, pero aún no han sido puestas en práctica. Hay muchos esfuerzos pendientes para hacer viable una solución desde la perspectiva del pluralismo.

En el campo del desarrollo económico, social y cultural, la diversidad étnica y cultural plantea muchos retos que aún no han empezado a ser enfrentados. En la coyuntura de la modernización y desde el fondo de la crisis, el reto del desarrollo con identidad se proyecta como el eje de la reorganización de todos los elementos que gravitan en la configuración de las tensiones entre diversidad social y homogeneidad del modelo: territorios, autonomía, justicia e identidad. Una gestión de las transformaciones que permita vislumbrar soluciones posibles demanda una extensa revisión de las comprensiones y las prácticas que en el pasado instalaron los problemas.

Aunque hay algunas experiencias exitosas, no se han definido estrategias adecuadas; el acceso a los recursos técnicos y financieros es limitado y está sujeto a engorrosas intermediaciones y procedimientos; los niveles de capacidad técnica adecuada y apropiada por los mismos indígenas son todavía muy bajos; los roles institucionales permanecen confundidos.

Consideraciones finales: diálogo y pluralidad

Los avances, las paradojas y las limitaciones que experimentan los movimientos indígenas deben entenderse íntimamente relacionados con las modificaciones que, en el otro extremo, se vienen operando en los Estados. Hay transformaciones en la tradición constitucional y legal, una tendencia hacia la modificación del tratamiento institucional de la problemática indígena y nuevas estrategias de intervención en el desarrollo. En general cabe reconocer que en la última década los pueblos indígenas han llevado la iniciativa; las modificaciones desde el Estado han llegado como respuestas a sus movilizaciones. Las dinámicas indígenas son bastante claras y permanentes; las políticas públicas son todavía erráticas.

También ha cambiado y sigue cambiando la actitud de la cooperación internacional (bilateral y multilateral) para el desarrollo indígena: hay una nueva normatividad en proceso; existen cambios en las instituciones y en sus agendas de trabajo, y una aceptación –por

lo menos retórica— de las demandas indígenas por seguridad territorial, autonomía de gestión y reconocimiento de sus derechos.

Las respuestas (gubernamentales, institucionales y sociales) a las demandas de otros sectores emergentes no son tan evidentes como las señaladas para el caso de los pueblos indígenas. Sin embargo, sí existen o se están procesando: los programas de ajuste y descentralización proponen ciertos grados de transferencia de responsabilidades, de recursos y, por tanto, de autoridad, a los niveles locales de gestión; incluso la privatización y la desregulación pueden contribuir en alguna medida a este proceso. Campos como los de la educación, la salud, la administración del patrimonio histórico y cultural, y el manejo de los recursos naturales no estratégicos, están empezando a ser puestos bajo jurisdicción municipal o comunitaria, e inclusive entregados a manos privadas.

Algunos programas de cooperación técnica y financiera internacional apoyan ahora con entusiasmo a la pequeña y la microempresa comunitaria, el establecimiento de mecanismos autogestionarios de solución de conflictos y articulación al mercado global y, en general, el desarrollo de las formas organizativas de la sociedad civil. En todo caso, si bien no los forman, sí reconocen, alientan y fortalecen con estas medidas los grupos sociales culturalmente diferenciados y contribuyen a adelgazar más el manto homogenizador que cubrió a los proyectos nacionales de la región desde principios de siglo.

La gestión de las transformaciones sociales no puede ignorar —como lo hizo antes— la presencia de actores organizados en torno a la recuperación y el fortalecimiento de sus identidades étnicas y culturales; no puede desestimar la legitimidad de sus reivindicaciones ni despreciar la dinámica de sus estructuras organizativas.

Desde esta perspectiva el horizonte de las transformaciones debe procurar llevar la diversidad —en tanto resulta un hecho, y un hecho conflictivo— a la pluralidad como un carácter de la sociedad, asumido por los gobiernos, las instituciones y los mismos actores, para potenciar su crecimiento. Se trata entonces de construir sociedades (y Estados) pluriétnicos y pluriculturales, a partir del reconocimiento, el respeto y el fomento de una realidad multiétnica y multicultural.

El paso de lo “multi” a lo “pluri” tiene una primera condición fundamental: el diálogo interétnico e intercultural. Los actores han alcanzado un lugar en el escenario y han dicho su palabra; las

respuestas hasta ahora no han propiciado el diálogo porque se procesan como concesiones o reacciones ante la emergencia, desde instancias gubernamentales e institucionales no concebidas como interlocutoras. Hay más suspicacias y contestaciones desde posturas ideológicas y políticas que intercambios reales en torno a objetivos y procedimientos de transformación social.

Las diversas modalidades que se están experimentando en los programas de educación bilingüe ofrecen una buena oportunidad para ilustrar los límites y las posibilidades del diálogo interétnico e intercultural. Hay procesos que privilegian la asimilación de la lengua dominante, aunque esto implique el debilitamiento de la lengua materna y den como resultado un bilingüismo sustractivo que progresivamente hace desaparecer la lengua original, utilizada meramente como instrumento de castellanización. Hay programas que buscan la adquisición de una segunda lengua –manteniendo la lengua materna–; crean un bilingüismo activo y, según las circunstancias, grados favorables de biculturalismo. Otros programas tienen por objetivo lograr el equilibrio entre las lenguas, incluso revitalizando aquella más débil y convirtiéndola en instrumento de aprendizaje y de la vida cotidiana: estos generan bilingüismo y biculturalismo enriquecedor, es decir, plurilingüismo y pluriculturalismo asumidos. El balance entre las lenguas lo es también entre las culturas y, en definitiva, entre la capacidad de las sociedades que las hablan.

El diálogo entre pueblos y entre culturas puede ser también un mero instrumento de asimilación, o la adición de nuevas habilidades (las de la otra etnia, las de la otra cultura), o el restablecimiento del equilibrio entre los interlocutores, incluso mediante procedimientos de acción afirmativa para el menos favorecido. La construcción de una sociedad plural demanda esta última forma.

Pero el diálogo es algo más que una negociación o un medio de tolerancia. Debe ser entendido como investigación, como debate, como construcción de un horizonte de desarrollo común. Esto implica muchas transformaciones en las políticas y en las prácticas, nuevas metodologías para el trabajo científico y técnico, espacios institucionalizados para concertar intereses, una redistribución de los recursos para la investigación y de sus resultados.

El derecho indígena entre el derecho constitucional y el derecho interamericano, Venezuela y Awás Tingni

Bartolomé Clavero

Permitiéndoles [a la parte de ciudadanos que hasta hoy se ha denominado indios] el reparto en propiedad de las tierras que les estaban concedidas y de que están en posesión, para que a proporción entre los padres de familia de cada pueblo las dividan y dispongan como verdaderos señores.

Constitución de Venezuela, 1811

A la luz del artículo 21 de la Convención [Americana de Derechos Humanos, “Derecho de Propiedad Privada”], el Estado ha violado el derecho al uso y el goce de los bienes de los miembros de la Comunidad Mayagna Awás Tingni, toda vez que no ha delimitado y demarcado su propiedad comunal.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001

Hace no tanto tiempo, pongamos que un siglo, el enunciado de esta exposición no tendría mucho sentido, pues tanto el derecho constitucional –el orden fundacional de los Estados– como el derecho interamericano –el internacional que aquí mediaba entre ellos– no reconocían la existencia de derecho indígena, de derecho de pueblos ubicados o comunidades comprendidas en fronteras estatales o entre expansiones coloniales y anteriores al establecimiento de los propios Estados. Esta exposición, hace un siglo, sería ciertamente breve, pues, si tomamos en serio la expresión de derecho indígena, habría de agotarse con tal constatación. No es que ese derecho existiera, pues para los pueblos y comunidades indígenas indudablemente estaba vivo, sino que resultaba inexistente para los Estados, para estas entidades políticas que pretendían y en buena parte aún pretenden detentar el monopolio de la determinación de lo que pueda ser derecho. En el transcurso de un siglo ha cambiado un poco la posición al respecto por parte del orden de los Estados, tanto del constitucional como del interamericano. Me refiero de entrada a este arco de tiempo, de hace un siglo a hoy en día, para remontarme de momento a prin-

cipios del siglo XX, porque nos va a ayudar a obtener una perspectiva para el momento actual*.

Hace un siglo, Venezuela

Ejemplifiquemos con la Constitución de Venezuela de hace un siglo, la de 1904, en la cual encontramos un par de referencias, bien elocuentes, a indígenas, una explícita y otra implícita. Por una parte, a propósito de la asignación de escaños para la representación política, se dispone que “no se computarán en la base de población los indígenas que viven en estado salvaje” (art. 33). Por otra parte, previamente, tratándose “de la Nación y su territorio” (título I), se ha dispuesto que “Los Territorios Federales, que serán organizados por leyes especiales, son: Amazonas, Cristóbal Colón, Colón, Delta-Amacuro y Yuruarí” (art. 4). La referencia implícita a indígenas es clara tanto porque distingue estos territorios específicos frente a los que en cambio forman, como Estados, la Federación Venezolana (art. 3: Aragua, Bermúdez, Bolívar, Carabobo, Falcón, Guárico, Lara, Mérida, Miranda, Táchira, Trujillo, Zamora y Zulia; estos trece, entonces, frente a los 24 que son hoy), como también por el mismo significado jurídico de la categoría que se les aplica, la de **territorios federales**. Expliquémonos, pues todo ello pone de manifiesto la ignorancia constitucional del derecho indígena por América, y no sólo por Venezuela, hace un siglo.

La razón de distinguir dichos territorios frente a los Estados federados venía expresándose paladinamente por Constituciones venezolanas anteriores, de forma que manifestaban claramente la significación de la categoría que se les asignaba, la de **territorios federales**: “Los territorios despoblados que se destinen a colonias, y los ocupados por tribus indígenas, podrán ser separados de las provincias a que pertenezcan por los Congresos constitucionales y regidos por leyes especiales” (1858, art. 4); “La Legislatura nacional tiene las atribuciones siguientes: Establecer con la denominación de territorios el régimen especial con que deben existir temporalmente regiones despobladas o habitadas por indígenas no civilizados: tales territorios dependerán inmediatamente del Ejecutivo de la Unión”

* Este texto es al mismo tiempo base y resultado de mi participación en la segunda edición de los *Nuevos Diálogos Interétnicos*, dedicada a *Identities and discourses jurídicos*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad de los Andes, Mérida, Venezuela, 5 al 8 de octubre de 2004. Dejo especial constancia de agradecimiento a Yanet Segovia, alma del encuentro. Mantengo algunos giros más propios de la exposición oral que de la escrita. Al final reúno las referencias.

(1864, 1874, 1881 y 1891, art. 43.22). Obsérvese que comienzan a asimilarse los términos **territorios despoblados** y **territorios ocupados por tribus indígenas** o **regiones despobladas** y **regiones habitadas por indígenas no civilizados**, como si dicha ocupación y habitación no constituyesen derecho alguno, para proseguir con su sometimiento a unas **leyes especiales** que implican la sujeción al **Ejecutivo de la Unión** a los efectos entendidos de **civilización** o transculturaación.

Adviértanse las implicaciones. Se produce una exclusión por partida doble; de una parte, se excluye de las zonas caracterizadamente indígenas la capacidad de constituirse como Estados o el reconocimiento de cualquier otra forma del título al propio territorio; de otra parte, de los individuos indígenas respecto a derechos constitucionales y garantías judiciales. Al negársele determinación propia, no pueden hacerse cargo por sí mismos o al menos por parte del Estado no hay disposición a permitirselo. Quedan sujetos al poder expedito de aquel, se les priva de paso de las libertades y garantías constitucionales. Dicho sometimiento pudo concretarse históricamente en la cesión del gobierno de los territorios del caso, sin cautela constitucional ninguna, a órdenes religiosas, lo que pone bien de relieve dicha exclusión respecto tanto a poderes colectivos como a derechos individuales. La situación se entiende constitucionalmente como transitoria (“establecer con la denominación de territorios el régimen especial con el que deben existir temporalmente regiones despobladas o habitadas por indígenas no civilizados” y hasta que lo sean –se entiende– o también puede sobrentenderse hasta que dejen los indígenas de existir como tales). Con ello queda manifiesto el requisito para que los individuos indígenas lleguen a gozar de derechos y garantías constitucionales: la renuncia a los propios territorios y recursos, lenguas y culturas; dicho de otra forma, a su constitución en comunidades y condición de pueblos.

Por aquellos tiempos, otra Constitución de Venezuela estuvo pronta a una puntualización sobre el régimen territorial: “Son atribuciones del Presidente de los Estados Unidos de Venezuela: Prohibir la entrada al territorio de la República de los extranjeros dedicados especialmente al servicio de cualquier culto o religión, cualquiera que sea el orden o la jerarquía de que se hallen investidos. Sin embargo, el Gobierno podrá contratar la venida de misioneros que se establecerán precisamente en los puntos de la República donde hay indígenas que civilizar” (1909, art. 80.18). En 1915 la Ley de Misiones se ocupa del

endoso a órdenes religiosas de tal tarea de “reducir y atraer a la vida ciudadana las tribus y parcialidades indígenas no civilizadas que aún existen en diferentes regiones de la República”. No es que sea, desde luego, mera anécdota la circunstancia de que quedaran bajo tamaña sujeción en tiempos de la colonia, pero, entre todas las consecuencias que entrañan privación neta de derechos mediante la asunción constitucional de poderes plenos sin limitación alguna de división ni contrapeso, ello resulta una más, tampoco la peor entre las pensables, pues cabe el exterminio. Transitorio y todo, era un régimen permanente de excepción y, en caso de producirse resistencia, sería de guerra, que se tenía por legítima pues respondía al establecimiento y desarrollo de previsiones constitucionales o, más todavía, a un imperativo que se tenía por supraconstitucional, el de civilización cristiana o más en concreto católica.

Excepción constitucional y regla internacional

Cuando, en su referencia explícita, la Constitución de hace un siglo ha dicho que “no se computarán en la base de población los indígenas que viven en estado salvaje”, dice más y acerca de más gente de lo que a primera vista parece. Estaba diciéndose que no se tomarían en cuenta como sujetos de derechos a quienes se aferrasen a sus culturas o a quienes siguieran mostrando apego a ellas en la medida en que lo hicieran. En esto consistía, a la hora de la verdad, un **estado salvaje** que admitía de hecho graduaciones. He ahí la condición que se depara a quienes también se han dicho **indígenas no civilizados**. Entre esta presunta civilización y esta no menos presunta barbarie, cabían estados intermedios. Ser **indígena**, mientras que se fuera y en cualquier grado en el que se fuere, implicaba no ser sujeto de derecho. La regla era así de sencilla, pero su juego resultaba complejo.

El primer pronunciamiento constituyente de Venezuela sobre la presencia de indígenas se refería a “las tierras que les estaban concedidas y de que están en posesión” (1811, art. 200). Con toda la evidencia de que les pertenecían, no se concebía constitucionalmente que pudieran ser titulares por derecho propio. Si había título, era derivado. Estaban sólo **en posesión** de tierras **concedidas**. Unas leyes especiales podrán no sólo privar sin más de derechos, sino también reconocer tierras, ya para distribuir las en propiedad privada, ya también manteniéndolas en dominio comunitario, pero todo esto siempre bajo el supuesto de que el derecho no se tiene. La especiali-

zación legislativa también puede ser regional o por pueblos, lo que contribuye a la diferenciación entre indígenas de unas u otras latitudes. En todo caso, el territorio se nacionaliza, o mejor dicho se estataliza, y la tierra es conferida por el Estado. Toda una serie de leyes sientan el principio y ensayan modalidades. Si sigue habiendo, desde luego, derecho indígena no dependiente del Estado es por la vía de resistencia o por la de acomodo que, por plegarse, no renuncia a título propio. Podían cambiar políticas, pujando fuertemente la de privatización, pero en cuanto al título último de unos poderes, el Estado constitucional pasaba a ocupar la posición graciosa de la que con anterioridad había absolutamente presumido y relativamente situado una Monarquía colonial. No es que se improvisara ni inventara. Se heredaba. La herencia, para el constitucionalismo, era el colonialismo, ahora así, por lo que se ve, interiorizado.

El **régimen especial de territorios** de la referencia implícita tampoco constituía invento ni improvisación de Venezuela. No lo era ni siquiera en cuanto a la intervención misionera, lo que ha constituido para América recurso de Estados aun en los casos o en los períodos de escrupulosa separación constitucional de las iglesias. Constituía un elemento bien definido e incluso definitorio del federalismo americano. Se fraguó por los primeros Estados Unidos, los anglosajones, al tiempo que su Constitución federal, en los años ochenta del siglo XVIII, y al margen de esta. Sólo se constituyeron en un principio Estados por la franja atlántica, y se programó una expansión hacia el oeste mediante la colonización de territorios por población no indígena que, reduciendo o desplazando a la existente, se hiciese con el control de ellos para la constitución e incorporación de nuevos Estados. Así es como se formuló y puso en práctica el régimen subordinado de los **territorios** no como alternativa, sino como transición a la autonomía constitucional de los **Estados**, con el requerimiento entendido de la desposesión o la extinción de los pueblos que los habitaban y sin reconocimiento, por ende, de ningún estricto derecho indígena. Podía así equivaler el tratamiento de **territorios deshabitados** y de **territorios indígenas**. El **régimen territorial** del federalismo típicamente americano resulta entonces, ya de por sí, un programa llanamente genocida. Misiones religiosas inclusive, en la región, marcaban dirección a Colombia.

Tamaño privación era pensable y factible por obra no sólo del derecho constitucional, sino también del derecho internacional en el sentido de interestatal, el ordenamiento entre Estados indepen-

dientes, el cual se mostraba por entonces tan dispuesto a reconocer Estados de matriz europea como reacio a admitir que pudiera haberlos de otras culturas incluso fuera de la misma Europa. Para el caso de América la pauta se potenciaba ante la propia evidencia de que buena parte del territorio era indígena y de que indígena también no raramente lo resultaba la mayoría de la población en territorios controlados por los Estados. Hace un siglo, a principios del XX, estaba ya desarrollándose un derecho internacional específico de América, el derecho interamericano, con la obsesión de fondo de cancelar cualquier posibilidad de reconocimiento de dicha evidencia palmaria, la de la existencia de territorios y mayorías indígenas. Las Conferencias Internacionales de Estados Americanos que venían celebrándose más regularmente desde 1889 con el propósito de ir formulando tal derecho internacional específico comenzaba por sentar entre los mismos un principio taxativo: “En América no existe territorio alguno que pueda reputarse *res nullius*”.

No es un principio tan esotérico como parece con su fulminante latinajo. *Res nullius* es cosa o **tierra de nadie** que, según el derecho internacional de entonces, podía ser incorporada por el primer Estado que la descubriese y ocupase. No olvidemos un par de detalles: los territorios indígenas podían asimilarse a los territorios deshabitados; y Estados eran los europeos o, por América, los de matriz cultural europea. Extráiganse las consecuencias de tan taxativo aserto y entendida implicación por tierras americanas. Tradúzcase en lenguaje paladino: “En América no pueden existir, aunque de hecho existan, territorios que puedan ser reclamados por pueblos indígenas, como tampoco por Estados europeos”, ambas cosas y por dicho orden. El mismo derecho internacional y el interamericano más específico bloquean la posibilidad primera, la de Estado indígena. Es el planteamiento cuyo reverso ya también se formulaba por la doctrina jurídica internacionalista con otro latinajo: *uti possidetis*, esto es, **tal y como poseyeses**, el cual, al presumir la continuidad de las fronteras coloniales salvo modificaciones por medio de tratados entre los propios Estados, tampoco dejaba espacio para el reconocimiento ni aun la visibilidad de territorios indígenas. Se presumía que América había estado completamente ocupada por los colonialismos europeos y que eran las fronteras coloniales mismas, cubriendo igualmente toda la geografía, las que se heredaban por los flamantes Estados de matriz europea. La herencia presunta de fronteras redondas era expresión reconocida del legado colonial.

Las Constituciones de Venezuela no dejaban de aplicar dicho principio del *uti possidetis*. Hace un siglo, la de 1904, en línea con las precedentes, arrancaba de esta guisa: “El Territorio de los Estados Unidos de Venezuela es el mismo que en el año de 1810 correspondía a la Capitanía General de Venezuela, con las modificaciones que resulten de Tratados Públicos” (art. 1). Puede que resulte una tercera referencia, otra implícita, a la presencia indígena. Tal principio de la extensión de fronteras era en sí ficticio por estos tiempos constitucionales como lo había sido por los coloniales. Las mismas constituciones no dejaban de traslucirlo al referirse a **territorios** tanto **deshabitados** como, asimilándolos, **indígenas**; territorios de hecho no comprendidos en las fronteras efectivas del Estado. Pero se trataba precisamente de fijar el título sobre el territorio completo sin dejar cabida ni resquicio para el derecho de los pueblos que los estuviesen ocupando eventual o transitoriamente, conforme a la perspectiva de las propias Constituciones. Interesaba el territorio, el derecho del Estado sobre el mismo, más desde luego que la humanidad, más por supuesto que el derecho de unos pueblos, los indígenas. Esto era lo que constitucional e internacionalmente se cancelaba.

La modificación admitida mediante **Tratados Públicos** tampoco dejaba resquicio para ninguna consideración de derecho indígena. Para las propias Constituciones, los tratados eran instrumentos que se acordaban “con otras Naciones” en el sentido de Estados, el excluyente de indígenas, y así los acuerdos **internacionales** tenían la acepción de interestatales (1904, art. 16, 52.12, 80.15 y 120). No es la forma en la que siempre se pensaron las cosas. El Acta Constitucional de Nueva Granada, la primera propuesta de Constitución de una Gran Colombia con el designio de abarcar a Venezuela, podía proceder, por parecer más consciente de la ficción de fronteras, a la previsión de “tratados y negociaciones con ellos”, los “indios bárbaros”, a fin de hacerse con sus territorios no por imposición, sino por las “vías suaves que aconseja la razón y dicta la caridad cristiana” (1811, art. 24 y 25). El desliz no lo comete la primera Constitución específica de Venezuela, que contiene en cambio todo un programa de acción directa para la transculturación y “descomunitarización” (1811, art. 200 citado). No lo cometerán tampoco otras Constituciones aunque hubiera de recurrirse en ocasiones a la práctica de acuerdos que no se formalizarían como tratados para no comprometer al Estado en reconocimiento ninguno, ni directo ni indirecto, de derecho indígena.

Novedades constitucionales y continuidades constituyentes

Todo lo extraído del caso de Venezuela hace un siglo resulta representativo del tratamiento constitucional de la humanidad indígena a lo ancho y largo de América por aquel entonces. Incluso algo aparentemente tan específico del federalismo como lo es el régimen de los territorios, también es típico de Estados no federales, donde se da igualmente la excepción de grandes áreas sustraídas a la administración territorial ordinaria con sujeción arbitraria, sin limitaciones constitucionales, a unos poderes centrales o al gobierno no menos discrecional, o bastante más, de instituciones religiosas, comúnmente católicas. Hay Estados, como en algunas fases la propia Venezuela, que oscilan entre el federalismo y la “provincialización” del territorio sin que movimientos de apariencia tan pronunciada afecten para nada al régimen de los espacios exceptuados por su condición indígena. Por su parte, el derecho internacional y más todavía el específicamente interamericano, el que “invisibilizaba” la evidencia indígena, es por definición común. Media con latinajos entre Estados.

Durante el siglo XX se producen novedades, ante todo en el orden constitucional. El lenguaje es expresivo de una época y de la determinación de un cambio. Abre el camino la Constitución de México en 1917: “Los condueñazgos, rancherías, pueblos, congregaciones, tribus y demás corporaciones de población que de hecho o por derecho guarden el estado comunal tendrán capacidad para disfrutar en común las tierras, bosques y aguas que les pertenezcan o que se les haya restituido o restituyeren [...]. Sólo los miembros de la comunidad tendrán derecho a los terrenos de repartimiento y serán inalienables los derechos sobre los terrenos mientras permanezcan indivisos” (1917, art. 27.VI y VII). Prosigue Perú en 1920: “Los bienes de propiedad del Estado, de instituciones públicas y de comunidades de indígenas son imprescriptibles y sólo podrán transferirse mediante título público, en los casos y en la forma que establezca la ley” (art. 41); “El Estado protegerá a la raza indígena y dictará leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades. La Nación reconoce la existencia legal de las comunidades de indígenas y la ley declarará los derechos que les correspondan” (art. 58). La Constitución de Venezuela se mantiene “en sus trece” en 1924: “No se computarán en la base de la población los indígenas no reducidos” (art. 58); “El Gobierno podrá contratar

la venida de misioneros que se establecerán precisamente en los puntos de la República donde hay indígenas que civilizar” (art. 80).

El contraste respecto a Venezuela podrá seguir acentuándose con respecto a otros Estados que siguen la vía de México y Perú, pero reparemos en el alcance del cambio. ¿Qué posición está comenzando a reconocerse constitucionalmente? No se trata de derecho de pueblos sobre sus territorios y recursos, derecho entonces al derecho propio —el derecho al propio gobierno y a la propia justicia, derecho a la propia determinación, lo que está en entredicho desde un inicio—, sino el más limitado de comunidades a sus dominios colectivos por título dependiente de la decisión del Estado y ejercicio sujeto a la regulación de **la ley**, la ley igualmente estatal y no del propio orden indígena. Es un cambio importante y una garantía apreciable por sí misma y más aún si se le compara con casos de inercia como el venezolano. Recuérdese lo que la Constitución de Venezuela, cambiando tan sólo la forma de expresión, más cuidadosa ahora, pero también igual de poco comprometida, reitera a mediados de siglo: “Corresponde al Estado procurar la incorporación del indio a la vida nacional. Una legislación especial determinará lo relacionado con esta materia, teniendo en cuenta las características culturales y las condiciones económicas de la población indígena” (1947, art. 72).

Sin embargo, hay algo no menos importante en común. Se trata del objetivo, **la incorporación del indio a la vida nacional**. Con todo lo que ello implica y también con toda la diferencia que media, no es otra la finalidad del reconocimiento de unos derechos comunitarios dependientes de la determinación constitucional de los Estados y subordinados a su legislación y jurisdicción, sólo que en estos casos se produce un verdadero compromiso con **las características culturales y las condiciones económicas de la población indígena**. El principio de excepción respecto a la Constitución sigue implicándolo siempre, en uno u otro caso, la sola y usual previsión de **legislación especial**; pero no es lo mismo que haya de responder a requerimientos constitucionales especificados o a la simple discreción por parte de los poderes del Estado.

La advertencia del doble filo, por garantía para las comunidades y por apoderamiento del Estado a un tiempo, cuando se dispensa derecho indígena por las Constituciones, puede repetirse ante los pasos que otros Estados, aún no Venezuela, irán emprendiendo y acelerando conforme avanza el siglo XX y a medida que declina;

tales como el reconocimiento de lenguas indígenas (Ecuador, 1945; Paraguay, 1967; Perú, 1979; Nicaragua, 1987...) o también de las culturas, lo que se extiende, entre otras manifestaciones, por supuesto, a las lenguas (Panamá, 1972; Guatemala, 1985; Colombia, 1991; México y Paraguay, 1992; Perú, 1993; Bolivia, 1994; Nicaragua, 1995; Ecuador, 1996...); o como el reconocimiento constitucional de jurisdicción indígena (Colombia, 1991; Paraguay, 1992; Perú, 1993; Bolivia, 1994; Ecuador, 1998...) o incluso el establecimiento constitucional de algún régimen de autonomía territorial (Nicaragua, 1987; Colombia, 1991...).

¿Ilustramos pronunciamientos? Veamos algunos, sin necesidad de agotarlos, desde unos primeros arranques constitucionales, a fin de que puedan apreciarse contrastes que son sobre todo entre tiempos. Son del Ecuador. 1830: “Este Congreso constituyente nombra a los venerables curas párrocos por tutores y padres naturales de los indios, excitando su ministerio de caridad en favor de esta clase inocente, abyecta y miserable” (art. 78); 1906: “Los Poderes Públicos deben protección a la raza india, en orden a su mejoramiento en la vida social” (art. 128); 1945: “Se reconocen el quechua y demás lenguas aborígenes como elementos de la cultura nacional”, “en las escuelas establecidas en las zonas de predominante población india, se usará, además del castellano, el quechua, o la lengua aborígen respectiva” (art. 5 y 143); 1967: en tales escuelas, “de ser necesario”, será de uso, “además del español, el quichua o la lengua aborígen respectiva, para que el educando conciba en su propio idioma la cultura nacional y practique luego el castellano” (art. 38); 1996: “El Ecuador es un Estado soberano, independiente, democrático, unitario, descentralizado, pluricultural y multiétnico” (art. 1); 1998: “Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes” (art. 191), entre otros pronunciamientos de la Constitución vigente, en la que se halla inclusive un pasaje en quichua que, como si fuera lengua extraña, no deja de traducirse inmediatamente al castellano: “*Ama quilla, ama llulla, ama shua*. No ser ocioso, no mentir, no robar”, única aparición de idioma indígena entre los textos constitucionales de toda América (art. 97.20).

Lenguas, silencios, culturas

Hagamos algún inciso, el primero sobre la lengua. En una como el castellano, minoritaria de partida y en competición franca con el náhuatl, el quechua o el guaraní, se produce toda una historia constitucional. Hay Constituciones en tales lenguas y también en otras americanas por mandato constitucional, aparte de las que se hagan sin esta previsión. Así se tienen hoy por Guatemala en quiché, en mam, en cakchiquel y en kekchí, pero se trata de traducciones y de segundo momento, además. El original autorizado es siempre el castellano. No hay ni siquiera Constituciones propiamente bilingües. Y tal educación, la bilingüe, se entiende unidireccional con rumbo hacia el castellano. La matriz autorizada y el destino programado son de lengua europea. Como acabamos de ver, cuando finalmente viene a recogerse como texto principal alguna regla indígena, la traducción es inmediata dentro del propio documento de autoridad. Compárese con los latinajos de curso jurídico sin el detalle de la traducción. Y recuérdese que en América muchísima más gente entiende lo que significa y lo que implica *ama quilla, ama llulla, ama shua* que *res nullius* o *uti possidetis*. Sin embargo, una lengua muerta europea conserva mayor autoridad jurídica por América que las lenguas vivas indígenas, todo un síntoma de cuanto constatamos.

He aquí la diligencia literal de la Constitución de Guatemala: “En el curso del año de su vigencia, esta Constitución será ampliamente divulgada en lenguas Quiché, Mam, Cakchiquel y Kekchí” (1985, disposiciones transitorias y finales, 18). Se trata de dicho momento segundo, el de comunicación aplicativa, y no del primero de producción normativa, siempre en castellano. Y la divulgación ni siquiera se garantiza con dicha diligencia. Tales lenguas no cubren todo el espacio humano al que presuntamente se dirigen. Como lenguas francas, el castellano y el quiché tampoco lo logran. Si la misma Constitución de Guatemala proclama que “se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres” (art. 58), su propio planteamiento lingüístico habría de ser otro. A la ficción de fronteras políticas se une esta otra, la ficción de lengua normativa.

Caben incisos, o más también se deben, sobre las Constituciones mismas. Sus registros textuales no bastan. Las menciones constitucionales en lengua castellana, aunque las recordásemos todas, no serían suficientes. De una parte, en cuanto que parten de la presun-

ción de poderes propios sobre un territorio sin consideración para con pueblos, las Constituciones completas, todas ellas en su totalidad, afectan a indígenas en América, les nombren o no. De otra parte, las hay que guardan silencio, como las de Bolivia durante todo el siglo XIX o las de Chile prácticamente hasta hoy (salvo un momento inicial de franqueza, 1822, art. 47.6: “Corresponde al Congreso cuidar de la civilización de los indios del territorio”). En el mismo caso del Ecuador ha podido apreciarse un largo lapso de silencio, pues hay bastantes Constituciones entre 1830 (“Este Congreso constituyente nombra a los venerables curas párrocos por tutores y padres naturales de los indios”) y 1906 (“Los Poderes Públicos deben protección a la raza india”), que resulta bastante representativo. Es tónica general. La continuidad de unos pronunciamientos constitucionales en el caso de Venezuela, esto en concreto, es un tanto excepcional. Hace más de un siglo, durante el XIX, que prima más bien el silencio.

Tal silencio constitucional que opaca la presencia clamorosa de la humanidad indígena puede representar la posición más denegatoria de cualquier posibilidad de derecho. También el silencio ha programado genocidio. Encubriendo este efecto bajo un mutismo empecinado hasta hoy tanto en el campo constitucional como también en cuanto a la ignorancia de instrumentos internacionales de los que ahora hablaremos, resulta paradigmático el caso de Chile. Mas vuelvo a decir, pues fácilmente se olvida, que es general el fenómeno genocida del laconismo constitucional. Para que se apreciase gráficamente, quizás habríamos de dejar aquí enteros espacios en blanco, o tal vez cubrir páginas enteras de rojo y negro. No todo se dice con palabras, ni siquiera por parte de las normas jurídicas y comenzando, desde luego, por las Constituciones. Las historias constitucionales que se atienen a la letra prorrogan el juego siniestro.

Los pronunciamientos apreciativos actuales son, por supuesto, importantes, pero siguen constituyendo, en todo caso, reconocimientos subordinados a unos presupuestos de apoderamiento estatal y a unos objetivos de incorporación indígena que no se abandonan o que incluso se acentúan. El mismo reconocimiento de culturas resulta compatible con el programa de **nacionalización** cultural o puede incluso constituir una vía hacia este designio. Es elocuente lo que hemos visto que dispusiera la Constitución del Ecuador en 1967 acerca del quichua como vehículo de acceso al castellano y, con todo, a **la cultura nacional**. Más expresivo aún resulta el planteamiento que mantiene la Constitución de Panamá desde 1972: al

tiempo que registra “el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat” y hasta reconoce más generalmente “los patrones culturales propios” indígenas, dispone que las correspondientes políticas se conduzcan “de acuerdo con los métodos científicos de cambio cultural” (art. 63, 104 y 122). Con esto de la ciencia, tras las misiones religiosas no siempre triunfantes, parece llegado el turno de disciplinas como la antropología o también la jurisprudencia para unos objetivos que no han cambiado.

Tras el reconocimiento de las culturas indígenas, han venido últimamente Constituciones nuevas o reformas constitucionales que enfatizan el multiculturalismo como principio constitutivo (Ecuador, 1998; México, 2001 o ya en 1992; Bolivia, 1994 y 2004, algún otro más débilmente... y también ahora Venezuela, declarándose “multiétnica y pluricultural”, adoptando “la interculturalidad bajo el principio de igualdad de las culturas” y registrando, con ulteriores especificaciones, el derecho de **los pueblos indígenas** “a mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores, espiritualidad y sus lugares sagrados y de culto”, 1999, preámbulo y art. 100 y 121). Son Constituciones que ya no se permiten tales licencias de lenguaje respecto a un último objetivo de **cambio cultural** o de transición hacia **cultura nacional**, pero resulta más dudoso el cambio efectivo de perspectivas, dado que no proceden a una revisión a fondo de todo el edificio constitucional de raíz monocultural conforme a las nuevas premisas multiculturales que se hacen propias. El doble filo, por lo que de derecho ajeno se reconoce y por lo que de poder propio no se pone en cuestión, puede seguir punzante.

De vuelta a Venezuela, 1961 y 1999

Hemos regresado a Venezuela. Hasta 1999, hasta ayer mismo, su Constitución no tenía nada nuevo que decir al propósito: “La ley establecerá el régimen de excepción que requiera la protección de las comunidades indígenas y su incorporación progresiva a la vida de la Nación” (1961, art. 77). Asentada la excepción, el resto de la Constitución, toda ella entonces, puede producirse como si los pueblos indígenas no existieran, y establecer en sus territorios y respecto a sus recursos, unos poderes, los del Estado, e incluso recurrir a órdenes religiosas como fórmula de transición para acabar de hacer efectivo el propio dominio, el que puja desde hace siglo y medio. El Concordato suscrito por entonces con la Iglesia Católica

ampara expresamente la práctica (1964, art. XII). A las alturas de 1961 o mejor de 1999, pues hasta este año alcanza la vigencia de aquella Constitución, seguía diciéndose prácticamente lo mismo que un par de siglos antes, con el detalle, si acaso, de que entonces, en un inicio, se rechazaban mediaciones como la religiosa: “Prohibiendo desde ahora que puedan aplicarse involuntariamente a prestar sus servicios a los Tenientes o Curas de sus parroquias, ni a otra persona alguna” (1811, art. 200 citado).

La situación de derecho de los pueblos indígenas para la República de Venezuela no fue estática entre 1961 y 1999, y se produjo incluso alguna novedad a nivel constitucional de los Estados internos que interesó al giro federal. Un **territorio** pasa a ser Estado en 1992 con previsiones en su Constitución (1993) como las siguientes: “El Estado Amazonas es una entidad política multiétnica y pluricultural” (art. 2); el mismo “reconoce a sus pueblos y comunidades indígenas el derecho a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su fe religiosa y ritos ancestrales, a emplear y fomentar su lengua materna” (art. 11); además, “las tierras ocupadas por los pueblos y comunidades indígenas son de interés social e inalienables; los órganos competentes del Estado (Amazonas) procederán a delimitarlas conforme a sus patrones de asentamiento, para adjudicárselas en propiedad colectiva, según lo previsto a las leyes nacionales que rigen la materia” (art. 12), lo que fundamentalmente remite a la Ley de Reforma Agraria (1960) que, sin reflejo constitucional todavía, ya registraba, en efecto, derecho indígena a tierras y recursos bajo la determinación y dependencia legislativas así bien entendidas (art. 2.d, referente a “la población indígena que de hecho guarde el estado comunal o de familia extensiva” y garantizándole “el derecho de disfrutar de las tierras, bosques y aguas que ocupen o les pertenezcan en los lugares donde habitualmente moran sin perjuicio de su incorporación a la vida nacional”). Se ven fórmulas que pasarán a la Constitución federal, la cual va a tener un giro pronunciado, pero que no es en redondo ni tampoco a partir de la nada. El Estado Amazonas ya cuenta por su parte también con himno: “Un emporio bendito es tu suelo/ Del aborígen refugio y hogar/ De la Patria ellos son los primeros/ Y su origen honra nacional”.

Bajo la Constitución federal de 1961, alguna otra Constitución de Estado ya había procedido a algún registro de derecho indígena (Bolívar, 1986; Delta Amacuro, 1993...). Es en 1999, acercándose Venezuela al par de siglos, cuando la Constitución federal sintoniza.

Viene a hacerlo con la evolución de doble filo, y la acentúa: “El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida [...]” (art. 119) y se extiende y concreta respecto no sólo al reconocimiento de **pueblos y comunidades indígenas**, sino también al apoderamiento, aun así condicionado, del Estado: “Los pueblos indígenas, como culturas de raíces ancestrales, forman parte de la Nación, del Estado y del pueblo venezolano como único, soberano e indivisible. De conformidad con esta Constitución tienen el deber de salvaguardar la integridad y la soberanía nacional” (art. 126); “El aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado se hará sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos e, igualmente, está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas. Los beneficios de este aprovechamiento por parte de los pueblos indígenas están sujetos a la Constitución y a la ley” (art. 120). Es el doble filo que la Constitución misma procede a articular ulteriormente, como la legislación luego a desarrollar. Dejemos constancia de que en el año 2000 se ha promulgado la Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas. Se hace por mandato de la Constitución (art. 119 citado y disposición transitoria decimosegunda, que marcan el plazo así cumplido de dos años, bien que ahora queda todo el complejo proceso de la demarcación efectiva).

La Constitución ha dispuesto que dentro de dicho mismo plazo de dos años “se le dará prioridad”, lo que en cambio no se ha cumplido, a un instrumento de mayor alcance, “la Ley Orgánica de Pueblos Indígenas” (disposición transitoria sexta), la cual, salvo ese punto específico y básico de la demarcación territorial, debiera cubrir todos los campos interesantes a la posición indígena. El proyecto ya ha alcanzado estado parlamentario. Su primera discusión se produjo a finales de 2002 y la segunda está pendiente para estos días. Aparte de las modificaciones que aún caben, ya hay un índice: derechos territoriales y medioambientales, derechos políticos y civiles, derechos sociales y económicos, derechos culturales y jurisdiccionales, todo ello en el avance por el doble filo del encuadramiento **nacional**, en el sentido de estatal, de los derechos indígenas y el

principio que se dice de “autogestión” indígena, pues mal cabe entonces decir autodeterminación o ni siquiera autogobierno como principios estrictos. Donde ponen el acento los mismos derechos políticos es en la participación, todo lo cual resulta congruente con la Constitución. Así se entiende que ejercen eso mismo de la “libre determinación” para “autogobernarse” (art. 1 y 134). Frente al nombre previsto por la Constitución, el proyecto se titula Ley de Pueblos y Comunidades Indígenas, y considera realmente como sujetos más a las segundas que a los primeros.

En lo que interesa a derecho indígena en la Constitución estricta, esta viene a ponerse, en fin, no sólo en sintonía con la avanzadilla del constitucionalismo latinoamericano, sino también en consonancia con el ordenamiento internacional, que también ha evolucionado, en particular durante la segunda mitad del siglo XX. No voy a proceder al repaso de este desenvolvimiento. Haré el intento de contemplarlo a través de la propia Constitución de Venezuela en la medida, ya de por sí notable, en la que también supera en este terreno más general el anacronismo relativo del texto constitucional de 1961. Ya hemos tenido incluso alguna prueba de la actual conexión entre orden internacional y derecho constitucional venezolano. A lo largo de la Constitución abunda justamente la interactividad de constitucionalismo e internacionalismo, en lo que importa en concreto, además, al cuerpo normativo de los derechos humanos que viene desarrollándose en Naciones Unidas desde hace poco más de medio siglo. La regla es nítida:

El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen (art. 19).

Estados, pueblos, minorías

La referencia recién vista a **información y consulta** indígenas para la intervención en su ámbito del Estado tiene dicha procedencia internacional. Es contenido sustancial del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989) de una agencia especializada de Naciones Unidas, la Organización Internacional del Trabajo, el aspecto conocido por su número de serie como Convenio

169. Venezuela, en conformidad con el propio registro constitucional, lo ratifica tras la Constitución, en 2002. De la misma procedencia internacional es otra previsión constitucional referente a pueblos indígenas. Como tales, como **pueblos**, en cuanto sujetos de derechos, los reconoce la Constitución (título III, “De los Deberes, Derechos Humanos y Garantías”, capítulo VIII: **De los Derechos de los Pueblos Indígenas**), pero con la siguiente salvedad: “El término pueblo no podrá interpretarse en esta Constitución en el sentido que se le da en el derecho internacional” (art. 126). Es la regla que se sienta en dicho instrumento de la Organización Internacional del Trabajo: “La utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional” (art. 1.3).

Adviértase que todavía sigue jugando claramente un principio de excepción. En el orden internacional, los pueblos gozan, por lo visto, de unos derechos, pero no si son indígenas. En el cuerpo normativo de Naciones Unidas, entre los sujetos de los derechos humanos figuran efectivamente **los pueblos**. Lo hacen en el mismo principio de los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconociéndoles ambos con idénticas palabras, como premisa de las libertades individuales que a continuación contemplan, la libre determinación en todas esas dimensiones, tanto la civil y política, como la económica, social y cultural: “Todos los pueblos tienen el derecho a la libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural” (1967, art. 1). Por lo visto, unos individuos necesitan para ser libres la libertad del respectivo pueblo, mientras que otros, los indígenas, no precisarían de un tan humano requerimiento. Conviene recordar que estos instrumentos, además de constituir el principal desarrollo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se encuentran ratificados por Venezuela desde 1978, inclusive el protocolo jurisdiccional que refuerza la vinculación al Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Con ellos, como máximos exponentes del orden internacional de derechos humanos, se entiende ahora muy particularmente comprometida la Constitución de Venezuela.

Limitándose de dicha forma el alcance aparentemente general de **todos los pueblos** como el sujeto del respectivo derecho, tal discriminación entre pueblos es lo que asume la Constitución de

Venezuela conforme al Convenio de la Organización Internacional del Trabajo. La misma no deja de adoptar enfáticamente una regla: “El pueblo de Venezuela” procede, entre otras motivaciones, “de acuerdo con el principio de no intervención y autodeterminación de los pueblos, la garantía universal e indivisible de los derechos humanos, la democratización de la sociedad internacional [...]”. A la hora de la verdad, **pueblo** se identifica con **Nación** y con **Estado**, comenzando por la venezolana y el venezolano:

Los venezolanos y venezolanas tienen el deber de honrar y defender a la patria, sus símbolos, valores culturales, resguardar y proteger la soberanía, la nacionalidad, la integridad territorial, la autodeterminación y los intereses de la Nación [art. 130]; “Las relaciones internacionales de la República responden a los fines del Estado en función del ejercicio de la soberanía y de los intereses del pueblo; ellas se rigen por los principios de independencia, igualdad entre los Estados, libre determinación y no intervención en sus asuntos internos, solución pacífica de los conflictos internacionales, cooperación, respeto de los derechos humanos y solidaridad entre los pueblos en la lucha por su emancipación y el bienestar de la humanidad [art. 152].

En un campo semántico de tal forma definido mediante la ecuación de **pueblo, patria, nación, nacionalidad, soberanía y Estado**, puede fácilmente vaciarse siempre de sentido la identificación de los indígenas como pueblos y no entenderseles nunca comprendidos en lo que respecta a derechos.

Tanto si se formula en sede de derecho constitucional como en la de orden internacional, la excepción ahora se produce respecto a los derechos humanos, lo cual la hace desde luego más difícil de justificar y sostener. Justificarse no parece que quepa. Sostenerse lo hace por la simple determinación de Naciones Unidas, esto, de los Estados que las constituyen. Cuando esta organización adoptó una política de descolonización en 1960 mediante la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales que ya formulaba el derecho de libre determinación en iguales términos literales que los Pactos posteriores, antepusieron en ella el siguiente pronunciamiento: “La sujeción de pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una denegación de los derechos humanos fundamentales, es contraria a la Carta de Naciones Unidas y compromete la causa de la paz y la cooperación mundiales” (art. 1). En lo que interesa a los pueblos indígenas, la clave se encierra en la adjetivación como **extranjeras**, de la **domi-**

nación y la explotación. Así quedan excluidos los pueblos comprendidos dentro de las fronteras metropolitanas de los Estados constituidos, como los indígenas, precisamente, en América.

El principio *uti possidetis* del derecho interamericano puede seguir operando perfectamente. Se ha generalizado finalmente al aplicársele a la fijación de fronteras entre los Estados a los efectos de la descolonización, con la continuidad de coordenadas sentadas por el colonialismo y la generación de **dominación y explotación** entre pueblos que ello implica. Pues se trata no sólo de que unas fronteras creen Estados que sigan sin identificarse propiamente como pueblos, sino que estas dividen pueblos y favorecen además el dominio y la sujeción entre ellos. Tras la descolonización dirigida por Naciones Unidas, frente a lo que pudiera esperarse, el problema de pueblos privados de derecho, en vez de remitir, arrecia. Con todo esto, el asunto no ha quedado solventado. No lo da por superado ni siquiera el propio derecho internacional.

Los Pactos intentaron ofrecerle un acomodo al derecho indígena en compañía de otros colectivos no identificados con los Estados en suerte. Serían **minorías** con derechos específicos de carácter individual: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar la propia religión y a emplear su propio idioma” (art. 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos). Conviene agregar de inmediato que este concepto tan inmaterial de cultura ha sido extendido a la cultura material por el órgano jurisdiccional de dicho Pacto, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Bien lo advierte en Venezuela la exposición de motivos del citado proyecto de Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas: “Según la interpretación del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la integridad cultural cubre todos los aspectos de la existencia de un pueblo indígena como cultura diferenciada, incluyendo sus instituciones económicas y políticas, su derecho, sus patrones de uso de la tierra, idioma y religión. En el caso de los pueblos indígenas, el particular estilo de vida asociado al uso de los recursos de la tierra o del agua está siendo reconocido como factor más importante para la preservación de su integridad cultural”.

Agreguemos también que un instrumento en desarrollo de dicho artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración de Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas de 1992, no ha recogido tales avances, lo cual tampoco implica que estos se cancelen. En el orden internacional, tanto en el general como en el interamericano, se halla en trance de superación la consideración de los pueblos indígenas como minorías. Puede ser significativo que la referencia no se utilice por las Constituciones latinoamericanas que reconocen la presencia indígena. Sólo Paraguay hoy lo hace: “En el caso de las minorías étnicas cuya lengua materna no sea el guaraní, se podrá elegir uno de los dos idiomas oficiales”, el dicho y el castellano; “Las lenguas indígenas, así como las de otras minorías, forman parte del patrimonio cultural de la Nación” (1992, art. 77 y 140), bien que tras haber registrado un concepto fuerte del mismo sujeto: “Esta Constitución reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo” (art. 62). Todo ello resulta reflejo de evoluciones internacionales en curso y en contacto.

Derechos internacionales, interamericanos y constitucionales: todos humanos, salvo indígenas

Entre la titularidad individual de un derecho a la propia cultura, la inmaterial y la material, y su práctica necesariamente colectiva, **en común**, el acomodo se ha revelado insuficiente, aun con extensión tan relevante. Toman nota las propias Naciones Unidas, que actualmente consideran un proyecto de Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas reconociéndoles el de libre determinación en sus diversas dimensiones –la política, la económica, la social y también la cultural–, y contemplando, como ejercicio de la misma, una autonomía internacionalmente garantizada y no dependiente, por tanto, de la determinación constitucional de los Estados. Según las reglas que se formulan y los procedimientos que se articulan en el proyecto, ya no se trataría para los pueblos indígenas, de **información y consulta**, sino de **información y consentimiento**; de esto, de consentimiento ante todo, de aquello que falta desde los orígenes de toda esta historia.

Los derechos humanos, por la misma fuerza de su lógica, pueden deparar, desde luego, sorpresas en favor de quienes aún padecen discriminación o exclusión. Ya lo han hecho en el espacio precisa-

mente del derecho interamericano, el cual, movido ahora, desde 1948, por la Organización de Estados Americanos, también evoluciona bajo esta misma inspiración de derechos humanos. Tarda en venir a la consideración de unos derechos de los pueblos o, dicho de otra manera, a la superación de la ecuación cerrada entre pueblo, nación y Estado. En realidad, al igual que el derecho internacional, al fin y al cabo no ha llegado todavía estrictamente a dicho estadio, pero actualmente está tomando también en consideración un proyecto declarativo de derechos indígenas. La sorpresa a la que me refiero no ha venido por esta vía de acuerdo político en el seno de la Organización de Estados Americanos para el desarrollo de un orden interamericano de derechos humanos, sino por otro cauce, el jurisdiccional, de la misma institución americana. Se ha producido mediante sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año 2001; por tanto, tras la Constitución de Venezuela.

Se trata del caso **Awás Tingni versus la República de Nicaragua**, del cual ahora no nos interesa otro pormenor que el de la motivación de la resolución judicial en derechos humanos, en derechos que no solamente comprometen al Estado de Nicaragua, sino también a otros, como patentemente a Venezuela, y esto a su vez sobre la base no sólo de su ratificación (1977) de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), sino también, y ante todo, del compromiso de la propia Constitución con los referidos derechos, los humanos. La sentencia de la Corte Interamericana a favor de Awás Tingni se fundamenta concretamente en el artículo 21 de la Convención, un reconocimiento de propiedad privada como derecho humano (“Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes”) que en apariencia no interesa a una comunidad que reivindica un dominio colectivo sobre el propio territorio. Ahí es donde viene exactamente la sorpresa. He aquí el razonamiento de la Corte: “El artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal”. En este ámbito, también conviene reiterar lo que ya nos ha recordado en Venezuela la exposición de motivos del proyecto de Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas y esto es que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el órgano intermediario entre las partes y la Corte, participa en la concepción más integral de la cultura, tanto la material como la inmaterial, a la que tienen derechos los pueblos indígenas.

Se trata de evidentes extensiones, pero que no son nada arbitrarias. Corrigen un sesgo discriminatorio, cuando no excluyente, del derecho interamericano ya insostenible en tiempos de derechos humanos. Y se basan justamente en reglas de construcción formuladas por la propia Convención Americana de Derechos Humanos (art. 29, “Normas de interpretación” en tal dirección extensiva: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de [...] d) excluir o limitar el efecto que puedan producir” los instrumentos interamericanos de derechos”. Como tal interpretación por la corte competente, no sólo resuelve un asunto entre partes, sino que al mismo tiempo sienta el alcance general de la norma en cuestión, a partir de ahora el derecho indígena de carácter colectivo al propio territorio y a los propios recursos puede entenderse que está incluido en la Convención Americana de Derechos Humanos con el consiguiente efecto vinculante para todos los Estados signatarios, Venezuela desde luego comprendida. La sentencia en el caso *Awas Tingni* no afecta exclusivamente al Estado de Nicaragua ni beneficia tan sólo –ni en exclusiva– a una comunidad indígena entre tantas que existen en América.

Recordemos los términos ya citados de la Constitución de Venezuela: “El aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado se hará sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos e, igualmente, está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas. Los beneficios de este aprovechamiento por parte de los pueblos indígenas están sujetos a la Constitución y a la ley” (1999, art. 120). Compárese con el tenor más categórico y menos condicionado del pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cambian las tornas. Ya no es, como entiende la Constitución, que el derecho indígena dependa del reconocimiento del Estado y haya de conformarse con su legislación, sino más bien al contrario. Son los Estados los que quedan obligados a reconocer el derecho indígena. Son sus leyes, son ante todo sus Constituciones, las que deben conformarse a esta obligación de reconocimiento. El derecho indígena como derecho precisamente humano puede resultar entonces no sólo mayor en contenido, sino también superior en jerarquía. Si nos tomamos plenamente en serio el derecho internacional de los derechos humanos como la Constitución de Venezuela precisamente hace, resulta entonces que la Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas ha

podido quedar obsoleta a los pocos meses. Es de diciembre de 2000 mientras que la sentencia del caso **Awás Tingni** se emite en el agosto siguiente. Ha sido superada al menos en cuanto a sus principios de determinación por el Estado, pues no necesariamente respecto a previsiones concretas suyas “a los fines de garantizar el derecho a las propiedades colectivas” (art. 1).

Todavía de doble filo con uno, el indígena, ahora más agudo, la situación resulta crecientemente compleja. Al igual que tras la descolonización, ocurre que los problemas se acrecientan no porque las previsiones no sean de tendencia justa, sino porque son radicalmente insuficientes. La actual legislación venezolana de reforma agraria, la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario (2001), contiene una previsión sobre el asunto indígena muy por debajo de lo que hemos visto en la precedente Ley de Reforma Agraria (1960): “Dentro del régimen del uso de tierras con vocación para la producción agroalimentaria, se garantiza la protección de la cultura, el folclore, la artesanía, las técnicas ancestrales de cultivo, las costumbres, usos y tradición oral campesinos, así como la biodiversidad del hábitat” (art. 17.6). Compárese. Y advirtamos enseguida que el proyecto pendiente de Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades indígenas contiene a su vez la previsión de exceptuarlos del ámbito de aplicación de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario. Lo uno como lo otro penden de ley, la del Estado. Aunque se esté diciendo en Venezuela que los pueblos se autogobiernan y hasta se autodeterminan, sigue determinando el Estado.

Hábitat es un término que venimos viendo repetirse en la Constitución de Venezuela en relación con indígenas (art. 119, 120, 160, 327, disposición transitoria decimosegunda). Notoriamente se aplica para no decir **territorio** por la fuerte implicación actual de este otro término en cuanto a espacio no sólo de gobierno del Estado, sino también de asignación de recursos por encima o por debajo, en el suelo o en el subsuelo, de la propiedad privada de la tierra. Hábitat es entonces concepto que permitiría un dominio comunitario incluso de significación política, siempre bajo los poderes constitucionales y económicos del Estado. Es pauta que también procede del Convenio 169 de la Organización Internacional del Estado, donde se identifica expresamente hábitat y territorio para el caso indígena con la salvedad expresa de dichos poderes estatales (arts. 13-15). Otras Constituciones latinoamericanas vienen a adoptar igual uso de hábitat como sucedáneo de territorio con la mismísima función de

sobreponer e incluso acentuar unos poderes tanto políticos como económicos del Estado cuando se trata de pueblos indígenas (Paraguay, 1992; México, 2001...). El juego constitucional es idéntico al internacional. Pueblo indígena no puede implicar lo mismo que pueblo no indígena cuando el mismo lenguaje en el que viene ahora a adoptarse la misma identificación de **pueblos** está en manos de los Estados de matriz ajena o de otras instituciones que, como la Organización Internacional del Trabajo, ni siquiera admiten una representación indígena en su seno.

Concentrándose sus ratificaciones por Latinoamérica, el Convenio 169 está convirtiéndose en pieza de un derecho interamericano. El estándar oficial del derecho indígena está realmente marcándolo la Organización Internacional del Trabajo, aunque su instrumento se encuentre en trance de ser superado en el propio espacio del orden internacional, en el general y en el interamericano. En Venezuela, aunque tampoco plegándose plenamente como ya podemos venir apreciando, ese estándar internacional y americano es el que define todavía el horizonte del mismo proyecto de Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, tal y como se expresa por su exposición de motivos:

La mayoría de las Constituciones actuales de los países latinoamericanos reconocen el carácter multiétnico y pluricultural de sus respectivas sociedades como también lo hace la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En el derecho internacional se ha superado el enfoque integracionista y asimilacionista de las normas anteriores referidas a **poblaciones** indígenas y se ha llegado a reconocer y valorar **la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad**, como queda expresado en el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo. Basado en el reconocimiento de la diversidad cultural, el Convenio 169 obliga a las partes a garantizar el respeto a la integridad de los pueblos indígenas.

Nos encontramos con todo, en especial tras **Awás Tingni** si su jurisprudencia se mantiene por la jurisdicción interamericana de derechos humanos, en una fase transitoria no ya, por supuesto, entre **territorio** que programa genocidio y **Estado** que asume poderes a tal extremo, sino entre reconocimiento constitucional subordinado y reconocimiento internacional de orden superior. El periplo recorrido desde la desposesión constitucional del territorio del pueblo hasta el

reconocimiento interamericano de la propiedad de la comunidad es suficientemente expresivo del sentido de una evolución que está lejos de haber llegado a su término. Los derechos humanos constituyen ahora el impulso decisivo. No identifiquemos con ellos tan sólo los del orden internacional, ya general, ya interamericano. Para la Constitución de Venezuela, como ha podido apreciarse, los derechos que contiene son también, inclusive los de pueblos indígenas, expresamente **humanos**, especificando, desarrollando y garantizando. Dicho de otro modo, no debe haber discontinuidades entre unos y otros órdenes, el constitucional y los internacionales. En esto ha seguido la pauta marcada en 1998 por la Constitución de Ecuador.

En consideración de derechos indígenas, la misma Constitución de Venezuela se plantea la superación de un orden internacional en un extremo que les es especialmente desfavorable: “Se garantiza y protege la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos, tecnologías e innovaciones de los pueblos indígenas. Toda actividad relacionada con los recursos genéticos y los conocimientos asociados a los mismos perseguirán beneficios colectivos. Se prohíbe el registro de patentes sobre estos recursos y conocimientos ancestrales” (art. 124). Dado que la ciencia empírica, como la que tiene la experiencia de virtudes terapéuticas de especies naturales, no es internacionalmente patentable, viene produciéndose una expropiación masiva de ciencia indígena por parte de empresas transnacionales que patentan y explotan la fórmula analítica del mismo conocimiento extraído de indígenas mediante investigación antropológica o similar. Es una expropiación que hoy se intenta tanto de sus recursos genéticos como humanos. La Constitución compromete entonces a Venezuela no sólo a la defensa de unos derechos indígenas de propiedad intelectual entre las propias fronteras, sino también a promover el cambio de planteamiento en el ámbito del orden internacional, donde ya existe la sensibilidad y el ambiente. Es siempre la lógica de los derechos humanos, de unos derechos humanos no excluyentes, la que conduce estos desenvolvimientos.

En una fase de transición como la que se está atravesando a muy variados niveles, desde los derechos de la comunidad y el pueblo hasta los órdenes interamericano e internacional con el Estado siempre todavía de por medio, las contrariedades y contradicciones, los desajustes y conflictos, habrán de irse solventando conforme a normas de interpretación como las referidas del propio derecho interamericano, esto es, sumando y no sustrayendo, potenciando y no

reduciendo; en suma, dando un paso intercultural. La Constitución ya no dice la última palabra. Aun menos la tienen las leyes del Estado, ni las anteriores ni las posteriores a 1999 en el caso de Venezuela.

El método ha de ser por fin el de los **diálogos interétnicos**, estos es, diálogos entre culturas y derechos de sujetos varios en concurrencia: de comunidades, de pueblos, de Estados, de un orden interamericano no excluyente de indígenas, como también del internacional o global que lo sea efectivamente de derechos humanos. Las teorías generales del derecho y otras doctrinas jurídicas realmente monoculturales o todas las prácticas de enseñanza y desempeño profesionales de matriz europea y raíz estatalista, habrán de quedar definitivamente desahuciadas. Así cabría el interculturalismo en serio, esto es, sobre la base de un respeto entre culturas y no bajo el peso del desequilibrio dado de hecho que sesga, cuando no impide, la relación y el intercambio postulados de derecho. ¿No es esa, la interculturalidad, constitucionalidad consecuente con el multiculturalismo jurídico que finalmente corresponde? Para comenzar por un lenguaje tan cargado como el del derecho, no bastaría, por supuesto, con dejarse de latinajos que abren espacio a principios en lenguas vivas, sino que sería ciertamente todo un progreso: *ama quilla, ama llulla, ama shua*, no vivir explotando, no andar defraudando, no seguir expoliando.

Intercultural, a fuer de multicultural, lo es la Constitución de Venezuela: “Las culturas populares constitutivas de la venezolanidad gozan de atención especial, reconociéndose y respetándose la interculturalidad bajo el principio de igualdad de las culturas” (art. 100); “El Estado fomentará la valoración y difusión de las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas, los cuales tienen derecho a una educación propia y a un régimen educativo de carácter intercultural y bilingüe, atendiendo a sus particularidades socioculturales, valores y tradiciones” (art. 121). El motivo de la interculturalidad ya apareció en la Constitución del Ecuador de 1978 para fundamentar una educación bilingüe de acceso al castellano como “lengua de relación intercultural” (art. 27; 1996, art. 40). En el mismo Ecuador, la Constitución actual reformula la fundamentación (“El Estado fomentará la interculturalidad, inspirará sus políticas e integrará sus instituciones según los principios de equidad e igualdad de las culturas”), pero mantiene el giro: “El Estado garantizará el sistema de educación intercultural bilingüe; en él se utilizará como lengua principal la de la cultura respectiva, y el castellano como

idioma de relación intercultural” (1998, art. 62 y 69). Hay también Constituciones que recurren al interculturalismo no como operativo habilitador, sino como correctivo reductor de un multiculturalismo apenas aceptado (Argentina y Perú, 1994; Nicaragua, 1995; México, 2001...). Parece que tanto Venezuela como Ecuador se encuentran también en el caso pese al principio de **igualdad de las culturas** que ahora comparten. No hay otra posición constitucional de momento.

Constituciones puestas al día, sintonizadas con el contexto latinoamericano y no disonantes así con otros órdenes interamericano e internacional, pueden ofrecer la falsa impresión de acomodo conseguido entre derechos conforme a principios. No hay, sin embargo, tal cosa ni mucho todavía que se le acerque. Entre derecho constitucional y tales otros órdenes, el interamericano y el internacional, entre unos y otros, el derecho propiamente indígena, un derecho humano que siempre ha existido pese a la ignorancia de todos los otros ordenamientos, se abre paso a duras penas. Recuérdense el síntoma agudo de la lengua y el padecimiento imponente del silencio. Para la Constitución de Venezuela (art. 9), las lenguas indígenas constituyen **patrimonio cultural de la Nación y de la humanidad** sin haber sentado con carácter previo que lo son ante todo de los propios pueblos. ¿Y no constituye además la diversidad cultural riqueza de la humanidad y de América antes y no después que patrimonio del Estado en suerte? El silencio, como la invisibilidad, anda finalmente escondiéndose en los detalles.

Referencias

Una colección de las Constituciones latinoamericanas de ayer y de hoy puede encontrarse en un sitio en construcción en la red: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/constituciones>; las de Venezuela también se ofrecen en <http://home.att.net/~fakemink>. La Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas puede localizarse en sitio oficial: <http://www.asambleanacional.gov.ve/ns2/leyes.asp?id=264>. El proyecto de Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas o quizás ya la misma ley, cuando estas páginas se publiquen, pueden encontrarse en <http://www.asambleanacional.gov.ve/ns2/leyes.asp?id=512>. Para legislación anterior, ver De Armellada, Cesáreo, *Fuero indígena venezolano*, Universidad Católica Andrés Bello, 1977, que se atiene a normas del Estado como si no existiera el derecho propiamente indígena. El propio Armellada, *malgré lui*, había puesto de manifiesto la relación de

continuidad entre colonialismo y constitucionalismo en el gozne mismo de la conexión hispana: *La causa indígena americana en las Cortes de Cádiz*, Instituto de Cultura Hispánica, 1959. Los textos constitucionales de toda América, los pretéritos y los vigentes, referentes a presencia indígena, los tengo recogidos en *Alertanet. Portal de Derecho y Sociedad*: <http://alertanet.org/constitucion-indigenas.htm>.

Para este momento: Barié, Cletus Gregor, *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina. Un panorama*, Comisión Nacional para Desarrollo de los Pueblos Indígenas, 2003, también en la red: <http://indigenas.gob.mx/conadepi/iii/cletus>. Para la vertiente internacional: Anaya, S. James, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Editorial Trotta, 2004; Niezen, Ronald, *The Origins of Indigenism: Human Rights and the Politics of Identity*, University of California Press, 2003; Thornberry, Patrick, *Indigenous Peoples and Human Rights*, Manchester University Press, 2002; sobre propiedad intelectual: Simpson, Tony, *Indigenous Heritage and Self-Determination: The Cultural and Intellectual Property Rights of Indigenous Peoples*, International Work Group for Indigenous Affairs, 1997. Por mi parte he abordado una y otra vertiente, la constitucional y la internacional, pues las entiendo, cuando no cómplices, bien avenidas como buena pareja, en *Ama Llunku, Abya Yala. Constituyencia indígena y código ladino por América*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001 (arranque del derecho interamericano, págs. 121-126), con el primer capítulo en la red, en el sitio citado de *Alertanet*, en el que, bajo el cuidado de Raquel Yrigoyen, podrá obtenerse ulterior y renovada información; mi perspectiva: “Multiculturalismo constitucional, con perdón, de veras y en frío”, en *Revista Internacional de Estudios Vascos*, 47, 2002, págs. 35-62. Para documentación sobre el caso referido de derecho interamericano, ver *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 19-1, 2002; también, *El caso Awas Tingni contra Nicaragua. Nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas*, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Deusto, 2003.

Más específicamente sobre Venezuela hoy: Cupe, René, “Reflexiones sobre los derechos de los pueblos indígenas en la nueva Constitución de Venezuela y el establecimiento de una sociedad participativa, pluricultural y multiétnica”, en *Anuario Iberoameri-*

cano de Historia del Derecho e Historia Contemporánea, 2, 2002, págs. 257-293; Van Cott, Donna Lee, “Movimientos indígenas y transformación constitucional en los Andes. Venezuela en perspectiva comparativa”, en *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, 8, 2002, págs. 41-60. Para la situación de derecho bajo la Constitución de 1961, esto es, en las mismas vísperas de la actual: Bello, Luis Jesús, “Venezuela”, Enrique Sánchez (ed.), en *Derechos de los Pueblos Indígenas en las Constituciones de América Latina. Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Perú, Venezuela*, Bogotá, Disloque Editores, 1996, págs. 214-235; el mismo Bello, L. J., *Los derechos de los pueblos indígenas en Venezuela*, International Work Group for Indigenous Affairs, 1999. Para el giro pronunciado de la actual Constitución: Colmenares, Ricardo, *Los derechos de los pueblos indígenas*, Universidad Católica Andrés Bello, 2001; el mismo Colmenares, R., *Constitucionalismo y derechos de los pueblos indígenas en Venezuela*, en *Alertanet*: <http://www.alertanet.org/dc-rcolme-const-ve.htm>. Véanse también los trabajos de la primera edición de los “Nuevos Diálogos Interétnicos”, de la Universidad de los Andes, publicados en *Revista CENIPEC*, 21, 2002, muy útiles, además, a los efectos de orientación bibliográfica entre antropología inconscientemente colonialista y derecho incipientemente postcolonial. Puede añadirse, como reporte por ahora más reciente y en espera de sucesivas entregas, el capítulo “Derechos de los pueblos indios”, del informe 2002-2003 de PROVEA (Programa Venezolano de Educación. Acción en Derechos Humanos), *Todos los derechos para todos*: http://www.derechos.org.ve/publicaciones/infanual/2002_03/index.htm. CENIPEC es el Centro de Investigaciones Penales y Criminológicas que hospeda los Diálogos Interétnicos en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de los Andes.

Anexo

Constitución de Venezuela (1811)

Capítulo IX. Disposiciones Generales.

Artículo 200. Como la parte de ciudadanos que hasta hoy se ha denominado indios no ha conseguido el fruto apreciable de algunas leyes que la monarquía española dictó a su favor, porque los encargados del Gobierno en estos países tenían olvidada su ejecución; y como las bases del sistema de Gobierno que en esta

Constitución ha adoptado Venezuela no son otras que las de la justicia y la igualdad, encarga muy particularmente a los Gobiernos provinciales que así como han de aplicar sus fatigas y cuidados para conseguir la ilustración de todos los habitantes del estado, proporcionarles escuelas, academias y colegios en donde aprendan todos los que quieran los principios de Religión, de la sana moral, de la política, de las ciencias y artes útiles y necesarias para el sostenimiento y prosperidad de los pueblos, procuren por todos los medios posibles atraer a los referidos ciudadanos naturales a estas casas de ilustración y enseñanza, hacerles comprender la unión íntima que tienen con todos los demás ciudadanos, las consideraciones que como aquellos merecen del Gobierno y los derechos de que gozan por sólo el hecho de ser hombres iguales a todos los de su especie, a fin de conseguir por estos medios sacarlos del abatimiento y rusticidad en que los ha mantenido el antiguo estado de las cosas y que no permanezcan por más tiempo aislados y aun temerosos de tratar a los demás hombres, prohibiendo desde ahora que puedan aplicarse involuntariamente a prestar sus servicios a los Tenientes o Curas de sus parroquias, ni a otra persona alguna, y permitiéndoles el reparto en propiedad de las tierras que les estaban concedidas y de que están en posesión, para que a proporción entre los padres de familia de cada pueblo las dividan y dispongan como verdaderos señores, según los términos y reglamentos que formen los gobiernos provinciales.

Artículo 201. Se revocan, por consiguiente, y quedan sin valor alguno las leyes que en el anterior Gobierno concedieron ciertos Tribunales, protectores y privilegios de menor edad a dichos naturales, las cuales, dirigiéndose al parecer a protegerlos, les ha perjudicado sobremanera, según ha acreditado la experiencia.

Constitución de Venezuela (1909)

Título VI. Del Poder Ejecutivo Federal.

Sección III. Del Presidente de los Estados Unidos de Venezuela.

Artículo 80. Son atribuciones del Presidente de los Estados Unidos de Venezuela: 18. Prohibir la entrada al territorio de la República de los extranjeros dedicados especialmente al servicio de cualquier culto o religión, cualquiera que sea el orden o la jerarquía de que se hallen investidos. Sin embargo, el Gobierno podrá contratar la venida de misioneros que se establecerá precisamente en los puntos de la República donde hay indígenas que civilizar.

Constitución de Venezuela (1961)

Título III. De los Deberes, Derechos y Garantías.

Capítulo IV. Derechos Sociales.

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 indígenas y su incorporación progresiva a la vida de la Nación.

Constitución de Venezuela (1999)

Título I. Principios Fundamentales.

Artículo 9. El idioma oficial es el castellano. Los idiomas indígenas también son de uso oficial para los pueblos indígenas y deben ser respetados en todo el territorio de la República, por constituir patrimonio cultural de la Nación y de la humanidad.

Título III. De los Deberes, Derechos Humanos y Garantías.

Capítulo VI. De los Derechos Culturales y Educativos.

Artículo 100. Las culturas populares constitutivas de la venezolanidad gozan de atención especial, reconociéndose y respetándose la interculturalidad bajo el principio de igualdad de las culturas. La ley establecerá incentivos y estímulos para las personas, instituciones y comunidades que promuevan, apoyen, desarrollen o financien planes, programas y actividades culturales en el país, así como la cultura venezolana en el exterior. El Estado garantizará a los trabajadores y trabajadoras culturales su incorporación al sistema de seguridad social que les permita una vida digna, reconociendo las particularidades del quehacer cultural, de conformidad con la ley.

Capítulo VIII. De los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Artículo 119. El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Corresponderá al Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y la ley.

Artículo 120. El aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado se hará sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos e, igualmente, está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas. Los beneficios de este aprovechamiento por parte de los pueblos indígenas están sujetos a la Constitución y a la ley.

Artículo 121. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores, espiritualidad y sus lugares sagrados y de culto. El Estado fomentará la valoración y difusión de las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas, los cuales tienen derecho a una educación propia y a un régimen educativo de carácter intercultural y bilingüe, atendiendo a sus particularidades socioculturales, valores y tradiciones.

Artículo 122. Los pueblos indígenas tienen derecho a una salud integral que considere sus prácticas y culturas. El Estado reconocerá su medicina tradicional y las terapias complementarias, con sujeción a principios bioéticos.

Artículo 123. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y promover sus propias prácticas económicas basadas en la reciprocidad, la solidaridad y el intercambio; sus actividades productivas tradicionales, su participación en la economía nacional y a definir sus prioridades. Los pueblos indígenas tienen derecho a servicios de formación profesional y a participar en la elaboración, ejecución y gestión de programas específicos de capacitación, servicios de asistencia técnica y financiera que fortalezcan sus actividades económicas en el marco del desarrollo local sustentable. El Estado garantizará a los trabajadores y trabajadoras pertenecientes a los pueblos indígenas el goce de los derechos que confiere la legislación laboral.

Artículo 124. Se garantiza y protege la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos, tecnologías e innovaciones de los pueblos indígenas. Toda actividad relacionada con los recursos genéticos y los conocimientos asociados a los mismos perseguirán beneficios colectivos. Se prohíbe el registro de patentes sobre estos recursos y conocimientos ancestrales.

Artículo 125. Los pueblos indígenas tienen derecho a la participación política. El Estado garantizará la representación indígena en la Asamblea Nacional y en los cuerpos deliberantes de las entidades federales y locales con población indígena, conforme a la ley.

Artículo 126. Los pueblos indígenas, como culturas de raíces ancestrales, forman parte de la Nación, del Estado y del pueblo venezolano como único, soberano e indivisible. De conformidad con esta Constitución tienen el deber de salvaguardar la integridad y la soberanía nacional.

El término pueblo no podrá interpretarse en esta Constitución en el sentido que se le da en el derecho internacional.

Título IV. Del Poder Público.

Capítulo II. De la Competencia del Poder Público Nacional.

Artículo 156. Es de la competencia del Poder Público Nacional: 32. La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, penal, penitenciaria, de procedimientos y de derecho internacional privado; la de elecciones; la de expropiación por causa de utilidad pública o social; la de crédito público; la de propiedad intelectual, artística e industrial; la del patrimonio cultural y arqueológico; la agraria; la de inmigración y poblamiento; la de pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos; la del trabajo, previsión y seguridad sociales; la de sanidad animal y vegetal; la de notarías y registro público; la de bancos y la de seguros; la de loterías, hipódromos y apuestas en general; la de organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado; y la relativa a todas las materias de la competencia nacional.

Capítulo IV. Del Poder Público Municipal.

Artículo 181. Los ejidos son inalienables e imprescriptibles. Sólo podrán enajenarse previo cumplimiento de las formalidades previstas en las ordenanzas municipales y en los supuestos que las mismas señalen, conforme a esta Constitución y la legislación que se dicte para desarrollar sus principios.

Los terrenos situados dentro del área urbana de las poblaciones del Municipio, carentes de dueño o dueña, son ejidos, sin menoscabo de legítimos derechos de terceros, válidamente constituidos. Igualmente, se constituyen en ejidos las tierras baldías ubicadas en el área urbana. Quedarán exceptuadas las tierras correspondientes a las comunidades y pueblos indígenas. La ley establecerá la conversión en ejidos de otras tierras públicas.

*Título V. De la Organización del Poder Público Nacional.
Capítulo I. Del Poder Legislativo Nacional.
Sección I. De las Disposiciones Generales.*

Artículo 186. La Asamblea Nacional estará integrada por diputados y diputadas elegidos o elegidas en cada entidad federal por votación universal, directa, personalizada y secreta con representación proporcional, según una base poblacional del uno coma uno por ciento de la población total del país.

Cada entidad federal elegirá, además, tres diputados o diputadas.

Los pueblos indígenas de la República Bolivariana de Venezuela elegirán tres diputados o diputadas de acuerdo con lo establecido en la ley electoral, respetando sus tradiciones y costumbres.

*Capítulo III. Del Poder Judicial y el Sistema de Justicia.
Sección I. De las Disposiciones Generales.*

Artículo 158. La ley organizará la justicia de paz en las comunidades. Los jueces o juezas de paz serán elegidos o elegidas por votación universal, directa y secreta, conforme a la ley.

La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos.

Artículo 160. Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

*Título VII. De la Seguridad de la Nación.
Capítulo II. De los Principios de Seguridad de la Nación.*

Artículo 327. La atención de las fronteras es prioritaria en el cumplimiento y aplicación de los principios de seguridad de la Nación. A tal efecto, se establece una franja de seguridad de fronteras cuya amplitud, regímenes especiales en lo económico y social, poblamiento y utilización serán regulados por la ley, protegiendo de manera expresa los parques nacionales, el hábitat de los pueblos indígenas allí asentados y demás áreas bajo régimen de administración especial.

Disposiciones Transitorias.

Sexta. La Asamblea Nacional en un lapso de dos años legislará sobre todas las materias relacionadas con esta Constitución. Se le dará prioridad a la Ley Orgánica de Pueblos Indígenas, Ley Orgánica de Educación y Ley Orgánica de Fronteras.

Séptima. A los fines previstos en el artículo 125 de esta Constitución, mientras se apruebe la ley orgánica correspondiente, la elección de los representantes indígenas a la Asamblea Nacional y a los Consejos Legislativos Estadales y Municipales se regirá por los siguientes requisitos de postulación y mecanismos:

Todas las comunidades u organizaciones indígenas podrán postular candidatos y candidatas que sean indígenas.

Es requisito indispensable para ser candidato o candidata hablar su idioma indígena, y cumplir con, al menos, una de las siguientes condiciones:

1. Haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad.
2. Tener conocida trayectoria en la lucha social en pro del reconocimiento de su identidad cultural.
3. Haber realizado acciones en beneficio de los pueblos y comunidades indígenas.
4. Pertener a una organización indígena legalmente constituida con un mínimo de tres años de funcionamiento.

Se establecerán tres regiones: Occidente, compuesta por los Estados Zulia, Mérida y Trujillo; Sur, compuesta por los Estados Amazonas y Apure; y Oriente, compuesta por los Estados Bolívar, Delta Amacuro, Monagas, Anzoátegui y Sucre.

Cada uno de los Estados que componen las regiones elegirá un representante. El Consejo Nacional Electoral declarará electo al candidato o candidata que hubiere obtenido la mayoría de los votos válidos en su respectiva región o circunscripción.

Los candidatos y las candidatas indígenas estarán en el tarjetón de su respectivo Estado o circunscripción y todos los electores o electoras de ese Estado los podrán votar.

Para los efectos de la representación indígena al Consejo Legislativo y a los Concejos Municipales con población indígena, se tomará

el censo oficial de 1992 de la Oficina Central de Estadística e Informática, y las elecciones se realizarán de acuerdo con las normas y requisitos aquí establecidos.

El Consejo Nacional Electoral garantizará con apoyo de expertos indigenistas y organizaciones indígenas el cumplimiento de los requisitos aquí señalados.

Decimosegunda. La demarcación del hábitat indígena, a que se refiere el artículo 119 de esta Constitución, se realizará dentro del lapso de dos años contados a partir de la fecha de entrada en vigencia de esta Constitución.

El sector empresarial y los derechos humanos: ¿puede el sector privado contribuir a promover los derechos humanos en el sector cafetalero?*

*Anthony P. Ewing y Elliot J. Schrage***

Resumen

El sector privado se ha convertido recientemente en un centro de atención de los movimientos de promoción y defensa de los derechos humanos. El poder adquirido por las empresas transnacionales, comparado con el que muestran los gobiernos nacionales en donde operan, ha impulsado a los defensores de los derechos humanos a examinar no sólo la responsabilidad de las empresas en esta materia –como en aquellos casos en que hay complicidad entre empresas y agentes gubernamentales que violan los derechos humanos–, sino también la capacidad de ellas, como instituciones de la sociedad, para promover estos derechos en su esfera de influencia.

En respuesta a la presión ejercida por consumidores, inversionistas, trabajadores y otras partes interesadas, varias empresas internacionales han comenzado a adoptar medidas voluntarias para garantizar el cumplimiento de los derechos humanos en sus activida-

* La investigación inicial para algunas de las secciones de este artículo se realizó gracias al apoyo financiero del Departamento de Estado de los Estados Unidos, bajo el auspicio del Centro para los Derechos Humanos de la Universidad de Iowa. Partes de este artículo se publicaron con anterioridad en Elliot J. Schrage, *Promoting International Worker Rights Through Private Voluntary Initiatives: Public Relations or Public Policy?*, University of Iowa Center for Human Rights, enero de 2004. La traducción de este artículo se realizó gracias al apoyo financiero de Starbucks Coffee Company. Las opiniones expresadas son responsabilidad exclusiva de los autores. Traducido del inglés por María Marta Kandler.

** Elliot J. Schrage es abogado y consejero comercial. Actualmente se desempeña como profesor adjunto en la Facultad de Negocios y en la de Derecho de la Universidad de Columbia, y es el Bernard L. Schwartz Senior Fellow en Negocios y Política Exterior en el Consejo de Relaciones Exteriores de Nueva York. Anthony P. Ewing es abogado y asesor empresarial. También se desempeña como profesor invitado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia en Nueva York, donde imparte el seminario de posgrado *Las empresas transnacionales y los derechos humanos*.

des y en las que tienen lugar en la cadena de suministro. Los activistas, que en un principio lucharon porque las transnacionales de la industria del vestir, el calzado y de otros productos asumieran la responsabilidad que les correspondía en cuanto a las condiciones de trabajo en la cadena de suministro, miran ahora con preocupación las condiciones laborales en el sector agrícola.

El comercio del café ha sido una industria mundial por siglos, pero el interés de la comunidad internacional por el nivel de vida de los pequeños caficultores y por las condiciones de trabajo en que se desenvuelve esta producción es reciente. El trabajo infantil, las restricciones a la libertad de asociación, los salarios inadecuados y las malas condiciones de trabajo son algunas de las prácticas que comprometen los derechos humanos en el sector cafetalero.

Los esfuerzos que realizan las empresas transnacionales cafetaleras por promover criterios de producción congruentes con la normativa laboral internacional, dejan varias enseñanzas a los encargados de formular políticas, a quienes apoyan la causa de los derechos humanos y a los líderes empresariales que luchan por convertir el poderío del sector privado en una fuerza capaz de impulsar y proteger los derechos humanos. Estas enseñanzas son: a) Tanto la defensa de los derechos humanos como la formación de alianzas con el sector privado son estrategias eficaces para impulsar el cumplimiento de estos derechos en la cadena de suministro del café. b) La fijación de estándares por parte del sector privado puede contribuir al establecimiento de estándares de derechos humanos en la producción de café. c) El precio del café repercute con mayor fuerza en el nivel de vida de los productores, que en las condiciones de trabajo en los cafetales. d) Las iniciativas privadas con mayores posibilidades de éxito son las que compensan a los proveedores por cumplir con la normativa internacional en materia de derechos humanos y que, además, vinculan el mejoramiento de los estándares de derechos humanos con el fortalecimiento de las relaciones comerciales en la cadena de suministro. e) Las iniciativas voluntarias constituyen una segunda opción: los gobiernos tienen que desempeñar el papel principal en la salvaguarda de los derechos humanos en el sector privado.

Sector empresarial y derechos humanos

La relación entre el sector empresarial y los derechos humanos ha surgido como un campo concreto dentro de un movimiento más

amplio que aboga por la responsabilidad social empresarial (RSE)¹. Tres fenómenos han contribuido a que el sector privado se sienta cada vez más presionado a abordar el tema de los derechos humanos: la mundialización de los derechos humanos, la mundialización del comercio y la inversión, y la mundialización de las comunicaciones².

Durante los últimos veinte años, el movimiento pro derechos humanos ha estudiado de cerca el sector privado y las responsabilidades que, según el derecho internacional, le corresponden. Varios gobiernos han sido acusados de actuar con negligencia en la prevención y el castigo de delitos cometidos por agentes privados en contra de los derechos humanos³. Y la Corte Penal Internacional, por su parte, estableció un foro permanente para fallar crímenes internacionales cometidos por personas naturales.

En ese mismo período, un agente no gubernamental clave —la empresa comercial— atrajo la atención del movimiento que defiende y promociona los derechos humanos. Este interés en el sector privado, por parte de quienes defienden la causa de los derechos humanos, no es nuevo. Se inicia en la década de 1970 con el tema del *apartheid*, gana fuerza en los 80, con las explotaciones comerciales en países de dudosa reputación en materia de derechos humanos, y alcanza su máxima expresión en los 90, con el tema de las condiciones laborales⁴. En sectores tan variados como la minería, las explo-

1 La historia del movimiento de responsabilidad social empresarial (Corporate Social Responsibility, CSR) ilustra el carácter cambiante, y en proceso de evolución, del papel y las responsabilidades de las empresas; en principio se centra exclusivamente en el tema de las ganancias y los beneficios para luego ampliarse y reconocer una amplia gama de responsabilidades y beneficios corporativos. Ver Friedman, Milton, "The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits", en *The New York Times Magazine*, 11 de septiembre, 1970; Drucker, Peter, "The New Meaning of Corporate Social Responsibility", en *California Management Review*, vol. 26, n. 2, invierno de 1984.

2 La discusión de estas tendencias se basa principalmente en Schrage, Elliot y Anthony Ewing, "Engaging the Private Sector", en *14 Forum for Applied Res. & Pub. Pol'y*, 1999, pág. 44; y en Schrage, Elliot J., *Promoting International Worker Rights Through Private Voluntary Initiatives: Public Relations or Public Policy?*, University of Iowa Center for Human Rights, enero de 2004), págs. 3-6.

3 Ver, por ejemplo, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C n. 4, 1988, donde se encuentra culpable al Estado hondureño por la desaparición forzada de un estudiante, a manos de agentes no-estatales.

4 La mayoría de los asuntos relativos al tema de los negocios y los derechos humanos, son resultado del movimiento de derechos humanos moderno; sin embargo, hay algunos ejemplos más tempranos. En el siglo XIX se produjo un movimiento dirigido a terminar con el tráfico de esclavos africanos hacia América y Europa; esta fue la primera campaña que aseguró conformidad corporativa con un derecho humano internacionalmente reconocido y ampliamente aceptado.

taciones petroleras, la industria farmacéutica, la indumentaria, el calzado y la agricultura, las compañías transnacionales son instadas a asumir la responsabilidad que les corresponde en materia de derechos humanos. Hoy día, las empresas comerciales, junto con los gobiernos, son vistos no solo como el origen o la causa de muchos de los abusos que se cometen contra los derechos humanos, sino como instancias internacionales con posibilidad de actuar en su defensa. No cabe duda de que muchas empresas cumplen un papel fundamental en la protección de los derechos de sus empleados en sus lugares de trabajo, pero posiblemente podrían velar por los derechos humanos en su cadena de suministro, en su comunidad y, en algunos casos, por los de los consumidores. La posibilidad de que las empresas desempeñen este papel se torna particularmente importante en países donde el gobierno es incapaz de velar por los derechos humanos o no quiere hacerlo. En fechas recientes, los activistas miran con preocupación las condiciones laborales que prevalecen en las fincas productoras de café, té, cacao y banano de exportación.

Muchos defensores de los derechos humanos consideran que se puede, y se debe, responsabilizar a las compañías por incumplir la normativa internacional en este campo⁵. Para ello acuden a la Declaración Universal de Derechos Humanos donde, afirman, se encuentran estipuladas las responsabilidades que al respecto les corresponden a las empresas. De acuerdo con el Preámbulo de dicha Declaración, todas las instituciones están obligadas a “promover el respeto” a los derechos humanos y a adoptar “medidas progresivas” que garanticen su reconocimiento y aplicación⁶. Otros defensores, sin embargo, consideran que, según el derecho internacional, sólo los gobiernos pueden violar los derechos humanos y sólo las leyes nacionales pueden asegurar su debido cumplimiento por parte de las

5 Ver, por ejemplo, Amnistía Internacional, *The UN Human Rights Norms for Business: towards Legal Accountability* 7, 2004; International Council on Human Rights Policy, *Beyond Voluntarism: Human Rights and the Developing International Legal Obligations of Companies*, 2002; Ratner, Steven R., “Corporations and Human Rights: a Theory of Legal Responsibility”, en 111 *Yale L. J.*, 2001, pág. 443; Frey, Barbara A., “The Legal and Ethical Responsibilities of Transnational Corporations in the Protection of International Human Rights”, en 6 *Minn. J. Global Trade*, 1997, pág. 153.

6 La Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH), 1948, en su Preámbulo, dice: “tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos [. . .]”.

empresas⁷. En este sentido, cabe señalar que en los tribunales de justicia de los Estados Unidos se están analizando varias demandas interpuestas contra empresas comerciales por víctimas de violación de los derechos humanos, por supuesta complicidad entre las empresas y el Estado en contravención del derecho internacional público, y por violación directa de los derechos humanos por parte de las empresas mismas⁸. Si bien la responsabilidad de velar por los derechos humanos y de garantizar su aplicación descansa fundamentalmente en el Estado, cada vez se acepta más el hecho de que las empresas privadas tienen que apegarse a las leyes internacionales sobre derechos humanos. No obstante, todavía no se ha definido claramente hasta dónde llegan esas obligaciones o qué mecanismos podrían implementarse para que las cumplan.

Aunque las declaraciones internacionales sobre responsabilidad corporativa no son vinculantes, sí constituyen un marco de referencia para los criterios que las empresas deben adoptar en materia de derechos humanos. Entre tales declaraciones están: las Directrices sobre las Empresas Transnacionales (2000) de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE); la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (1977); los Lineamientos de Política del Banco Mundial⁹; el Pacto Mundial de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)¹⁰, y las

7 Ver, por ejemplo, Birchell, Jonathan, "UN Ethics Guidelines May Alarm Multinationals", en *Financial Times*, Londres, 13 de agosto de 2003, pág. 8.

8 Algunos tribunales de los Estados Unidos de América han conocido casos en los que se alega que algunas corporaciones son culpables de crímenes de guerra, crímenes en contra de la humanidad, genocidio, tortura, trabajo esclavo y asesinato, entre otras violaciones a los derechos humanos. Ver Paust, Jordan J., "Human Rights Responsibilities of Private Corporations", en 35 *Vand. J. Transnat'l L.*, n. 4, 2002, págs. 801-3. Alegatos sobre complicidad corporativa en abusos a los derechos humanos han sido llevados ante tribunales de los Estados Unidos en contra de IBM, ExxonMobil, ChevronTexaco, Citicorp, Coca-Cola, Gap, Ford y Del Monte, entre otras. Ver Schrage, Elliot J., "Judging Corporate Accountability in the Global Economy", en 42 *Columbia J. Transnational L.*, 2003, págs. 153-4.

9 Las políticas de la Corporación Financiera Internacional (CFI) para proyectos financiados por el Banco Mundial, incorporan estándares internacionales de derechos humanos relativos a reasentamiento involuntario, poblaciones indígenas y trabajo forzoso e infantil. Manual de operaciones del Banco Mundial, Poblaciones Indígenas, OD4.20 (septiembre de 1991), Reasentamiento Involuntario, OD4.30 (junio de 1990); CFI, Policy Statement on Forced Labor and Harmful Child Labor, marzo de 1998; Harmful Child Labor Interim Guidance, julio de 1999.

10 El Pacto Mundial de las Naciones Unidas hace un llamado a las empresas para que,

Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales en la Esfera de los Derechos Humanos, de la ONU¹¹. Todas establecen criterios y orientaciones que pueden ser adoptados, de manera voluntaria, por las empresas comerciales.

Independientemente de que uno crea o no que las empresas tienen la obligación legal directa de cumplir con los criterios internacionales en materia de derechos humanos, lo cierto es que cada vez hay más consenso sobre las cuestiones de estos derechos que surgen en las actividades comerciales. Y se está presionando a las empresas para que, de manera voluntaria, asuman algunas de las obligaciones que tradicionalmente le correspondían al gobierno, como son la de promover el respeto a los derechos y la de asegurar, por medidas progresivas, su reconocimiento y aplicación universales. La tendencia más clara parece dirigirse hoy día a la formulación de criterios de derechos humanos específicos para las empresas.

La mundialización del comercio y de la inversión ha contribuido a debilitar el poder económico de los gobiernos y a aumentar, en forma dramática, el ámbito geográfico y el poder económico de las empresas transnacionales. Los últimos 25 años han sido testigos del desarrollo de una compleja arquitectura financiera de corte mundial que busca promover una mayor integración económica entre países y reducir las restricciones que, a nivel nacional, pesan sobre el comercio y la inversión. Con el fin de expandir y proteger sus mercados y reducir los costos, las actividades comerciales se están transformando en iniciativas de orden mundial.

Hoy día unas 60 000 empresas transnacionales, con más de 800 000 filiales en todo el mundo, se relacionan con millones de proveedores¹². La mayoría tienen inversiones directas en muchos países y

dentro de su ámbito de influencia: “apoy(en) y respet(en) la protección de los derechos humanos fundamentales” (Principio 1); asimismo, las llama a “asegurarse de que [...] no son cómplices en la vulneración de los derechos humanos” (Principio 2). Naciones Unidas, Pacto Mundial, Los Diez Principios, disponibles en <http://www.pactomundial.org/index.asp?MP=4&MS=2>. Ver también Ewing, Anthony P., “Understanding the Global Compact Human Rights Principles”, en *Embedding Human Rights into Business Practice* 28, Pacto Mundial de las Naciones Unidas y Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 2004.

11 *Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights*, 26 de agosto de 2003, Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Subcomisión para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos, U.N. doc.E/CN.4/Sub.2/ 2003/12/Rev.2.

12 Conferencia de Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés), “Overview”, en *World Investment Report 2002: Transnational Corporations and Export Competitiveness* 1, 2001.

capacidad de acceder a los valores de la compañía en, al menos, una bolsa de capital internacional. El sector privado, entonces, tiene más influencia en el desempeño económico de los mercados emergentes que el mismo gobierno o que las organizaciones intergubernamentales.

Por último, la mundialización de las comunicaciones ha hecho que los gobiernos y las firmas comerciales hayan perdido su capacidad de controlar la información que llegaba a terceros, y ahora todos los interesados pueden enterarse de las consecuencias de sus políticas y procedimientos. La revolución que ha tenido lugar en el campo de las comunicaciones –en cuanto a velocidad y calidad– ha contribuido significativamente a que sea posible conocer el estado en que se encuentran los derechos humanos. Ahora basta oprimir un botón para que las imágenes más crudas de abuso y explotación crucen las fronteras. Del mismo modo en que la tecnología de la información ha facilitado la mundialización de la producción, también ha permitido que el mundo entero esté al tanto de las condiciones en que se lleva a cabo la producción en cualquier parte del planeta. Las actividades de las empresas transnacionales en los mercados extranjeros dejaron de ser invisibles para los interesados en casa.

La respuesta de las empresas transnacionales al escrutinio de sus prácticas comerciales, a las quejas de falta de responsabilidad y al llamado a promocionar los derechos humanos, ha sido variada. Algunas han reaccionado con hostilidad, otras han aceptado el compromiso, pero en general pocas han adoptado medidas para abordar el tema de los derechos humanos. Las que han respondido positivamente son, en su mayoría, marcas conocidas que operan en sectores de la industria o en mercados que se encuentran en la mira de los defensores de los derechos humanos.

En general las acciones emprendidas por las firmas internacionales se relacionan con la condición de los derechos humanos en sus propias actividades. Sin embargo, desde mediados de los 90, muchas empresas comenzaron a interesarse por lo que sucedía en las cadenas de suministro. Los últimos diez años han presenciado una explosión de códigos de conducta de adopción voluntaria que intentan guiar el quehacer de las empresas, y cada vez es más frecuente encontrar en ellos alusiones a los derechos humanos¹³. El Pacto Mundial, por

13 *Puede encontrar un listado corto en <http://www.business-humanrights.org/Categories/Companies/Policies/Companieswithhumanrightspolicies>.*

ejemplo, fue suscrito por más de 1 600 compañías, entre las que se encuentran 79 de las 500 corporaciones más grandes del mundo¹⁴.

Los programas de derechos humanos de las empresas generalmente contienen una mezcla de diligencia debida, establecimiento y aplicación de normas, criterios de evaluación e informe de resultados. En un inicio, los esfuerzos se reducían a escribir una declaración de principios o un código de conducta, pero ahora hay programas que se aplican a todas las actividades de la compañía y muchas veces se extienden a la cadena de proveedores. Tales programas pueden incluir aspectos como supervisión independiente, alianzas compuestas por múltiples partes interesadas y presentación de resultados al público.

La noción de que existen razones legítimas para que las empresas velen por los derechos humanos comenzó a ganar aceptación en la comunidad empresarial en los últimos diez años¹⁵. Si bien muchos de los esfuerzos no han sido más que medidas defensivas o maniobras de relaciones públicas para responder a denuncias específicas, un número pequeño, pero creciente, de empresas está tomando conciencia de lo que se denomina el **argumento empresarial**, el cual respalda la incorporación de los derechos humanos en las prácticas comerciales. De esa forma, los presidentes de las grandes corporaciones han comenzado a aceptar los derechos humanos como parte de sus responsabilidades. Es más, algunas de las marcas internacionales más conocidas incluyen ahora en su relación de cargos el de Vicepresidente de Derechos Humanos, y entre sus dependencias, el Departamento de Derechos Humanos. Asimismo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos ha dejado de ser un tema desconocido para los administradores de empresas.

De acuerdo con un estudio realizado con líderes corporativos, el argumento empresarial que respalda la aplicación de políticas de responsabilidad empresarial, contempla aspectos como los siguientes:

- ayudan a proteger y mejorar la reputación de la empresa, así como el valor de la marca y la confianza en ella;

14 Ver "The Global Compact Database of Participants", disponible en <http://www.unglobalcompact.org>.

15 Ver, por ejemplo, Ewing, Anthony P., "Implementing the Global Compact Human Rights Principles", en *Embedding Human Rights into Business Practice*, 62 Pacto Mundial de las Naciones Unidas y Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 2004; Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "Business and Human Rights: a Progress Report", enero de 2000, disponible en <http://www.unhcr.ch/business.htm>.

- sirven para atraer empleados talentosos, para motivarlos y para promover su permanencia en la empresa;
- favorecen el control y la mitigación de riesgos;
- aumentan la eficiencia operativa y ayudan a reducir los costos;
- facilitan la obtención del permiso de funcionamiento;
- crean nuevas oportunidades comerciales; y
- contribuyen a crear un ambiente de trabajo más próspero y seguro¹⁶.

Por estas mismas razones se están comenzando a adoptar programas empresariales de derechos humanos, porque una denuncia en este ámbito puede destruir la reputación de la empresa y poner en peligro su permiso de funcionamiento, sobre todo si se trata de una marca conocida: “El simple rumor de que una compañía está empleando mano de obra infantil, sea en forma directa o indirecta, puede ser un golpe mortal para la reputación de una empresa y puede hacer que los consumidores boicoteen sus actividades”¹⁷.

En efecto, las compañías que no se toman en serio las denuncias por violación de derechos humanos se arriesgan a perder su reputación entre los consumidores, los inversionistas, los accionistas, las entidades supervisoras y los empleados, actuales y futuros. Una estrategia eficaz de derechos humanos puede servir para administrar o mitigar, no solo los riesgos legales, sino también los riesgos de inversión¹⁸.

Los programas empresariales de derechos humanos más eficientes, además de mejorar la condición de los derechos humanos en la empresa, contribuyen a bajar los costos y a aumentar los ingresos. De hecho, algunos programas formulados de manera conjunta para las industrias de la indumentaria, la juguetería y los artículos deportivos establecieron estándares industriales que redujeron los costos y mejoraron la eficiencia operativa de las empresas participantes¹⁹. Cada vez hay más pruebas de que cuando en un mercado se fortalece el respeto a los derechos humanos, se fortalece, también, el respeto a la ley, se crea un ambiente social y político

16 Foro Económico Mundial, *Values and Value*, 2004.

17 International Organization of Employers, *Employers Handbook on Child Labour*, 2001.

18 Ver, por ejemplo, Schrage (nota 8); Schrage, Elliot, “Emerging Threat: Human Rights Claims”, en *Harv. Bus. Rev.*, n. 8, 2003.

19 Ver, por ejemplo, Schrage (nota 2).

más estable y se logra, en última instancia, un entorno más próspero para el desenvolvimiento de los negocios²⁰.

Las empresas transnacionales de café están empezando a responder en forma positiva a la presión que se ha ejercido sobre ellas para que apliquen la responsabilidad corporativa en el sector agrícola. Los esfuerzos realizados por algunas de ellas en las cadenas de suministro sirven para ilustrar, no sólo el potencial de las iniciativas privadas que promueven los derechos humanos, sino los retos que deben enfrentar.

Cadena de suministro del café

El comercio internacional del café se remonta a aproximadamente 500 años atrás. En efecto, el cultivo de la planta comenzó en la Península Arábiga en el siglo XV; en los inicios del XVII llega a Europa, y a finales de ese mismo siglo ya se exporta café desde esa región hacia las colonias asiáticas. Alrededor de 100 años después, el cultivo se había extendido a los trópicos, y el café era uno de los productos agrícolas básicos más lucrativos²¹.

En la actualidad, los cafés que más se emplean con fines comerciales son los de tipo arábica y tipo robusta. El 70% de la producción mundial de café se realiza con la variedad arábica²², que se cultiva en las tierras altas y generalmente se comercia a muy buen precio. La variedad robusta produce un grano de menor calidad y se utiliza para elaborar un café más barato.

Más de 70 países se dedican al cultivo del café, y las ventas mundiales de este producto superan los 50 mil millones de dólares al año²³. Brasil, el mayor productor, genera el 30% del café que se vende en todo el mundo²⁴. Le siguen en exportaciones totales Vietnam, Colombia e Indonesia. Los países latinoamericanos contribuyen con aproximadamente el 60% de la producción global (aunque su cuota de producción mundial de café arábica es mayor); los países asiáticos con un 28%, y los países africanos con un 15%.

20 Ver, por ejemplo, Spar, Debora L., "The Spotlight and the Bottom Line: How Multinationals Export Human Rights", en *Foreign Aff.*, marzo-abril de 1998.

21 Después del petróleo, el café es la mercadería más valiosa que se comercia en el mundo.

22 International Coffee Organization (ICO), *Coffee Market Report*, tabla 2, noviembre de 2004, en <http://www.ico.org/>.

23 Ver, en general, Dicum, Gregory y Lina Luttinger, *Coffee Book: Anatomy of an Industry*, 2000.

24 ICO, *Coffee Market Report*, tabla 3, noviembre de 2004.

Aproximadamente 100 millones de personas viven de la industria del café, y la cadena de suministro está integrada por un gran número de agentes clave que, para los efectos de este artículo, hemos resumido de la siguiente manera: a) agricultores, b) procesadores/exportadores, c) comerciantes, d) marcas más importantes y e) marcas de cafés finos. Debido a la cantidad de agentes involucrados y a la complejidad de la cadena, estas categorías normalmente se traslapan.

El 70% de la producción mundial del café tiene lugar en terrenos que miden menos de 10 hectáreas²⁵, explotaciones familiares, en su mayoría. De hecho, se estima que cerca de 20 millones de familias en todo el mundo se dedican al cultivo del café. Algunos países como India y Brasil se caracterizan por los grandes cafetales, mientras que otros, como Colombia, Costa Rica, Indonesia, México y Vietnam poseen un mayor número de fincas pequeñas. Guatemala y Kenia presentan ambos tipos de explotación, cafetales grandes y fincas pequeñas. Debido a la naturaleza estacional del café, las personas que tienen trabajo permanente en esta actividad son pocas en comparación con las que trabajan en la misma de manera temporal. En efecto, la cosecha del café exige la contratación de un gran número de trabajadores temporales.

Los cafetales grandes generalmente procesan y exportan su propio café; a veces exportan directamente el grano verde; otras, lo venden a exportadores especializados. Los pequeños productores, en cambio, normalmente no procesan el café, sino que venden el grano maduro a algún procesador o intermediario y este se encarga de fijar el precio. Los productores pobres comprometen muchas veces su cosecha a cambio de un pequeño préstamo.

Las empresas transnacionales de productos agrícolas les compran el café a los países productores, tanto a los exportadores como a los procesadores o a los dueños de los grandes cafetales. En total, cinco empresas transnacionales compran más de la mitad del café que se exporta en todo el mundo²⁶. Los distribuidores reciben el grano verde en el país de importación, lo procesan y lo venden a las distintas marcas.

25 Oxfam, Mugged, *Poverty in your Coffee Cup*, 2002, pág. 7 (en adelante Oxfam-Mugged).

26 Aron, Cargill, Esteve, Neumann y Volcafé son las cinco comercializadoras de café más grandes del mundo. Zehner, David C., "An Economic Assessment of 'Fair Trade' in Coffee", en *Chazen Web J. Int'l Bus.* 12, otoño de 2002, en <http://www.gsb.columbia.edu/chazenjournal>.

Estados Unidos y Alemania, solamente, consumen más del 40% del café que se exporta en todo el mundo²⁷, y las marcas de café radicadas en esos países tienen los márgenes de ganancia más altos de toda la cadena de suministro. La mayor parte del café que se vende en los supermercados es una mezcla de cafés arábica y robusta, provenientes de un gran número de fincas, de distintas partes del mundo y a veces de más de un continente. El consumidor no tiene forma de saber la procedencia exacta del café de la mayoría de las marcas conocidas.

Las cinco empresas multinacionales propietarias de las marcas de café más grandes del mundo –Nestlé (Nescafé), Kraft (Maxwell House, Jacobs), Sara Lee (Hills Bros.), Procter & Gamble (Folgers) y Tchibo (una marca y una compañía minorista alemanas)– compran, anualmente, casi la mitad de todo el café en grano que se produce en el mundo²⁸. Cuatro de ellas (las más grandes) son sociedades públicas con sede en Suiza (Nestlé) y en Estados Unidos (Kraft, Procter & Gamble y Sara Lee), y sus ingresos, por ventas anuales, oscilan entre 19 mil millones y 70 mil millones de dólares estadounidenses²⁹. Por su parte, las marcas de cafés finos, que venden café arábica, compran alrededor de un 8% de la producción anual de café³⁰. En Estados Unidos, las ventas de “cafés selectos” ascienden a un 40% del total de las ventas de café³¹.

El precio del café en los mercados internacionales está determinado por la oferta y la demanda a nivel mundial³². Como

27 En los Estados Unidos se consumieron 1 230 millones de kilogramos de café en el año 2003, lo que representa el 23% de las exportaciones mundiales. En Alemania se consumieron 546 millones de kilogramos, el 10% de las exportaciones mundiales. ICO, *Coffee Market Report*, tabla 8, noviembre de 2004.

28 En el año 2000, tanto Kraft como Nestlé cubrieron un 13%, cada uno, del café verde producido a nivel mundial; Sara Lee, el 10%, y tanto Procter & Gamble como Tchibo cubrieron el 4% cada uno. Oxfam, *Poverty in your...*, pág. 2.

29 El ingreso bruto de Nestlé en 2003 fue de 70 800 millones de dólares; de Procter & Gamble en 2004, de 51 400 millones; de Kraft Foods Inc. en 2003, de 31 000 millones; de Sara Lee Corporation en 2004, de 19 600 millones. Información tomada de Hoover's en <http://www.hoovers.com> (en adelante Hoover's en línea). Las compañías no reportan al público general el ingreso derivado solo de las ventas del café.

30 Ver en general Specialty Coffee Association of America, en <http://www.scaa.org> (en adelante SCAA).

31 Ponte, Stefano, “Specialty Coffee: the Challenge of Quality and Sustainability”, noviembre de 2002, en <http://www.scaa.org/>.

32 Ver en general Lewin, Bryan, Daniele Giovannucci y Panos Varangis, *Coffee Markets: New Paradigms in Global Supply and Demand*, Banco Mundial, marzo de 2004.

ocurre con otros productos agrícolas básicos, el precio del café se encuentra sujeto a grandes fluctuaciones, y en la actualidad este mercado experimenta una combinación de “exceso de oferta y estancamiento del consumo”³³. La cooperación internacional entre los países exportadores y los países consumidores de café contribuía a mantener los precios del café estables, mediante un acuerdo internacional que fijaba cuotas de producción por país, pero esto terminó en 1989 cuando Estados Unidos se retiró de la Organización Internacional del Café (OIC). A partir de entonces, la producción se ha incrementado en todo el mundo, y esto ha ocasionado sobreabundancia de café y caída de los precios. Dos factores han influido en el incremento de la oferta de café: la entrada al mercado de productores relativamente grandes, como Vietnam, que antes no participaban, y la introducción de nuevas tecnologías, que han hecho que productores tradicionales, como Brasil, hayan mejorado sus rendimientos³⁴. En consecuencia, en tres años los precios internacionales del café se redujeron en más de un 50%, al punto de que en el 2001 se llegó a pagar menos de 0,50 dólar por libra, algo que no se había visto en los últimos 30 años³⁵. Es más, incluso con los ajustes por inflación, el precio “real” del café en grano es de apenas un 25% del que se obtenía en 1960.

[El] mercado mundial del café se halla en una situación paradójica [...] Agobiado por el lentísimo crecimiento del consumo, el comercio se encuentra inundado de cafés de mala calidad [...] Al mismo tiempo, la industria de cafés finos no encuentra café de calidad en ninguna parte. En otras palabras, los bajos precios internacionales han empujado a los países productores de café a una “crisis cafetalera” que, por un lado, ha puesto en peligro el sustento de millones de pequeños agricultores pero, por otro, tiene a los tosta-

33 ICO, *Coffee Market Report 5*, tabla 3, diciembre de 2002.

34 La capacidad y disposición de las empresas procesadoras de café para utilizar cantidades mayores de café robusta, de menor calidad, ha servido para bajar los precios de todas las variedades de café, incluso del arábica. Los **Cuatro grandes** (Big Four: Kraft, Nestlé, Proctor & Gamble y Sara Lee) han aumentado el porcentaje de café robusta en sus mezclas, al utilizar una tecnología de limpieza a vapor (*steam-cleaning*) y agregando otros sabores de modo que eliminan y disfrazan el fuerte sabor de esta variedad. Stein, Nicholas, “Crisis in a Coffee Cup”, en *Fortune*, 9 de diciembre de 2002, p. 204. Ver también McLaughlin, Katy, “Coffee that’s Good to the Last Twig”, en *Wall St. J.*, 19 de noviembre de 2002, en D1.

35 ICO, www.ico.org; Charveriat, Celine, *Bitter Coffee: How the Poor are Paying for the Slump in Coffee Prices*, Oxfam, mayo de 2001 (en adelante Oxfam-Bitter Coffee). Los precios son los determinados por el indicador de precios compuesto de ICO, para todas las variedades de café.

dores de cafés selectos buscando desesperadamente, y a cualquier precio, café de buena calidad³⁶.

En efecto, los bajos precios del café en el mercado mundial han desatado una crisis de consecuencias devastadoras para los pequeños productores de café, para sus empleados y las familias de estos y para las comunidades en general. De acuerdo con la OIC, “[el] descenso sin precedentes en el precio del café ha arruinado a muchos pequeños productores y ha disparado las dificultades económicas de muchos países que dependían de la exportación del café”³⁷. La mayoría de los países exportadores de café son pobres y se encuentran en proceso de desarrollo, y la exportación de este grano constituye, en muchas ocasiones, la principal fuente de ingresos nacionales³⁸. Las zonas rurales que se dedican a este cultivo generalmente son las más pobres de los países productores de café, y un número significativo de pequeños cafetaleros son agricultores de subsistencia que dependen del efectivo que ganan con su cosecha para comprar alimentos, medicinas y ropa, y para cubrir otras necesidades básicas.

Actualmente, numerosos caficultores venden las cosechas muy por debajo del costo de producción y, al mismo tiempo, el precio que los procesadores o los intermediarios les pagan a los finqueros pequeños, por libra, muchas veces corresponde a la mitad de lo que se paga en los mercados mundiales. No hay duda de que los productores de café robusta han sido los más perjudicados, pero los de café arábica no escapan a esta crisis y reciben precios inferiores a los costos. Muchos finqueros han optado por sembrar otros cultivos y prefieren dejar el cafetal abandonado y buscar otro trabajo antes que asumir el costo de una cosecha más. De acuerdo con Oxfam, una organización internacional para el desarrollo, “[...] las familias que dependen del café están sacando a sus hijos de la escuela, sobre todo a las niñas. Ya no pueden comprar las medicinas básicas y están recortando en alimentación”³⁹.

No hay duda de que las personas que trabajan directamente en los cafetales, sin importar si estos son grandes o pequeños, son las más pobres y vulnerables del sector cafetalero. En Centroamérica, cientos de miles de personas que tenían trabajo permanente en los cafetales

36 Ponte, “Specialty Coffee: the Challenge of Quality...”.

37 ICO, *Coffee Market Report 5*, tabla 3...

38 Ver en general Lewin, Giovannucci y Varangis, *Coffee Markets: New Paradigms...*

39 Oxfam, *Poverty in your Coffee...*, p. 6.

fueron despedidas a causa de los bajos precios del café⁴⁰. Sólo en Guatemala, entre el 2001 y el 2003, se eliminaron por lo menos 250 000 empleos⁴¹. Los caficultores grandes han optado por reducir la cantidad de empleados permanentes y contratar mano de obra temporal. En Brasil, muchos trabajadores despedidos y finqueros pequeños tuvieron que abandonar sus tierras y buscar empleos temporales y migratorios⁴². El descalabro social que se ha producido amenaza con condenar a millones de personas al hambre, el desarraigo, la enfermedad y la miseria.

Derechos humanos que se encuentran en juego

El deterioro en la calidad de vida de los pequeños caficultores y las condiciones de trabajo que se observan en la producción del café son temas que han despertado el interés de los consumidores y preocupan a los defensores de los derechos humanos y el desarrollo sostenible.

El aspecto de los derechos humanos más apremiante en el sector cafetalero es el impacto de la crisis cafetalera en las personas, las familias y las comunidades que dependen enteramente de este cultivo para sobrevivir. Al no tener una fuente alternativa de ingresos, su nivel de vida está bajando considerablemente, su salud, su bienestar, y las de sus familiares; un derecho humano codificado en los instrumentos internacionales, se encuentra en peligro⁴³. No está de más recordar que la pobreza extrema constituye una violación a todos los derechos humanos⁴⁴.

El sector privado, en su conjunto, desempeña un papel protagónico en el comercio del café y ciertamente ha contribuido a darle forma a este mercado y a las fuerzas políticas que crearon la crisis cafetalera. Sin embargo, ninguna empresa ni grupos de empresas, pueden, por sí solos, abordar esta crisis. Cualquier intento

40 Varangis, Panos y Bryan Lewin, *The Coffee Crisis in Perspective*, Banco Mundial, 9 de marzo de 2002.

41 Entrevista con Esther Eskenazy, Asociación Nacional del Café, Ciudad de Guatemala, Guatemala, 19 de mayo de 2003 (en adelante entrevista con Eskenazy).

42 "The Plight of Coffee's Children", en *Tea & Coffee Trade J.*, 20 de enero de 2002 (en adelante *Tea & Coffee*).

43 DUDH, artículo 25; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) (1966) artículo 11 (en adelante PIDESC).

44 Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Derechos humanos y pobreza extrema*, Doc. E/CN.4/2000/52, párrafo 12, 25 de febrero de 2000.

por solucionar las fallas de este mercado exige, necesariamente, la participación de los gobiernos de los países productores de café y de las naciones consumidoras, así como de organizaciones internacionales y de una amplia gama de agentes de la sociedad civil.

Es justamente en la cadena de suministro donde las marcas de café pueden contribuir, de manera más directa, a promover los derechos humanos, tanto en las actividades que lleva a cabo la empresa, como en las que realizan los proveedores y los socios comerciales. Algunos de los problemas que tocan directamente los derechos humanos en el sector cafetalero, y que pertenecen a la esfera de influencia de las empresas, son el trabajo infantil, los salarios inadecuados, las condiciones de trabajo inaceptables y la restricción a la libertad de asociación.

Trabajo infantil

El trabajo infantil es una práctica frecuente en el sector agrícola y se encuentra muy extendida en muchos países productores de café⁴⁵. De hecho, se estima que entre un 7% y un 12% de la fuerza laboral de las fincas comerciales de productos de exportación está compuesta por niños⁴⁶.

La principal razón por la que la mayoría de los niños trabaja es la de contribuir al ingreso familiar. Los bajos precios del café han obligado a los pequeños caficultores y a la mano de obra de los cafetales a sacar a sus hijos de la escuela, lo que ha incrementado el número de niños que se encuentran trabajando en estas plantaciones⁴⁷. El trabajo infantil generalizado en la producción de café es particularmente grave en los países menos desarrollados.

Las escenas de niños trabajando son comunes tanto en los cafetales grandes como en las fincas pequeñas. Si bien es cierto que la mayoría de los países productores de café han adoptado las normas

45 La OIT estima que el 70% del trabajo infantil se da en el sector agrícola. Organización Internacional del Trabajo, *A Future Without Child Labour*, en xi, mayo de 2002 (en adelante OIT 2002). Ver también U.S. Department of Labor, *By the Sweat and Toil of Children: The Use of Child Labor in U.S. Agricultural Imports and Forced and Bonded Labor 2*, pp. 62-66, 1995; Tea & Coffee, *supra* nota 42.

46 *Tea & Coffee* (ver nota 42). En el mundo, los niños ayudan a cosechar, entre otros cultivos, café, cocoa, coco, algodón, frutas y vegetales, jazmín, aceite de palma, caucho, sisal, caña de azúcar, té, tabaco y vainilla.

47 Ver, por ejemplo, *Tea & Coffee* (nota 42), donde se explica que el vínculo entre bajos precios, pobreza y trabajo infantil es inextricable); "Working to Help Coffee's Children", en *Tea & Coffee Trade J.*, 20 de febrero de 2002.

internacionales con respecto a la edad mínima para incorporarse al ámbito laboral, así como las leyes que prohíben el trabajo infantil, en muchos de ellos la aplicación de estas normativas es muy débil o incluso inexistente. En Kenia, por ejemplo, el 30% de los recolectores de café son jóvenes menores de quince años⁴⁸. En Guatemala, donde se estima que una tercera parte de los niños entre siete y catorce años trabaja, los menores de catorce (edad en que legalmente se puede trabajar) normalmente trabajan en labores agrícolas familiares y recogiendo café⁴⁹. En ese país, un porcentaje importante de la población migratoria indígena –familias enteras, muchas de ellas con niños– participa en la recolección del café⁵⁰. Un estudio realizado en Guatemala con 260 niños recolectores de café menores de dieciocho años reveló que 148 de ellos tenían catorce años, o menos, y que el 31% había comenzado a realizar esta actividad desde hacía unos tres o cinco⁵¹. De ellos, el 42% eran “trabajadores permanentes”.

Otra de las causas de la explotación de mano de obra infantil es la falta de opciones educativas. En muchas de las áreas productoras de café, las escuelas se encuentran en zonas remotas y son prácticamente inaccesibles. Otras veces las leyes nacionales no contemplan la educación primaria, gratis y obligatoria. En los cafetales grandes, los hijos de los trabajadores permanentes pueden tener acceso a algún tipo de escolaridad, pero por lo general las instalaciones no son adecuadas y es difícil que todos los niños asistan en forma regular y completen la enseñanza primaria⁵². En Guatemala, la Constitución estipula la educación obligatoria de todos los niños hasta el sexto grado, pero menos de la mitad de la población asiste a la escuela primaria y solo tres de diez estudiantes que comienzan logran terminar⁵³. El índice de educación es todavía menor entre los niños indígenas y los de las zonas rurales.

48 *Tea & Coffee* (ver nota 42).

49 Departamento de Estado de los Estados Unidos de América, *Country Reports on Human Rights Practices for 2002: Guatemala*, marzo de 2003 (en adelante DOS 2002).

50 Ver, por ejemplo, Alarcón Glasinovich, Walter, “Child Labor and Education in Latin America”, en Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Banco Mundial, *Promoción estatal de los derechos de la niñez*, 2001, págs. 9 y 14.

51 Comisión para la Verificación de Códigos de Conducta (COVERCO), *Mujeres y niñas: las vidas precarias detrás de los granos de café*, marzo de 2003 (en adelante COVERCO 2003).

52 *Tea & Coffee* (ver nota 42).

53 DOS 2002 (ver nota 49).

Los niños realizan una gran variedad de labores en la producción de café, desde sembrar, aplicar pesticidas y fertilizantes y darle mantenimiento al cafetal, hasta almacenar y procesar el café. No obstante, la mayoría de los que trabajan en la cadena de suministro del café participa en la recolección estacional del grano. A veces laboran en el cafetal de la familia; otras, van con sus familiares a “coger café” a alguna finca, grande o pequeña. Durante la cosecha muchos niños trabajan medio tiempo recogiendo café. En Centroamérica, por ejemplo, el año escolar de Costa Rica y Guatemala está organizado de tal manera que las vacaciones coinciden con la maduración del café. Muchos niños acompañan a sus padres a “las cogidas”, simplemente porque no tienen donde quedarse y, aunque pueden estar en el cafetal sin hacer nada, la mayoría participa, de alguna manera, en la cosecha: recolectando granos maduros, alcanzando las ramas más altas o transportando los canastos llenos de café. Estos niños normalmente ayudan a sus padres a completar la cuota del día, pero no reciben ningún pago directo por ello.

Importa señalar que los niños que cogen café ponen en peligro su salud y su seguridad:

La recolección del café es una labor agotadora y puede dañar seriamente la fisiología de un niño en desarrollo. Las largas horas de trabajo, el calor intenso, la exposición constante al sol y el peligro de ser mordidos por una serpiente constituyen una amenaza permanente para el bienestar de los “niños del café”. Muchos fertilizantes y pesticidas que han sido prohibidos en los Estados Unidos continúan utilizándose en el cultivo del café y son otro factor de riesgo para los niños, que generalmente no usan ningún equipo protector. Con frecuencia estos niños están desnutridos y son enfermizos, sobre todo los hijos de la fuerza laboral migratoria⁵⁴.

De acuerdo con un estudio realizado en Guatemala, el 72% de “los niños del café” trabajan más de doce horas al día en la época de cosecha⁵⁵.

El trabajo que realizan los niños en la cadena de suministro del café no siempre califica como explotación de mano de obra infantil. Las normas legales internacionales prohíben la contratación de menores de catorce años, o de edad menor a la establecida para completar la educación obligatoria, y también de jóvenes menores de

54 *Tea & Coffee* (ver nota 42).

55 COVERCO 2003 (ver nota 51).

dieciocho años, si el trabajo es, por naturaleza, peligroso para “la salud, la seguridad o la moralidad de los niños”⁵⁶. Pero el derecho internacional contempla excepciones relacionadas con el trabajo en empresas familiares o de pequeñas dimensiones que produzcan para el mercado local y que no empleen regularmente trabajadores asalariados, y, en el caso de niños de apenas doce años, para la realización de “trabajos ligeros”. En Guatemala, por ejemplo, los niños de doce a catorce años pueden trabajar con permiso escrito del Ministerio de Trabajo, y los jóvenes de dieciséis a dieciocho pueden trabajar tiempo completo si tienen permiso⁵⁷.

En términos generales, la participación de los niños en la producción de café viola las normas internacionales cuando: a) hay niños menores de catorce años trabajando tiempo completo, ya sea en cafetales grandes o en fincas familiares que producen café de exportación; b) el trabajo interfiere con la educación primaria; c) las condiciones de trabajo representan una amenaza para la seguridad y la salud de los niños, como en el caso de jornadas de trabajo muy largas, separación de los miembros de la familia, viajes a sitios alejados, labores peligrosas y exposición a sustancias tóxicas. Los hijos de los trabajadores migratorios son particularmente vulnerables porque muchas veces no tienen protección legal ni derecho a conservar su paga, como tampoco posibilidades de asistir a la escuela. No está de más recordar que en Brasil un porcentaje importante de los niños trabajadores son migratorios y temporales⁵⁸.

En la cadena de suministro del café también se observan las peores formas de trabajo infantil. Por ejemplo, en el 2001, la denuncia de esclavización de niños en plantaciones de cacao en Costa de Marfil condujo a acusaciones de mano de obra esclavizada en las fincas cafetaleras de ese mismo país⁵⁹. También hay informes de que la crisis

56 Convención de la OIT n. 138, sobre la edad mínima de admisión al empleo, 26 de junio de 1973, artículo 3; Convención de la OIT n. 182, sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, 17 de junio de 1999, artículo 3(d).

57 DOS 2002 (ver nota 49).

58 *Tea & Coffee* (ver nota 42).

59 “America’s Coffee Tainted by Slavery in Ivory Coast”, en *Knight Ridder*, 25 de junio de 2001. Puede encontrar un análisis de la respuesta de la industria de la cocoa a los alegatos sobre trabajo infantil forzoso y tráfico de niños y niñas, en África occidental, en: Schrage, Elliot y Anthony Ewing, “Business and Human Rights in Africa: the Cocoa Industry and Child Labor”, en 17 *The Journal of Corporate Citizenship*, Reino Unido, primavera de 2005.

del café ha empujado a los hijos de los trabajadores de los cafetales a otra forma de explotación infantil, la prostitución infantil⁶⁰.

Salarios por debajo del mínimo aceptable

Por lo general, la mano de obra que se emplea en los cafetales recibe salarios que están por debajo del mínimo y que no alcanzan para cubrir las necesidades básicas.

Puede ser que los salarios mínimos de los que tienen trabajo permanente estén regulados por ley, pero la Ley de Salarios Mínimos no siempre se aplica. Por ejemplo, de acuerdo con el Departamento de Estado de los Estados Unidos, la agudización de la crisis cafetalera ha incrementado la violación del ya de por sí debilitado cumplimiento de la Ley de Salarios Mínimos en Guatemala⁶¹. En un estudio realizado en ese país, más de la mitad de los trabajadores de los cafetales manifestó que no les pagaban “horas extra” ni recibían los beneficios laborales estipulados por ley, y casi la mitad aseguró que sólo cobraba menos de la mitad del salario mínimo, en flagrante violación de las leyes laborales guatemaltecas⁶². Es más, en Guatemala, luego del incremento salarial que tuvo lugar en el 2003, muchos caficultores aumentaron la cuota de trabajo necesaria para recibir el salario mínimo, con lo que en realidad redujeron el pago de los trabajadores⁶³.

Por otra parte, si bien muchos trabajadores permanentes están cubiertos por leyes que exigen el pago de salarios mínimos y la concesión de beneficios laborales, los trabajadores estacionales reciben normalmente su pago en efectivo y sin que medie un contrato o un registro de empleo. Sus ganancias dependen regularmente de la cantidad de café que logren recolectar. En Kenia, los recolectores estacionales reciben apenas una cuarta parte del salario mínimo legal⁶⁴. En Guatemala se les paga por unidad de obra. Según informes de varias organizaciones no gubernamentales, en Guatemala los “cogedores de café” tienen que completar una cuota de 100 libras para poder ganar el mínimo establecido por ley, que es de

60 *Tea & Coffee* (ver nota 42).

61 DOS 2002 (ver nota 49).

62 COVERCO, *Coffee Workers in Guatemala: a Survey of Working and Living Conditions on Coffee Farms*, febrero de 2000; también, COVERCO 2003 (ver nota 51).

63 Entrevistas a trabajadores, Colomba, Guatemala, mayo de 2003, en archivos de los autores; en adelante Entrevistas a trabajadores (Colomba).

64 *Tea & Coffee* (ver nota 42).

cuatro dólares por día, y muchas veces se les obliga a trabajar horas extras sin que medie compensación alguna⁶⁵.

Los defensores de los derechos laborales aducen que los salarios mínimos estipulados en muchos países no son realmente “salarios justos”, es decir, salarios que permitan cubrir las necesidades básicas de la familia de un trabajador promedio. Todavía no se ha llegado a un consenso sobre la definición de qué es un salario justo y tampoco hay normas internacionales que obliguen a los empleadores a pagar un salario con el que se pueda vivir; sin embargo, las normas legales internacionales sí respaldan el derecho de los trabajadores a tener un nivel de vida adecuado⁶⁶.

Condiciones de trabajo discriminatorias y poco adecuadas

La discriminación contra las mujeres se observa en la producción de café en todo el mundo. Muchas veces ellas reciben un pago menor por hacer el mismo trabajo que un hombre⁶⁷. En Honduras se estima que las mujeres que trabajan en la industria cafetalera reciben un 30% menos que los varones⁶⁸. En Guatemala, las que tienen empleo permanente en los cafetales, a menudo cobran la mitad de lo que se les paga a ellos y muchas tienen que realizar las labores más peligrosas, como aplicar los fertilizantes⁶⁹. En un estudio realizado con 544 mujeres que trabajaban en los cafetales de una región de Guatemala se encontró que un 61% trabajaba doce horas al día o más, con lo cual se violaba el código laboral guatemalteco, que establece ocho horas diarias de trabajo⁷⁰. Además, las mujeres que recogen café muchas veces no reciben su paga directamente, sino

65 Global Exchange, *Coffee in the Global Economy*, at <http://www.globalexchange.org/campaigns/fairtrade/coffee/coffeeFAQ.html>.

66 DUDH (ver nota 6), art. 23, 3: “Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”. Y art. 25: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar...”. El PIDESC hace un llamado a los Estados para que efectúen los pasos necesarios de modo que aseguren la realización de los derechos en condiciones justas y favorables de trabajo, y con un estándar de vida adecuado. PIDESC (ver nota 43), artículos 7 y 11.

67 Ver, por ejemplo, Entrevistas a trabajadores (Colomba) (nota 63). Ver también COVERCO 2000 (nota 62); COVERCO 2003 (nota 51), en 4.

68 *Tea & Coffee* (nota 42).

69 Entrevista con el Father Bernardo Castro, Colomba, Guatemala, 22 de mayo de 2003 (en archivos de los autores).

70 COVERCO 2003 (nota 51).

que su cuota de café sirve para completar la cuota de sus familiares masculinos y son ellos los que reciben el pago⁷¹.

También se ha informado de condiciones laborales poco seguras e insalubres y de alojamiento inadecuado para los trabajadores de los cafetales⁷².

Libertad de asociación

Al igual que ocurre con los trabajadores agrícolas de todo el mundo, es poco lo que los trabajadores de los cafetales –independientemente de que se trate de una plantación grande o una finca pequeña– pueden opinar sobre los términos de empleo o las condiciones de trabajo. En efecto, los trabajadores agrícolas no han podido ejercer con éxito el derecho a asociarse, organizarse y negociar en forma colectiva⁷³. Es más, quienes intentan organizarse corren el riesgo de ser despedidos, se les intimida o se convierten en blanco de amenazas o de ataques, sobre todo en países productores de café con un historial de violencia contra las uniones sindicales.

En Guatemala, por ejemplo, los derechos básicos de los trabajadores se violan con mucha frecuencia⁷⁴. En ese país, la Constitución y el Código Laboral contemplan la libertad de asociación y el derecho a formar sindicatos y a unirse a ellos, pero “en la práctica el gobierno no aplica, de manera efectiva, las leyes laborales para proteger a los trabajadores que hacen uso de sus derechos[...] Las represalias (despidos, hostigamiento y actos de violencia) por parte

71 Entrevistas a trabajadores (Colomba) (ver nota 63).

72 Ver, por ejemplo, COVERCO 2000 (nota 62), donde se cita evidencia anecdótica relativa a los problemas en los programas obligatorios de salud y seguridad, servicios educativos y condiciones higiénicas de vida en las haciendas cafetaleras de Guatemala.

73 La libertad de asociación es un derecho fundamental del derecho internacional. DUDH (ver nota 43), artículos 20, 23, párrafo. 4; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966, artículo 8 (en adelante PIDCP); Convenio de la OIT n. 87, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicalización, 7 de setiembre de 1948; Convenio de la OIT n. 98 relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicalización y de negociación colectiva, 7 de enero de 1949.

74 Guatemala tiene una larga historia de trabajo forzoso en las grandes plantaciones. En el pasado, el trabajo en las grandes plantaciones de café era realizado por campesinos desposeídos, principalmente guatemaltecos de origen indígena, que trabajaban en la modalidad de servidumbre por deudas; persisten alegatos sobre la existencia en la actualidad de este tipo de arreglo laboral. Ver, por ejemplo, COVERCO 2000 (nota 62); Paige, Jeffrey M., *Coffee and Power*, 1997, p. 69: “Since its origins in the late nineteenth century, the Guatemalan coffee production system has been dominated by various forms of forced labor” (Desde sus orígenes, en el siglo XIX, el sistema de producción cafetalera de Guatemala ha estado dominado por varias formas de trabajo forzoso). (Traducción de la editora).

de patronos y terceros contra los trabajadores que intentan ejercer derechos laborales reconocidos a nivel internacional, son muy comunes y generalmente quedan impunes⁷⁵. Es más, en Guatemala, quienes trabajan en los cafetales han manifestado que los dueños de las plantaciones tienen la costumbre de hacer “listas negras” para no contratar a aquellos trabajadores de los que se piensa que podrían motivar la formación de sindicatos⁷⁶.

La respuesta de la industria del café

Los medios más efectivos para eliminar el trabajo infantil, garantizar la libertad de asociación y exigir el cumplimiento de condiciones aceptables de trabajo en la producción de café son la regulación nacional y la aplicación de leyes locales congruentes con la normativa laboral internacional. No obstante, dada la ausencia de acciones gubernamentales para proteger y garantizar los derechos humanos en el sector cafetalero, los defensores de estos derechos han hecho un llamado a las empresas transnacionales para que hagan cumplir los estándares mínimos en sus actividades y en las de sus proveedores.

A continuación presentamos tres iniciativas que han abordado el problema de los derechos humanos en la producción del café: la Certificación de Comercio Justo, el programa Prácticas de Equidad con el Productor de Café (CAFE, por sus siglas en inglés) de la empresa Starbucks, y el Código Común para la Comunidad Cafetalera. Todas ellas son ejemplos del potencial de los esfuerzos privados en la promoción de los derechos humanos.

Certificación (Café) de Comercio Justo™

Uno de los objetivos principales del café respaldado por la Certificación de Comercio Justo™ es lograr el mejoramiento de las condiciones de vida de los pequeños caficultores mediante la creación de un mercado donde el café se compra a precios fijos y se negocia directamente con los finqueros.

Fair Trading Labelling Organizations International (FLO), un consorcio de iniciativas nacionales de comercio equitativo, con sede en Europa, Norteamérica y Japón, formuló una serie de estándares para la producción de café, cuyo fin es certificar que los agricultores están recibiendo un precio justo por sus productos, que los productos son cultivados por agricultores organizados en cooperativas demo-

75 DOS 2002 (ver nota 49).

76 Entrevistas a trabajadores (Colomba) (ver nota 67).

críticas y participativas, y que las técnicas de producción son respetuosas del ambiente. La FLO inspecciona, audita y certifica a las cooperativas de agricultores con una regularidad anual⁷⁷.

Los primeros en importar café de Comercio Justo™ fueron unos tostadores holandeses que en 1973 compraron este producto a varias cooperativas de Guatemala. Para poder participar en el Comercio Justo™ de café, los caficultores deben ser pequeños agricultores y pertenecer a una cooperativa, o asociación de agricultores, democrática y participativa, en la que ellos (los pequeños agricultores) sean la mayoría. En la actualidad, más de 200 cooperativas de café, que representan a unos 800 000 agricultores y a unas 400 empresas de café, venden café de Comercio Justo™ con el aval de la FLO.

El programa de Certificación de Comercio Justo™ aborda la normativa laboral, pero está dirigido a agricultores que emplean pocos trabajadores. Las organizaciones productoras de café que forman parte del programa deben apegarse a las leyes nacionales, impedir la discriminación y prohibir el trabajo forzado o infantil, de conformidad con los estándares de la OIT. Los estándares de la FLO piden que las organizaciones de productores cumplan “tanto como sea posible” con los requisitos establecidos en las convenciones de la OIT y “que adopten medidas para mejorar las condiciones de trabajo y para garantizar [...] que los trabajadores participen de los beneficios que se derivan del comercio equitativo”⁷⁸. Sin embargo, los estándares de la FLO que aluden a la libertad de asociación, a la negociación colectiva, así como a la salud y la seguridad ocupacionales, se aplican únicamente a organizaciones de pequeños agricultores que emplean un número significativo de productores. Por definición, las cooperativas que producen café de Comercio Justo™ emplean poca mano de obra y por ello los supervisores de la FLO no verifican las condiciones laborales en las fincas que participan en el programa⁷⁹. Las grandes plantaciones de café no pueden formar parte de la iniciativa de Comercio Justo™⁸⁰.

77 Ver en general FairTrade Labeling Organizations International (FLO), *FairTrade Standards for Coffee*, junio de 2004 (en adelante FairTrade Standards).

78 FairTrade Standards (ver nota 77), p. 2.

79 Algunas cooperativas certificadas por FairTrade hacen intentos reales por conocer si los productores integrantes de las mismas pagan a sus asalariados el sueldo mínimo. Entrevista con Jerónimo Bollen, Manos Campesinas, Quetzaltenango, Guatemala, 21 de mayo de 2003 (en el archivo de los autores).

80 En el caso de las plantaciones de té y banano, generalmente producidos por grandes plantaciones, el FLO ha desarrollado criterios para analizar temas tales como salarios, condiciones laborales y de vida, y el derecho de los trabajadores a organizarse.

Los costos de verificación y certificación del café de Comercio Justo™ lo asumen las marcas de café. Estas marcas pueden vender café de Comercio Justo™ si se lo compran directamente a los agricultores, al precio fijado por la FLO, mediante contratos anuales, y si les ofrecen facilidades de crédito a los pequeños agricultores. Actualmente el precio del café de Comercio Justo™ se halla fijado en un mínimo de 1,26 dólares por libra, con una prima de 0,05 dólar por libra sobre el precio vigente en el mercado mundial si el precio vigente en este mercado es superior a 1,26 dólares. Desde 1997, el precio mínimo del café de Comercio Justo™ ha estado por encima del precio vigente en el mercado mundial y en ocasiones ha subido a más de \$1,06 por libra.

El café de Comercio Justo™ beneficia a un número relativamente pequeño de caficultores, que representan un porcentaje ínfimo de la producción total de café. En todo caso, de acuerdo con TransFair USA, el miembro estadounidense de la FLO, el café con Certificación de Comercio Justo™ ha generado más de 18 millones de dólares en ingresos adicionales a las familias de los agricultores⁸¹. Aunque la demanda de café con Certificación de Comercio Justo™ está creciendo rápidamente, todavía no se halla en condiciones para sostener una ampliación de la certificación a las grandes plantaciones. En algunos países europeos, el café de Comercio Justo™ ha logrado capturar hasta un 5% de las ventas al por menor, pero en Estados Unidos apenas si ha capturado un 3% de las ventas de cafés finos⁸². En el 2000, las ventas de café de Comercio Justo™ ascendían a 300 millones de dólares al año en Europa. En el 2003, Estados Unidos importó 18,7 millones de libras de café de Comercio Justo™, lo que significó un total de 208 millones de dólares en ventas al por menor, es decir, un 2,3% del mercado de cafés “gourmet”⁸³. Cabe señalar que menos de la mitad del volumen del café que producen los caficultores actualmente certificados por la FLO se vende como café de Comercio Justo⁸⁴. Y si las grandes plantaciones de café adoptaran

81 Rice, Paul, “FairTrade: a More Accurate Assessment”, en *Chazen Web J. Int'l Bus.*, marzo de 2003, en <http://www.gsb.columbia.edu/chazenjournal>.

82 En 1999, TransFair USA dijo que esperaba ganar el 5% del mercado de café de los Estados Unidos, así como un porcentaje aún mayor del mercado del café especial. Carlton, Jim, “A Global Effort for Poor Coffee Farmers”, en *Wall Street Journal*, 23 de noviembre de 1999, en A2.

83 “FairTrade Coffee Grew 91 Percent in 2003”, en *The San Francisco Business Times*, 29 de marzo de 2004; SCAA, “Specialty Coffee Retail in the USA 2003-04”.

84 En 2000, se vendieron, a nivel mundial, 29.1 millones de libras de café certificado por el FLO, de un total estimado de 165 millones de libras de capacidad

los estándares que se necesitan para obtener la Certificación de Comercio Justo™, su producción inundaría el mercado actual de este Comercio.

Con respecto a las condiciones laborales asociadas a la producción de café, el impacto del programa de Certificación de Comercio Justo™ ha sido limitado. Una de las razones podría ser que la conexión entre el precio del café y los estándares laborales vigentes en las pequeñas fincas cafetaleras es indirecta. Al aumentar los ingresos de los productores, el café de Comercio Justo™ puede contribuir a reducir el trabajo infantil, porque los pequeños caficultores no se sentirán tan presionados para sacar a sus hijos de la escuela; sin embargo, la razón principal por la que muchos agricultores recurren al trabajo infantil es para no tener que pagar mano de obra del todo. Según un comentario “[...] la problemática del trabajo infantil en las labores agrícolas no parece tener una solución en el futuro cercano. Mientras haya pobreza en las comunidades, los niños van a seguir trabajando en los cafetales”⁸⁵.

Programa Prácticas de Equidad con el Productor de Café (CAFE) de la empresa Starbucks

Starbucks fue la primera empresa de café de renombre mundial que formuló estándares voluntarios de derechos humanos relacionados con la producción de café, y en el año 2000 se convirtió en una de las primeras empresas de cafés finos que ofertó café de Comercio Justo™. En el 2001, Starbucks lanzó un programa de “proveedores preferentes”, que otorga incentivos financieros a aquellos proveedores que cumplan con una serie de estándares mínimos relacionados con la transparencia económica, las condiciones sociales, incluidas las condiciones laborales, y las condiciones ambientales.

El aumento en las ventas de cafés finos es sinónimo del crecimiento que ha experimentado Starbucks, el distribuidor de café fino más grande del mundo y la décima empresa en ventas mundiales de café⁸⁶. En quince años, Starbucks pasó de ser una pequeña cadena de

productiva certificada por esa entidad. Ponte (ver nota 31). Algunas de las cooperativas participantes sostienen que la baja demanda por parte de los consumidores, así como el aumento de cooperativas certificadas por FLO, han limitado la cantidad de café vendible a los precios certificados por FLO. Entrevista con Carlos Jones, director ejecutivo, Consorcio de Cooperativas de Caficultores de Guanacaste y de Montes de Oro R.L. (COOCAFE), San José, Costa Rica, 23 de abril de 2003 (en el archivo de los autores).

85 *Tea & Coffee* (ver nota 42).

86 En 2004, las ventas brutas de Starbucks alcanzaron 5 300 millones de dólares.

cafeterías de Seattle a tener más 7 000 sucursales en más de 30 países. Starbucks compra y vende exclusivamente café arábica, sobre todo de productores latinoamericanos.

En 1994, una coalición de organizaciones activistas estadounidenses lanzó una campaña pública para que Starbucks tomara medidas a favor de las condiciones laborales de los trabajadores de los cafetales en Guatemala, uno de los principales productores para la empresa. Concretamente se le pedía que estableciera un código de conducta para sus proveedores, que pusiera en marcha un sistema de supervisión de las plantaciones de café y que no entablara relaciones comerciales con proveedores que no cumplieran con los estándares laborales mínimos⁸⁷.

En un principio Starbucks se resistió a establecer un código de conducta, aduciendo que exigir esto a los proveedores implicaría “meterse en los asuntos de otros países”, y que, además, era algo que resultaría difícil de aplicar⁸⁸. Sin embargo, al cabo de un año, Starbucks adoptó un Marco para un Código de Conducta que incluía no solo el respeto a los derechos humanos, sino los siguientes principios: a) que los salarios y beneficios debían “cubrir las necesidades básicas de los trabajadores y sus familias”; b) que el trabajo infantil no debía “interferir con la educación obligatoria”; c) que las personas tenían el derecho a asociarse y a “trabajar porque quieren o necesitan hacerlo, no porque se les obliga”⁸⁹. El Código de Starbucks fue el primer código propuesto por una empresa estadounidense de grandes dimensiones importadora de un producto agrícola básico. De acuerdo con el presidente de Business for Social Responsibility (Empresas a favor de la Responsabilidad Social), una asociación empresarial con sede en Estados Unidos, el Código de Starbucks constituiría “un punto de referencia para muchos importadores de productos agrícolas” y “ayudaría a otras empresas a evaluar si lo que están haciendo es suficiente o no”⁹⁰.

87 La coalición incluye el U.S./Guatemala Labor Education Project (proyecto conjunto de capacitación laboral, Estados Unidos de América/Guatemala), y la Coalición por Justicia para los Trabajadores del Café (Coalition for Justice for Coffee Workers), e incluye organizaciones religiosas, de derechos humanos y diversos grupos solidarios centroamericanos.

88 Ramsey, Bruce, “Starbucks Criticized on Coffee-Worker Promise”, en *Seattle Post-Intelligencer*, 6 de marzo de 1997, en B1.

89 Starbucks, Framework for a Code of Conduct (Marco para un Código de Conducta), 1995 (en archivo de los autores).

90 Zachary, G. Pascal, “Starbucks Asks Foreign Suppliers to Improve Working Conditions”, en *Wall St. J.*, 23 de octubre de 1995, en B4.

Por haber asumido una posición de liderazgo entre las marcas importadoras de productos agrícolas, Starbucks se convirtió en blanco de presión para los activistas, que pedían una ampliación del Código y el establecimiento de un régimen de supervisión que hiciera cumplir, de manera efectiva, los estándares laborales mínimos en la industria del café en Guatemala. Los activistas querían usar el prestigio de Starbucks como catalizador para lograr un cambio en la industria del café en todo el mundo.

Obviamente Starbucks no puede, por sí sola, acabar con la explotación laboral que tiene lugar en el sector cafetalero. Pero si Starbucks adopta las medidas que ha prometido, y si otras marcas estadounidenses importadoras de café siguen su iniciativa, entonces su código realmente va a marcar una diferencia en la vida de los trabajadores de los cafetales, no solo en Guatemala sino en el resto del mundo, y así se justificarían toda la cobertura periodística positiva y todos los premios que ha recibido Starbucks⁹¹.

Más adelante los activistas presionaron a Starbucks para que comprara café de Comercio Justo. En febrero del 2002, luego que las televisoras mostraron las condiciones de trabajo en las plantaciones de café en Guatemala y a los grupos de manifestantes que acudieron a la reunión anual de accionistas, Starbucks anunció la importación de un único embarque de 75 000 libras de café de Comercio JustoTM. En abril del 2000, tres días antes de las protestas que se planeaba realizar en todas las cafeterías de Starbucks en Estados Unidos, la compañía anunció que había llegado a un acuerdo para ofertar café con Certificación de Comercio JustoTM en todas sus tiendas⁹². Desde entonces, la cantidad de café de Comercio JustoTM que compra Starbucks ha crecido en forma sostenida⁹³.

En el 2001, Starbucks estableció un programa de proveedores preferentes que otorga incentivos financieros a aquellos productores de café que cumplan con los requisitos mínimos en materia de transparencia financiera y condiciones sociales y ambientales⁹⁴.

91 Coats, Stephen, director ejecutivo del U.S./Guatemala Labor Education Project, "Letter to the Editor: Corporate Codes of Conduct a Start", en *Chicago Tribune*, 3 de julio de 1996, p. 26.

92 Ver, por ejemplo, Hornblower, Margot, "The Politics of Coffee: Wake Up and Smell the Protest", en *Time*, 17 de abril de 2000.

93 Starbucks compró 4,8 millones de libras de café certificado por FairTrade en 2004. Starbucks, *Striking a Balance: Corporate Social Responsibility* (Informe anual fiscal de 2004).

94 Starbucks, *Green Coffee Purchasing Pilot Program for Preferred Suppliers*, 12 de noviembre de 2001 (en adelante Starbucks Guidelines). El programa de

El programa Coffee and Farmer Equity (CAFE), lanzado formalmente por Starbucks en el 2004 tras dos años de aplicación experimental y de obtener retroalimentación de parte de proveedores y organizaciones no gubernamentales es “un programa de incentivos orientado al desempeño, que le otorga preferencia de compra a los productores de café cuyo producto ha sido cultivado, procesado y comercializado guardando la debida responsabilidad ambiental, social y económica”⁹⁵.

El Programa se encuentra abierto a todos los proveedores que anteriormente le han vendido café a Starbucks. Para participar en el Programa, el proveedor debe, ante todo, cumplir con una serie de requisitos mínimos relacionados con la calidad del café y la fiabilidad económica, de manera que sea posible documentar que una parte equitativa de cualquier prima (sobre el precio fijado) que le pague Starbucks al proveedor va a llegar al procesador y en última instancia al agricultor que produjo el café.

De conformidad con el Programa, los proveedores y las redes de proveedores de café deben ser calificados por verificadores independientes en tres áreas: a) responsabilidad social; b) condiciones ambientales del cultivo del café; c) condiciones ambientales del procesamiento del café. Los proveedores pueden ganar hasta 40 puntos por cumplir con dos de las categorías contempladas en los criterios sociales que son: las prácticas de contratación y de políticas de empleo, y las condiciones de trabajo⁹⁶.

El Programa establece directrices que pueden ser adoptadas por los proveedores de manera voluntaria y señala los criterios específicos que los proveedores deben cumplir para ganar puntos. En la categoría de prácticas de contratación y empleo, por ejemplo, la compensación que reciben, tanto los empleados que trabajan tiempo

Starbucks fue desarrollado en sociedad con el Center for Environmental Leadership in Business (Centro para el Liderazgo Empresarial en Medio Ambiente) de Conservation International.

95 Scientific Certification Systems, *CAFE Practices Program Overview, Starbucks Coffee Company Preferred Supplier Program*, 29 de marzo de 2004.

96 Las categorías (cinco puntos cada una) que califican para las prácticas de contratación y las políticas de empleo son: Salario mínimo de subsistencia, Regulación de horas extras, Libertad de asociación, Negociación colectiva, Vacaciones, Regulación sobre salidas por enfermedad, Trabajo infantil, Discriminación y Trabajo forzoso. Las categorías (cinco puntos cada una) que califican respecto a las condiciones de trabajo son: Acceso a vivienda, agua y servicios sanitarios, Acceso a educación, Acceso a atención médica y Acceso a capacitación, salud y seguridad. *Scientific Certification Systems, CAFE Practices Generic Evaluation Guidelines*, 9 de noviembre de 2004.

completo como los que tienen trabajo temporal, debe ser igual o superior a lo que establecen las leyes nacionales. Debe, asimismo, garantizarse el derecho de los trabajadores a organizarse y a negociar libremente, conforme a lo establecido en las leyes nacionales y en las obligaciones internacionales, y, en este sentido, el Programa alude a las convenciones de la OIT en materia de libertad de asociación, de organización y de negociación colectiva⁹⁷. Todo empleado tiene derecho a por lo menos un día libre por cada siete trabajados y los que trabajan tiempo completo deben recibir pago por incapacidad, en caso de enfermedad. Con respecto al trabajo infantil, las directrices establecen que Starbucks no aceptará la “contratación directa” de ninguna persona menor de catorce años y manifiestan su preferencia porque ningún proveedor contrate jóvenes menores de quince años, o en edad de asistir a la educación obligatoria, durante el horario escolar. Las directrices también remiten a las convenciones de la OIT en lo que respecta a igualdad de remuneración por igualdad de trabajo y a la aplicación de prácticas no discriminatorias en la contratación de personal, así como en el resto de las actividades laborales⁹⁸, y prohíben el trabajo forzado o involuntario, el castigo corporal o cualquier tipo de coerción física o psicológica.

En la categoría de condiciones laborales, el proveedor gana puntos si brinda a los trabajadores que lo necesiten un alojamiento cómodo y seguro, y a todos los trabajadores, en general, y a sus familias, la posibilidad de recibir enseñanza y cuidados médicos regulados, como también al adoptar las medidas necesarias para garantizar la salud y la seguridad de aquellos jornaleros que tengan que manipular agroquímicos o que se hallen expuestos a ellos.

De acuerdo con el Programa, dos grupos de criterios –los que se relacionan con el salario mínimo, la igualdad de remuneración por igualdad de trabajo, las horas de trabajo y las horas extra, y los que se relacionan con el trabajo infantil, la contratación no discriminatoria y la prohibición del trabajo forzado– son requisitos obligatorios para todo proveedor que aspire a ser designado “proveedor estratégico o proveedor preferente”. Otros criterios sociales contemplados en el Programa, como la libertad de asociación y las condiciones laborales adecuadas, otorgan puntos pero no son obligatorios.

97 Convenciones de la OIT n. 87 y n. 98. (Ver nota 73).

98 Convención de la OIT n. 100, relativa a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, 29 de junio de 1951; Convención de la OIT n. 111, Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, 25 de junio de 1958.

Los participantes son calificados por verificadores independientes sobre la base de la solicitud del proveedor, la documentación aportada y las visitas de campo. Los verificadores, entre los que figuran organizaciones privadas, organizaciones sin fines de lucro y organizaciones gubernamentales, deben visitar todas las plantaciones grandes y una muestra de las fincas pequeñas que formen parte de la red del proveedor⁹⁹.

Los proveedores reciben el rango de “proveedor preferente” o de “proveedor estratégico” según los puntos acumulados. Se necesita un mínimo del 80% del total posible en cada una de las categorías para ser designado como “proveedor estratégico”, y del 60% para ser escogido como “proveedor preferente”. En las decisiones de compra de Starbucks, los “proveedores preferentes” tienen prioridad y son elegibles para suscribir “contratos preferentes”. Los “proveedores estratégicos” les llevan ventaja a los “proveedores preferentes” y reciben una prima adicional de 0,05 dólar por libra de café vendida a Starbucks durante su primer año como “proveedores estratégicos”.

El puntaje del programa y los incentivos financieros que otorga el programa CAFE fueron revisados por la empresa a la luz de los resultados del “programa piloto de proveedores preferentes”. Durante los dos años que duró esta etapa experimental, por cada diez puntos que ganaba un proveedor, Starbucks le pagaba cinco centavos de dólar extra por cada libra de café comprada y un máximo de hasta diez centavos extra por libra. Durante la etapa experimental Starbucks recibió solicitudes de casi 250 proveedores de veinte países diferentes, aunque en un principio la mayoría eran de Centroamérica¹⁰⁰. En el 2004, Starbucks compró 43,5 millones de libras de café de “proveedores preferentes”. Ahora, más que crear un incentivo financiero para acumular puntos según los criterios establecidos, el Programa pone énfasis en el establecimiento de relaciones comerciales de largo plazo y busca establecer estándares mínimos *de facto* para todos los proveedores que deseen venderle café a la empresa. El Programa CAFE ha recibido solicitudes que suponen la participación de unas 900 fincas y de unos 190 beneficios. Starbucks espera que en cinco años plazo, el 70% de su café venga de “proveedores preferentes” adscritos al Programa¹⁰¹.

99 *Scientific Certification Systems, CAFE Practices Verifier's Manual*, 29 de marzo de 2004.

100 Starbucks, “Starbucks CAFE Practices Program Update: January 25, 2005”.

101 Schrage, Elliot, “Supply and the Brand”, en *Harvard Business Review*, junio de 2004.

La pregunta que surge es si la bonificación que otorga Starbucks es suficiente para atraer nuevos proveedores y para cubrir los costos de darle cumplimiento a todos los requisitos del Programa, costos que deben ser asumidos por los mismos proveedores. Los personeros de Starbucks son enfáticos al señalar que su Programa no es una nueva certificación o un nuevo programa de etiquetado, sino una forma de promover relaciones de largo plazo con sus proveedores en aras de un mejor desempeño ambiental y social.

Todavía no está claro si el Programa podrá captar la participación de los pequeños agricultores. Un primer obstáculo para los pequeños caficultores es poder cumplir, de manera regular, con las normas de calidad de Starbucks, lo que es un prerrequisito para poder participar en el Programa. Por esta razón muchas cooperativas que han obtenido la Certificación de Comercio Justo™ no cumplen con las normas de calidad de los cafés finos. Esta es una limitación inherente a cualquier programa cuya finalidad última es satisfacer las demandas de calidad de los mercados de consumo.

Un segundo obstáculo es el cumplimiento del Programa. Por lo general, es mucho más fácil para los productores grandes –que controlan la producción y el procesamiento– cumplir con todas las directrices del Programa y demostrar este cumplimiento. Cuando los productores pequeños le venden su café a un beneficiador o a un exportador más grande, se torna sustancialmente más difícil seguir el recorrido de esos granos a lo largo de la cadena de suministro que llega a Starbucks. Surge entonces la pregunta, ¿le llegará realmente la bonificación de Starbucks al “proveedor preferente” que cosechó el café? Aunque Starbucks ha incrementado la cantidad de café que adquiere directamente de los finqueros, para la compañía es poco práctico desde el punto de vista comercial adquirirlo de esta manera y proveniente de miles de productores. La empresa enfrenta ese mismo reto, pero en reversa, en el momento de verificar si los exportadores y los beneficiadores están cumpliendo con los criterios del programa, en aquellos casos en que exportadores y beneficiadores les compran café a cientos de caficultores diferentes. Los caficultores más pequeños también podrían carecer de documentos básicos, como títulos de propiedad y registros de producción, ambos necesarios para demostrar el cumplimiento del programa.

Por lo general, las plantaciones grandes y los productores integrados verticalmente tienen más posibilidades de cumplir con los requi-

sitos técnicos relacionados con las iniciativas que promueven el cumplimiento de normas laborales y de calidad. Un análisis preliminar del programa experimental de Starbucks señaló que el desempeño general de una finca se encuentra positivamente vinculado con su tamaño, en particular cuando se trata de criterios ambientales intensivos capitales, como la conservación del agua¹⁰². El tamaño de la finca también afecta el grado de cumplimiento del proveedor en materia de salarios y beneficios.

El reto de atraer pequeños proveedores queda claramente ilustrado con los resultados que se obtuvieron durante la fase experimental del programa en Guatemala. Todos los proveedores guatemaltecos que recibieron el rango condicionado de “proveedor preferente” correspondían a plantaciones grandes (de nueve hectáreas al menos) que ya le vendían café a Starbucks. Antes de ser escogidas para participar, ya estas fincas cumplían con los requisitos de calidad de Starbucks, recibían un mayor precio por un café de mejor calidad y cumplían de manera significativa con los requisitos del programa. Entre los proveedores preferentes había fincas cafetaleras que contaban con lo último en tecnología y con programas ejemplares para sus empleados. Un proveedor preferente, por ejemplo, contaba con servicio de guardería y una enfermera de tiempo completo, y desde la década de 1930 facilitaba el acceso de sus trabajadores a la educación primaria. Otro proveedor preferente había construido una clínica de salud donde un médico laboraba medio tiempo atendiendo a los empleados de esa y de otras fincas a las que el proveedor les compraba café de exportación. Los cambios que tenían que hacer los proveedores preferentes del plan experimental para cumplir con los requisitos del Programa, incluían básicamente cuestiones ambientales, como la mejora en el manejo del agua.

El programa de Starbucks no es una solución para el deterioro causado en el nivel de vida de los trabajadores por los bajos precios del café. Los productores de cafés finos son los menos afectados por la crisis cafetalera. En Guatemala, por ejemplo, donde Starbucks adquiere aproximadamente un 10% de la producción de café, los productores que le venden el café arábica de mayor calidad a Starbucks ya obtenían precios relativamente altos, incluso antes de conseguir una bonificación del Programa, y, por lo tanto, han estado

102Hughes, Peter, Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia, monografía presentada en Seminario, sin publicar (en archivos de los autores).

protegidos de la crisis económica que ha golpeado de manera más aguda a los proveedores guatemaltecos de cafés de menor calidad. Starbucks sólo adquiere un poco más del 2% de la oferta mundial de café y compra exclusivamente café arábica de buena calidad. En el 2003 Starbucks pagó un precio promedio de 1,20 dólar por libra.

Los esfuerzos realizados por Starbucks para mejorar las condiciones de producción y para garantizar una oferta sostenible de café arábica constituyen un intento por vincular los estándares laborales con el mejoramiento de la calidad, lo que refleja la preocupación de la empresa por la disponibilidad de café en el futuro. Como señala el Informe de Responsabilidad Social Empresarial de Starbucks para el año 2001 “[como] los estándares de calidad de Starbucks son tan altos, una de nuestras necesidades más apremiantes es la de asegurar la disponibilidad a largo plazo de café verde y sin tostar, cultivado por finqueros que conozcamos y en los que podamos confiar. La sostenibilidad de estos cafetales se encuentra intrínsecamente ligada a nuestro éxito”¹⁰³. Las gestiones efectuadas de manera voluntaria para mejorar la calidad del café y que incorporan criterios laborales, como el programa, CAFE, de Starbucks, son una oportunidad para crear una “carrera hacia la cima”, por lo menos entre los caficultores que se especializan en cafés finos (arábica) en el mundo entero. Starbucks incentiva a los proveedores participantes a mejorar paulatinamente sus estándares sociales. Los proveedores, por su parte, consideran que los principales beneficios que les depara su participación en el programa son los económicos y la posibilidad de tener una relación directa con Starbucks¹⁰⁴. Está por verse si el Programa logrará alcanzar el objetivo de la empresa de asegurar el suministro futuro de café arábica de alta calidad y de incentivar a los proveedores a mejorar significativamente las condiciones sociales en las que se produce el café.

Código Común para la Comunidad Cafetalera

Hasta hace poco, las principales empresas compradoras de café verde de todo el mundo no habían admitido públicamente ninguna responsabilidad por las condiciones de producción del café. En 1997, cuando comenzó la presente crisis cafetalera, ninguna marca de café de renombre había adoptado o endosado un código de conducta

103 Starbucks, *Starbucks Corporate Social Responsibility Report*, año fiscal de 2002, 2003, p. 4.

104 Entrevistas con productores de café guatemaltecos, Ciudad de Guatemala, Guatemala, 20 de mayo de 2003 (en archivos de los autores).

voluntario para el cultivo del café. Pero desde finales de la década de 1990, las empresas Kraft, Nestlé, Procter & Gamble y Sara Lee han ido adoptando códigos de conducta que abordan el tema de los derechos humanos en sus actividades y, en algunos casos, en las actividades de sus socios y proveedores.

Todas las transnacionales de café han tenido que asumir una postura pública en relación con la “crisis del café”. Como era de esperar, todas se oponen a la intervención de los precios y la califican como indeseable para el mercado. En el 2003, Sara Lee y Procter & Gamble (P&G) se convirtieron en las primeras transnacionales en adquirir café de Comercio Justo™, en respuesta, respectivamente, a las peticiones de los clientes más grandes de Sara Lee en Estados Unidos (instituciones como universidades) y a una campaña proselitista de parte de consumidores, activistas de derechos humanos y otras organizaciones de la sociedad civil dirigida a P&G¹⁰⁵.

En el 2004, ante un panorama poco sostenible de producción de café y en vista del empeoramiento de las condiciones sociales y ambientales que rodeaban esta actividad, la Nestlé, las subsidiarias europeas de la Kraft y la Sara Lee, así como la empresa alemana Tchibo, formaron una alianza público-privada integrada por asociaciones de productores de café de Latinoamérica, África y Asia, procesadores, comerciantes y organizaciones de la sociedad civil, en respuesta a una iniciativa del Ministerio Alemán para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (GTZ) y la Asociación Alemana del Café. Esta alianza tuvo el objetivo de formular un Código Común para la Comunidad Cafetalera.

El Código Común tiene como finalidad promover la sostenibilidad en la cadena de suministro del café, y haciendo referencia a los Objetivos de Desarrollo de la ONU para el Milenio, aborda los aspectos sociales, ambientales y económicos que rodean la producción sostenible de este cultivo. En ese sentido, el Código Común afirma que:

La producción de café solo podrá ser sostenible en la medida en que permita que quienes trabajan en los cafetales y sus familias, así

105 Procter & Gamble ofrece café certificado por FLO mediante Millstone, su división de cafés especiales. Esta corporación ha estimado sus compras en 2 a 3 millones de libras anuales, lo que representaría un aumento importante de las ventas de café certificado por la FLO en los Estados Unidos. Horovitz, Bruce, “P&G to Give Boost to Small Coffee Growers”, en *USA Today*, 15 de septiembre de 2003.

como el resto de los empleados, tengan condiciones de vida y de trabajo decentes. [Tal aspiración] supone el respeto a los derechos humanos y a la normativa laboral, así como la obtención de un nivel de vida decente¹⁰⁶.

Este Código es una iniciativa voluntaria, y contiene normas para la producción del café que se ofrece “para el consumo masivo por parte de las marcas transnacionales más importantes”. Se beneficia con la participación de organizaciones laborales y de desarrollo, y de organizaciones internacionales como la OIT, la OIC, el BID y el Banco Mundial, entre otros.

Para participar, los productores de café, los industriales o los comerciantes, deben ser lo suficientemente grandes como para vender un contenedor de café (250 sacos). Los participantes deben realizar una autoevaluación, someterla a la verificación de un tercero y formular un plan de manejo para eliminar aquellas áreas que no cumplen con las normativas del Código. Si la verificación independiente encuentra un mínimo de acatamiento y ninguna “práctica inaceptable”, entonces el participante recibirá permiso para vender café del “Código Común”. La lista de prácticas inaceptables incluye las peores formas de trabajo infantil, el trabajo forzado y la servidumbre, el tráfico de personas, la restricción a la libertad de asociación y al derecho a organizarse, el desalojo forzado sin una compensación adecuada, la falta de provisión de alojamiento adecuado siempre que sea requerido por los trabajadores, y la falta de provisión de agua potable para todos los empleados. Debe hacerse notar que el Código Común remite específicamente a las normativas internacionales que rigen estos temas, incluidas la Declaración de los Derechos Humanos y las Convenciones de la OIT y de las Naciones Unidas¹⁰⁷. Las categorías de evaluación del Código Común contienen indicadores de desempeño para la libertad de asocia-

106Código Común para la Comunidad Cafetalera (Common Code for the Coffee Community), septiembre de 2004, Preámbulo.

107Los instrumentos específicos a los que se hace referencia en el Código Común son: Convención de la OIT n. 182 (sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación); Convención de la OIT n. 29 (relativa al trabajo forzoso u obligatorio); Convención de la OIT n. 85 (relativa a la inspección del trabajo en los territorios no metropolitanos); Convención de la OIT n. 87 (relativa a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicalización); Convención de la OIT n. 98 (relativa a la aplicación de los principios del derecho de sindicalización y de negociación colectiva); Convención de la OIT n. 110 (relativa a las condiciones de empleo de los trabajadores de las plantaciones); Protocolo de las Naciones Unidas sobre tráfico y contrabando, 2000; PIDESC, artículo 11; Comentario general n. 7 (derecho a una vivienda adecuada); Informe de Naciones Unidas sobre la Cumbre Mundial de Desarrollo Sostenible, 2002.

ción, la libertad de negociación, la discriminación, el derecho de la niñez a recibir una educación, y las condiciones laborales. La categoría de criterios denominada “amarilla” se refiere a las normas que deben cumplir los participantes para ser reconocidos como proveedores del Código Común, e incluye indicadores como los siguientes:

- “Los sindicatos y/o las organizaciones de trabajadores están negociando colectivamente”.
- “Son evidentes los esfuerzos deliberados para sacar a los niños del trabajo y enviarlos a la escuela”.
- “Los salarios cumplen con los mínimos salariales existentes a nivel nacional”.

Los participantes se comprometen a “implementar el Código donde se aplique” y a informar regularmente sobre su desempeño. Las marcas que participan son exhortadas a “proporcionar incentivos a los abastecedores preferidos”, a “intensificar los negocios con los abastecedores del Código Común”, así como a ajustar el precio del café de mayor calidad “en armonía con el concepto de calidad defendido por el Código Común”. Estas recomendaciones, sin embargo, no son de obligatorio cumplimiento.

El Código Común estaría a cargo de un organismo internacional administrativo que acreditaría a terceras partes como auditores, junto con un organismo nacional integrado por representantes de la industria, los gremios y el gobierno. La instauración de un mecanismo de quejas, un procedimiento de arbitraje y reglas específicas de participación se encontraban todavía en discusión en el momento de escribir este artículo. Una versión experimental del Código se pondrá a prueba a nivel mundial en países productores de café como Vietnam y El Salvador. Si bien el Código Común contempla la comunicación con el público, todavía no se ha tipificado la forma y el contenido de dicha función.

El Código Común ha atraído una amplia participación y su aplicación generalizada podría mejorar el nivel de vida y las condiciones laborales de los caficultores y sus empleados. Este Código incorpora explícitamente criterios internacionales sobre derechos humanos, como la Convención de la OIT sobre las Formas más Intolerantes de Trabajo Infantil, los cuales no aparecen especificados en el Programa de Starbucks. Sin embargo, a diferencia del Código Común, el Programa de Starbucks ofrece un incentivo

financiero demostrable para el mejoramiento de estándares entre los proveedores que califican como tales. La disposición y la capacidad de Starbucks de pagar por los estándares mínimos de derechos humanos es el resultado de factores como el valor de su marca, su posición en el mercado de cafés finos, su margen de ganancias, su modelo empresarial, el perfil de sus consumidores y la experiencia que ha tenido como blanco de los campañas pro derechos humanos. El Código Común, en cambio, refleja la perspectiva de las marcas de consumo masivo, que adquieren grandes cantidades de café –incluida la variedad robusta, menos apetecida– y obtienen un menor margen de ganancia por su venta a los consumidores. Resta preguntar si el Código Común, que está dirigido a los grandes productores, atraerá la participación de los pequeños agricultores, que representan nada menos que el 70% de la producción mundial de café.

Enseñanzas

Tanto la defensa de los derechos humanos como la formación de alianzas con el sector privado son estrategias eficaces para impulsar el cumplimiento de los derechos humanos en la cadena de suministro del café.

Las empresas transnacionales de café tienen una razón de peso para evitar cualquier acusación por violación de derechos humanos en su cadena de suministro. Si bien el número de intermediarios entre las marcas de café y los abusos en los cafetales han protegido a las empresas de tener que asumir algún tipo de responsabilidad legal, el hecho de que alguno de sus proveedores emplee mano de obra infantil, trabajo forzado o castigos corporales puede dañar, para siempre, la reputación de la empresa y restarle valor a la marca. Al mismo tiempo, los consumidores que favorecen la responsabilidad social empresarial, cada vez prestan mayor atención a cuestiones como salarios por debajo del mínimo aceptable o que no alcanzan para cubrir las necesidades básicas de los trabajadores. Las marcas que se especializan en cafés finos, como Starbucks, han sido las más presionadas por las partes interesadas para que adopten estándares de derechos humanos; pero las marcas transnacionales también están empezando a sentir esa presión para encarar el tema de los derechos humanos en la producción de café. Por ejemplo, una mezcla de activismo, diálogo y presión por parte de los accionistas contribuyó a que la empresa Procter & Gamble tomara la decisión de ofertar

café de Comercio Justo™. El Código Común, por su parte, es el resultado de una preocupación compartida entre el gobierno y las empresas con respecto al suministro futuro de café y al descalabro social que ha causado la crisis cafetalera.

Los derechos humanos que se encuentran sobre el tapete son los que mejor pueden dictar la pauta para elaborar una estrategia eficaz de defensa y promoción. La presión que se ejerce sobre las marcas mundiales más reconocidas busca, sobre todo, que las empresas velen, de manera voluntaria, por el cumplimiento de las normas laborales más reconocidas: las que establecen una prohibición sobre el trabajo forzado, las peores formas de trabajo infantil, el empleo de prácticas discriminatorias y la restricción a la libertad de asociación. Global Exchange, una organización de derechos laborales, calificó la campaña en la que se instó a la empresa Starbucks a ofertar café de Comercio Justo™ como una rotunda victoria para la responsabilidad empresarial: “La pronta capitulación de Starbucks ante una posible avalancha de protestas nacionales es una muestra clara de que la educación y la movilización de las bases pueden, en efecto, lograr objetivos importantes”¹⁰⁸. No obstante, la campaña “vergonzante” que, efectivamente, puede sacar a relucir los abusos que se cometen en la industria del café contra los derechos laborales más reconocidos a nivel internacional, podría no ser la mejor forma de conducir el mercado hacia los productos de comercio justo que alteran los precios del mercado para mejorar el nivel de vida de los pequeños agricultores. De acuerdo con TransFair USA:

[L]a sensibilización del público y la demanda de café de Comercio Justo por parte de los consumidores resultan esenciales para el crecimiento del mercado. En cambio, las campañas de los activistas no constituyen una estrategia eficaz ni para crear una mayor demanda entre los consumidores ni para apoyar la industria del Comercio Justo. TransFair USA se opone, de manera contundente, a las campañas de presión ejercidas por grupos activistas que intentan desacreditar a las mismas empresas que deberían estar recibiendo todo el apoyo de los consumidores por su esfuerzo en favor de una ganancia justa para los caficultores. La formación de alianzas es un modelo mucho más poderoso y sostenible que la sola presión para involucrar a la industria y para ayudar a los agricultores. Consideramos que la campaña activista que se desarrolla actualmente contra

108Pacto Global, “FAQ about Fair Trade Coffee”, en <http://www.globalexchange.org/campaigns/fairtrade/coffee/faq.html>.

Starbucks es injusta y desinformada, porque desconoce los muchos aportes que la empresa ha hecho a los caficultores por medio del Comercio Justo y de otros programas”¹⁰⁹.

Sea que se favorezca el activismo o la formación de alianzas, la presión que se está ejerciendo sobre las empresas transnacionales para que aborden el tema de los derechos humanos es una oportunidad para que los defensores de estos derechos y las autoridades encargadas de formular políticas visualicen al sector privado como una fuerza capaz de proteger los derechos humanos.

La fijación de estándares por parte del sector privado puede contribuir al establecimiento de estándares de derechos humanos en la producción de café.

Al incorporar estándares legales de amplia aceptación internacional, el Café de Comercio Justo™, el Programa CAFE de la empresa Starbucks y la iniciativa del Código Común contribuyen a que, a lo largo de la cadena de suministro del café, se establezcan, de manera regular, principios laborales mínimos. La referencia a instrumentos internacionales específicos ayuda a superar el obstáculo que muchas veces presentan los estándares locales que no cumplen con la normativa internacional, en el papel o en la práctica. La definición de estándares laborales que siguen los principios del derecho internacional también ayuda a evitar la crítica de que se está promoviendo una “carrera al fondo”, crítica muchas veces enfilada a aquellas iniciativas pro derechos humanos empresariales que de manera automática adoptan la legislación local como el estándar mínimo a seguir.

Un reto para las empresas que están intentando abordar el tema de los derechos humanos en la cadena de suministro es identificar los derechos que están en juego y que caen en su “esfera de influencia”¹¹⁰. En la producción de café, el trabajo infantil, las restricciones a la libertad de asociación, los salarios inadecuados y las condiciones de trabajo inaceptables son algunas de las prácticas que van en contra de la normativa internacional. Los esfuerzos privados que más eficazmente promueven los derechos humanos en el sector del café

109TransFair USA, *Position Statement on Anti-Starbucks Activism*, 24 de marzo de 2003, en <http://www.transfairusa.org>.

110Para un análisis sobre el concepto de **esfera de influencia** (*sphere of influence*) ver en general, Ewing (nota 10).

son aquellos que se rigen por las normas internacionales en cada una de estas áreas. El programa de la empresa Starbucks, por ejemplo, se podría fortalecer si se remitiera a las normas internacionales sobre el trabajo infantil, como las Convenciones de la OIT sobre la edad mínima para incorporarse al ámbito laboral y sobre las peores formas de explotación infantil. Si bien las directrices del programa en cuanto al trabajo infantil son coherentes con el derecho internacional, el Programa no incluye criterios en cuanto al tipo de trabajo que realizan los niños y respecto a las condiciones de trabajo que prevalecen en la cadena de suministro del café. La certificación de café de Comercio Justo™ podría promover aun mejor los derechos laborales si aplicara, en las fincas pequeñas que participan en esta iniciativa, los estándares de la FLO en materia de libertad de asociación y negociación colectiva, condiciones de trabajo, y salud y seguridad ocupacional.

De manera acertada, cada una de las iniciativas privadas contempla un mínimo absoluto de principios para los participantes, que aunque son de adopción voluntaria no admiten ninguna concesión (“cero tolerancia”); estos principios son normalmente los que conciernen a la no violación de derechos humanos fundamentales. Tanto el programa de la empresa Starbucks, como el Código Común establecen como principios mínimos de cumplimiento obligatorio la no utilización de mano de obra infantil, la no utilización del trabajo forzado y la no discriminación. La iniciativa de café de Comercio Justo™ aborda el trabajo infantil en su normativa. El Código Común añade a la lista de prohibiciones que no admiten discusión: el tráfico de personas, la restricción a la libertad de asociación y organización, el desalojo forzado sin compensación adecuada y la no provisión de alojamiento adecuado y agua potable.

Starbucks y los participantes en el Código Común representan un contrapeso significativo dentro de la industria mundial del café, contrapeso que podría utilizarse para promover políticas gubernamentales que adopten las normas internacionales en materia de derechos laborales y que velen por su cumplimiento. En efecto, el sector privado puede promover políticas gubernamentales que aseguren el cumplimiento de las normas laborales internacionales y puede liderar esfuerzos industriales que, de manera voluntaria, buscan establecer criterios sociales entre los proveedores de café: la formación de alianzas entre las grandes corporaciones, los compra-

dores más importantes y/o las asociaciones industriales, puede servir como señal de alerta para que los gobiernos y las industrias de los países productores, así como los organismos internacionales, se decidan a abordar algunos temas críticos¹¹¹.

Las marcas de café de mayor cobertura mundial están en una posición que les permite ejercer una gran influencia sobre las plantaciones grandes de café y pedirles a los procesadores/exportadores y comerciantes con los que negocian directamente que garanticen el cumplimiento de un mínimo de estándares en la producción de este cultivo. El Código Común constituye un avance positivo en esta dirección y los defensores de los derechos humanos deberían apoyar no sólo su aplicación generalizada, sino elaborar mecanismos apropiados de monitoreo y de información de resultados al público.

El precio del café repercute con mayor fuerza en el nivel de vida de los productores, que en las condiciones de trabajo en los cafetales.

El precio del café se hace sentir, sobre todo, en los ingresos devengados en el sector cafetalero, puesto que el efectivo que los agricultores reciben por su cosecha es el dinero que les va a permitir cubrir sus necesidades básicas. Las ganancias que la mayoría de los agricultores y sus familias devengan del cultivo del café son las que determinan su nivel de vida. Los ingresos familiares también determinan si una familia puede “darse el lujo” de mandar un niño a la escuela, o si lo mejor es que este trabaje y contribuya al sustento familiar. Pareciera que la manera más eficaz en que el sector privado podría contribuir a mejorar el nivel de vida de los pequeños caficultores y de los trabajadores de los cafetales sería o reduciendo la oferta de café, o pagando precios más altos.

Obviamente, las marcas de café tienen un mayor margen de ganancia cuando el precio del producto está bajo. En este sentido, la industria y los gobiernos no han logrado ponerse de acuerdo sobre una política que apoye, de manera decidida, un incremento en el precio del café. De hecho, los esfuerzos internacionales que se han realizado por aumentar el cultivo del café, como en el caso de Vietnam, han contribuido a incrementar la oferta. Y los esfuerzos por reducir dicha

111 *Tea & Coffee*, (ver nota 42, donde se cita el boicot de Folgers, de 1991, que llevó a Folgers, Maxwell House y Nestlé a hacer declaraciones públicas fuertes, en El Salvador, a favor de las negociaciones de paz).

oferta son vistos, por la mayoría de las empresas y por algunos gobiernos, como trabas indeseadas al libre comercio. Las marcas más grandes, aparte de la presión del público, tienen pocas razones para apoyar una posible intervención del mercado que eleve el costo del café verde, especialmente el del café robusta, que es más barato.

Las iniciativas orientadas al mercado, como la del café con Certificación de Comercio Justo™ han contribuido a mejorar el nivel de vida de un pequeño número de caficultores, pero el impacto de este esfuerzo se encuentra limitado por la demanda de los consumidores. Las prohibiciones a la contratación de mano de obra infantil o al trabajo forzado son excepciones donde el posible daño a la reputación de una empresa actúa como un incentivo para estimular el establecimiento y el cumplimiento de estándares a lo largo de la cadena de suministro. Sin embargo, incluso en lo que respecta al trabajo infantil, la visión cultural que se tiene sobre la naturaleza del trabajo de los niños en la época de cosecha del café ha impedido que se pueda ejercer una presión uniforme en los países productores –o en las familias que se dedican al cultivo del café– para que los niños sean excluidos, por completo, de la cadena de suministro. A diferencia de lo que ocurre con las peores formas de trabajo infantil que se observan en algunas industrias, en los países productores de café no siempre se hace una conexión directa entre la pobreza y el trabajo de los niños en los cafetales.

Las iniciativas de Comercio Justo™ que buscan mejorar el precio que reciben los caficultores, han tenido poca repercusión directa en los estándares laborales en general. En las grandes plantaciones de café de todo el mundo siempre ha habido salarios bajos, trabajo infantil, restricciones a la libertad de asociación y condiciones de trabajo abusivas, sin importar si el precio del café está alto o bajo. La crisis cafetalera actual simplemente ha exacerbado la ausencia de estándares para aplicar.

Las iniciativas privadas con mayores posibilidades de éxito son las que compensan a los proveedores por cumplir con la normativa internacional en materia de derechos humanos y que vinculan el mejoramiento de los estándares de derechos humanos con el fortalecimiento de las relaciones comerciales en la cadena de suministro.

Las empresas que se especializan en cafés finos y que, por tanto, compiten por calidad, tienen un mayor incentivo para adoptar

medidas voluntarias, como las que vinculan el precio a los estándares laborales, tendientes a garantizar la disponibilidad de café arábica. Cuando el precio no es la cuestión primordial, las empresas cafetaleras se encuentran en mejores condiciones de incentivar a los proveedores a que eleven sus estándares.

Porque hemos logrado convencer a nuestros clientes de que es necesario pagar más por un café de mayor calidad, es que podemos pagarles a los caficultores un precio mucho más alto, por el grano verde, que cualquier otra empresa tostadora de café en el mundo. Los beneficios económicos que reciben los agricultores, de esta propuesta, que se centra en lo que es importante para el consumidor, supera en mucho lo que podríamos obtener si lleváramos a cabo actividades filantrópicas¹¹².

Los beneficios del café de Comercio Justo™ se encuentran limitados por el crecimiento de los mercados detallistas de productos de este comercio. Por su parte, el éxito que el Código Común pueda tener en el mejoramiento de los estándares de derechos humanos en la producción de café dependerá de la voluntad y de la capacidad de los participantes para convencer a los productores de café a unirse a esta iniciativa.

Las iniciativas voluntarias constituyen una segunda opción: los gobiernos tienen que desempeñar el papel principal en la salvaguarda de los derechos humanos en el sector privado.

Los intentos que se han realizado para aplicar estándares laborales mínimos en la producción de café son la muestra más clara de la necesidad de que el gobierno tome cartas en el asunto para que se cumplan los derechos laborales. La legislación nacional y la aplicación de leyes locales congruentes con la normativa laboral internacional son las herramientas más eficaces para eliminar el trabajo infantil, brindar salarios adecuados, garantizar la libertad de asociación y asegurar la aceptabilidad de las condiciones de trabajo en la cadena de suministro del café.

Conclusiones

Las cuatro empresas de café más grandes del mundo –Nestlé, Sara Lee, Procter & Gamble y Kraft– son compañías multinacionales orientadas al consumo masivo que venden cientos de productos de

¹¹²“Comments from CEO Orin Smith”, en *Starbucks Stakeholder Engagement Meeting*, febrero de 2004.

marcas diferentes a millones de clientes y que compran materias primas y productos manufacturados a miles de proveedores en todo el mundo. Influidos por el movimiento de responsabilidad social empresarial surgido en la década de 1990 y por su propia experiencia en otros sectores industriales, estas empresas han establecido códigos de conducta para sus propias actividades y, en algunos casos, para regular la conducta de sus socios y proveedores comerciales. Los códigos de estas corporaciones contienen criterios muy claros con respecto a los estándares laborales de mayor aceptación internacional –esto es, el trabajo infantil y el trabajo forzado–, pero varían en cuanto a la profundidad con que encaran temas como la libertad de asociación y la dotación de condiciones de trabajo aceptables. Ninguno de los códigos adoptados por estas empresas contempla una norma salarial que exija algo más que cumplir con el mínimo estipulado en las leyes locales; y ninguna de estas empresas ha establecido un régimen de monitoreo independiente que garantice la aplicación de los derechos laborales por parte de los proveedores.

Nestlé

La Nestlé fue una de las primeras corporaciones en recibir críticas por sus prácticas comerciales en los países en desarrollo. En 1981, la campaña de mercadeo llevada a cabo por esta empresa en los países en desarrollo para sugerir el empleo de fórmula infantil como alternativa de la leche materna, condujo a la formulación, por parte de la Organización Mundial de la Salud, del código internacional de comercialización de sucedáneos de la leche materna¹¹³. Quizás por su experiencia como blanco de un debate público sobre la responsabilidad del comercio y la industria en los mercados mundiales, el código empresarial de conducta de la Nestlé pone más énfasis en los estándares legales internacionales que los códigos de cualquiera de las principales marcas que compiten con esta empresa en la industria del café.

Los principios corporativos empresariales de la Nestlé se publicaron por primera vez en 1998. Desde entonces, esta entidad se comprometió a apoyar el Pacto Mundial de la Organización de Naciones Unidas e incorporó los diez principios de dicho pacto en su

113 Organización Mundial de la Salud (OPS), *Infant Formula and Related Trade Issues in the Context of the International Code of Marketing of Breast Milk Substitutes*.

código corporativo¹¹⁴. El código de la Nestlé invoca el cumplimiento, por parte de la empresa, de las Convenciones de la Organización Internacional del Trabajo en cuanto a la edad mínima de incorporación al ámbito laboral y respecto a las peores formas de trabajo infantil, e insta a los “socios comerciales y a los proveedores industriales a aplicar los mismos criterios”. La Nestlé señala que los proveedores claves con los que mantiene una relación contractual son auditados y que, de encontrarse algún incumplimiento, se les exigirá la puesta en marcha de medidas correctivas; también se compromete en su código a dialogar con organizaciones no gubernamentales “que tienen una trayectoria de compromiso constructivo y una conducta de principios”.

En relación con los proveedores de materias primas agrícolas, el código de la Nestlé expresa su apoyo a las prácticas sostenibles y a los “mecanismos que contribuyen a la obtención de ingresos más regulares para los agricultores”.

La Nestlé es uno de los participantes en el Código Común para la Comunidad Cafetera.

Sara Lee

En septiembre de 1997, la empresa Sara Lee introdujo sus Normas Comerciales para las Operaciones Globales y Directrices para la Selección de Proveedores¹¹⁵. Las Normas Comerciales para las Operaciones Globales expresan el apoyo de Sara Lee a los “derechos humanos fundamentales de todo los pueblos”. En ellas la entidad pone de manifiesto su compromiso con el “derecho de los empleados a ejercer, tal y como lo establece la ley, el derecho a la libre organización, a recibir un trato y una compensación justos, y a disfrutar de un ambiente de trabajo seguro y saludable”. También estipula que la empresa no empleará niños ni permitirá el trabajo forzado o los castigos y abusos físicos. Las normas de Sara Lee señalan que esta empresa tiene la obligación de monitorear la calidad en su cadena de suministro para garantizar que los productos que vende cumplen no solo con todos los estándares de calidad y seguridad estipulados por el gobierno sino con los propios estándares de la entidad.

114 *Nestlé Corporate Business Principles*, Principio 9, segunda edición, marzo de 2002, disponible en http://www.nestle.com/NR/rdonlyres/8E1A804C-C292-4075-BFA2-2908C094D739/0/Corporate_Busines_GB.pdf.

115 Sara Lee Corp., *Global Business Standards*, en <http://www.saralee.com>.

Las Directrices sobre Selección de Proveedores, por su parte, buscan utilizar el poder adquisitivo de la compañía para influir sobre proveedores, contratistas y socios comerciales, con el fin de que “adopten estándares elevados de comportamiento ético, se apeguen a todas las normas y regulaciones aplicables, traten a sus empleados de manera justa, y con dignidad y respeto, de manera que su calidad de vida mejore, y que actúen como ciudadanos concientes de su responsabilidad social en los países y comunidades en las que tienen actividades comerciales”¹¹⁶. Según estas directrices, la empresa Sara Lee toma en consideración estándares éticos, apego a los requisitos legales y ambientales y prácticas de empleo, en el momento de elegir a sus proveedores, incluidos los que aportan materia prima. La compañía “no acudirá a sabiendas” a proveedores que incumplen la ley, emplean menores de quince años que no son de su familia, obligan al trabajo forzado o recurren al castigo corporal o a otras formas de coerción. Se “favorecen” los proveedores que reconocen y respetan el derecho a la libre asociación y que contribuyen a la educación de los empleados. Finalmente, la empresa “cree en hacer negocios con” proveedores que no discriminan, siguen prácticas acordes con todos los estándares ambientales aplicables, y demuestran un interés y un compromiso por las condiciones de salud y seguridad. La empresa Sara Lee declara que actuará con la debida diligencia para determinar si los proveedores actuales y futuros cumplen con estos estándares, y para garantizar que la empresa verificará dicho apego a lo interno.

Los estándares de la Sara Lee no abordan el tema de los salarios adecuados para los pequeños agricultores. Además, esta empresa ha manifestado que no promoverá el café con Certificación de Comercio Justo™, porque la orientación que tiene ese programa crea incentivos basados en precios artificiales.

La filial holandesa de la Sara Lee, la Sara Lee/Douwe Egberts, es uno de los participantes en el Código Común para la Comunidad Cafetalera.

Procter & Gamble

De acuerdo con el código de conducta de la Procter & Gamble (P&G)¹¹⁷, la intención de la empresa es la de mostrar “un buen

¹¹⁶Sara Lee Corp., *Supplier Selection Guidelines*, en http://www.saralee.com/corporate_overview/supplier_selection.html.

¹¹⁷Procter & Gamble, *Values and Code of Conduct*, diciembre de 2000.

comportamiento empresarial” y la de lograr que sus empleados cumplan o superen todas las leyes y regulaciones. La empresa también se compromete a suspender relaciones comerciales con proveedores o contratistas que muestren o toleren un “patrón de incumplimiento” con respecto al trabajo infantil¹¹⁸ o forzado, o que “traten de manera inaceptable a los trabajadores”. La P&G declara su compromiso con los derechos humanos universales y “busca trabajar con socios comerciales que promuevan” la igualdad de oportunidades, un ambiente de trabajo seguro y saludable, y que actúen en favor del bienestar educativo, cultural, económico y social de las comunidades.

P&G espera que los vendedores se apeguen a todas las leyes aplicables y asegura que, en el momento de tomar decisiones sobre reconocimientos comerciales, “valorará de manera especial a los proveedores titulares y posibles que respeten de manera regular los derechos humanos básicos”¹¹⁹. P&G también espera que los vendedores se apeguen a las leyes que rigen los salarios mínimos, las horas extras y el máximo de horas trabajadas; proporcionen un ambiente de trabajo seguro; velen por que no ocurran accidentes ni daños; y reduzcan al mínimo las situaciones riesgosas para la salud.

Kraft

La empresa Kraft Foods Inc. se convirtió en una sociedad pública en el 2001 cuando el grupo industrial tabacalero, Philip Morris, vendió parte de sus acciones en dicha compañía¹²⁰.

En el 2002, la compañía matriz de la Kraft, el Grupo Altria (anteriormente Philip Morris), adoptó una política respecto al trabajo infantil y forzado que fija la edad mínima para incorporarse al ámbito laboral de la Kraft Food en quince años y prohíbe el uso del trabajo forzado en todas sus actividades. Esta política señala que la empresa no “acoge ni condona el empleo o la explotación ilegal de niños en el lugar de trabajo”, como tampoco “la utilización del trabajo forzado”. La normativa compromete a todas las empresas de Altria a trabajar con sus proveedores directos para lograr que se apeguen a los estándares laborales internacionales sobre trabajo infantil y forzado y a “trabajar con terceros para que aborden el

118 Menores de 15 años o de acuerdo a los estándares de la OIT.

119 Procter & Gamble, *Sustainability Guidelines for Vendor Relations*, diciembre de 2000.

120 Philip Morris cambió su nombre a Altria Group Inc. en 2003.

complejo tema de la utilización inapropiada o ilegal del trabajo infantil o forzado en los sectores agrícolas en donde son los principales compradores”¹²¹.

Para implementar estos compromisos, las empresas del grupo Altria “dedicarán recursos, pondrán en funcionamiento sistemas administrativos adecuados, mecanismos de rendición de cuentas, procesos de monitoreo y revisiones periódicas con el fin de garantizar que se avanza en dirección a sus objetivos y para establecer mecanismos que permitan identificar problemas y remediarlos cuando sea del caso”.

Con respecto al debate sobre el café de Comercio Justo, la Kraft “fundamentalmente rechaza cualquier modelo que influya sobre el precio” y considera que su papel se orienta más hacia el incremento del consumo que hacia el manejo de la oferta.

La filial alemana de esta entidad, Kraft Foods Deutschland, es uno de los participantes en el Código Común para la Comunidad Cafetera.

Bibliografía

Alarcón Glasinovich, Walter: “Trabajo infantil y educación en América Latina”, en *Protección estatal de los derechos de la niñez*, Inter-American Institute of Human Rights and World Bank, mayo del 2001, pág. 9.

Amnesty International: *The UN Human Rights Norms for Business: Towards Legal Accountability*, 2004.

Charveriat, Celine: *Bitter Coffee: How the Poor are Paying for the Slump in Coffee Prices*, Oxfam, mayo de 2001.

Comisión para la Verificación de Códigos de Conducta (COVERCO): *Mujeres y niñas: las vidas precarias detrás de los granos de café*, marzo de 2003.

Common Code for the Coffee Community, 9 de septiembre de 2004.

COVERCO: *Coffee Workers in Guatemala: A Survey of Working and Living Conditions on Coffee Farms*, febrero de 2000.

¹²¹Altria Group, Inc., *Employment Policies and Practices*, en http://www.altria.com/responsibility/4_0_responsibilityover.asp.

- Dicum, Gregory y Luttinger, Lina: *Coffee Book: Anatomy of an Industry*, 2000.
- Ewing, Anthony P.: “Implementing the Global Compact Human Rights Principles”, en *Embedding Human Rights into Business Practice* 62, United Nations Global Compact and the Office of the High Commissioner for Human Rights, 2004.
- Ewing, Anthony P.: “Understanding the Global Compact Human Rights Principles”, en *Embedding Human Rights into Business Practice* 28, United Nations Global Compact and the Office of the High Commissioner for Human Rights, 2004.
- Frey, Barbara A.: “The Legal and Ethical Responsibilities of Transnational Corporations in the Protection of International Human Rights”, 6 en *Minn. J. Global Trade* 153 (1997).
- Human Rights Watch: *Turning a Blind Eye: Hazardous Child Labor in El Salvador’s Sugarcane Cultivation*, 2004.
- International Coffee Organization (ICO): “Coffee Market Report”, en www.ico.org, noviembre de 2004.
- ILO: *A Future without Child Labour*, 2002.
- International Council on Human Rights Policy: *Beyond Voluntarism: Human Rights and the Developing International Legal Obligations of Companies*, 2002.
- International Organization of Employers: *Employers Handbook on Child Labour*, 2001.
- Lewin, Bryan; Daniele Giovannucci y Panos Varangis: *Coffee Markets: New Paradigms in Global Supply and Demand*, The World Bank, marzo de 2004.
- Oxfam, *Mugged: Poverty in Your Coffee Cup*, 2002.
- Paige, Jeffrey M.: *Coffee and Power* 69, 1997.
- Paust, Jordan J.: “Human Rights Responsibilities of Private Corporations”, 35 en *J. Transnat’l L.* 801 (2002).
- Ratner, Steven R.: “Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility”, 11 en *Yale L. J.* 443 (2001).
- Rice, Paul: “Fair Trade: A More Accurate Assessment”, en *Chazen Web J. Int’l Bus.*, marzo de 2003.

- Schrage, Elliot J.: "Emerging Threat: Human Rights Claims", 8, en *Harv. Bus. Rev.*, n. 8, 2003.
- Schrage, Elliot J.: "Judging Corporate Accountability in the Global Economy", 42 en *Columbia J. Transnational L.* 153, 154, 2003.
- Schrage, Elliot J.: *Promoting International Worker Rights through Private Voluntary Initiatives: Public Relations or Public Policy?*, University of Iowa Center for Human Rights, enero de 2004.
- Schrage, Elliot J.: "Supply and the Brand", en *Harvard Business Review*, junio de 2004.
- Schrage, Elliot y Anthony Ewing: "Engaging the Private Sector", 14, en *Forum for Applied Res. & Pub. Pol'y*, 44, 1999.
- Schrage, Elliot y Anthony Ewing: "Business and Human Rights in Africa: The Cocoa Industry and Child Labor", 17, en *The Journal of Corporate Citizenship*, Reino Unido, primavera, 2005.
- Scientific Certification Systems: *CAFE Practices Generic Evaluation Guidelines*, noviembre 9, 2004.
- Scientific Certification Systems: *CAFE Practices Program Overview, Starbucks Coffee Company Preferred Supplier Program*, marzo 29, 2004.
- Scientific Certification Systems: *CAFE Practices Verifier's Manual*, marzo 29, 2004.
- Spar, Debora L.: "The Spotlight and the Bottom Line: How Multinationals Export Human Rights", en *Foreign Aff.*, marzo-abril, 1998.
- Specialty Coffee Association of America: www.scaa.org.
- Starbucks: *Corporate Social Responsibility Report, Fiscal Year 2002*, 2003.
- Starbucks: *Framework for a Code of Conduct*, 1995.
- Starbucks: *Green Coffee Purchasing Pilot Program for Preferred Suppliers*, noviembre 12, 2001.
- Starbucks: *Striking a Balance: Corporate Social Responsibility, Fiscal 2004 Annual Report*.
- "The Plight of Coffee's Children", en *Tea & Coffee Trade Journal*, enero 20, 2002.

UNCTAD: *World Investment Report 2002: Transnational Corporations and Export Competitiveness*, 2001.

US Department of Labor: *By the Sweat and Toil of Children: The Use of Child Labor in US Agricultural Imports and Forced and Bonded Labor*, 1995.

US Department of State: *Country Reports on Human Rights Practices for 2002: Guatemala*, marzo de 2003.

Varangis, Panos y Bryan Lewin: *The Coffee Crisis in Perspective*, en The World Bank, marzo 9, 2002.

“Working to Help Coffee’s Children”, en *Tea & Coffee Trade J.*, febrero 20, 2002.

World Economic Forum, en *Values and Value*, 2004.

Zehner, David C.: “An Economic Assessment of ‘Fair Trade’ in Coffee”, en *Chazen Web J. Int’l Bus.* 12, primavera de 2002).

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Asamblea General

(2004-2006)

Thomas Buergenthal
Presidente Honorario

Sonia Picado
Presidenta

Rodolfo Stavenhagen
Vicepresidente

María Elena Martínez
Vicepresidenta

Mayra Alarcón Alba
Line Bareiro
Lloyd G. Barnett
César Barros Leal
Allan Brewer-Carías
Marco Tulio Bruni-Celli
Gisèle Côté-Harper
Margaret E. Crahan
Mariano Fiallos Oyanguren
Héctor Fix-Zamudio
Robert K. Goldman
Claudio Grossman
Juan E. Méndez
Sandra Morelli Rico
Pedro Nikken
Elizabeth Odio Benito
Nina Pacari
Máximo Pacheco Gómez
Mónica Pinto
Hernán Salgado Pesantes
Wendy Singh
Cristian Tattenbach

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Clare Kamau Roberts
Susana Villarán
Paulo Sérgio Pinheiro
José Zalaquett
Evelio Fernández Arévalos
Freddy Gutiérrez Trejo
Florentín Meléndez

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Sergio García Ramírez
Alirio Abreu Burelli
Oliver Jackman
Antônio A. Cançado Trindade
Cecilia Medina Quiroga
Manuel E. Ventura Robles
Diego García Sayán

Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo

Los programas y actividades del Instituto Interamericano de Derechos Humanos son posibles por el aporte de agencias internacionales de cooperación, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de Estados Americanos, universidades y centros académicos. Las diferentes contribuciones fortalecen la misión del IIDH, reforzando el pluralismo de su acción educativa en valores democráticos y el respeto de los derechos humanos en las Américas.