

# SUR

revista internacional  
de derechos humanos

1

2004  
Año I • Número 1 • 1<sup>er</sup> semestre  
Edición en Español

● **Emilio García Méndez**

Origen, sentido y futuro de los derechos humanos:  
Reflexiones para una nueva agenda

● **Flavia Piovesan**

Derechos sociales, económicos y culturales y derechos civiles y políticos

● **Oscar Vilhena Vieira y A. Scott DuPree**

Reflexión sobre la sociedad civil y los derechos humanos

● **Jeremy Sarkin**

La consolidación de los reclamos de reparaciones por violaciones  
de los derechos humanos cometidas en el Sur

● **Vinodh Jaichand**

Estrategias de litigio de interés público para el avance de los derechos  
humanos en los sistemas domésticos de derecho

● **Paul Chevigny**

La represión en los Estados Unidos  
después del atentado del 11 de septiembre

● **Sergio Vieira de Mello**

Redefinir la seguridad  
Cinco cuestiones sobre derechos humanos



RED UNIVERSITARIA DE  
DERECHOS HUMANOS

SUR

ISSN 1806-6445

**SUR – REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS**

Es una revista semestral publicada en inglés, portugués y español por Sur – Red Universitaria de Derechos Humanos. Está disponible en internet en <<http://www.surjournal.org>>

---

CONSEJO EDITORIAL

**Christof Heysn**

Universidad de Pretoria, Sudáfrica

**Emilio García Méndez**

Universidad de Buenos Aires, Argentina

**Fifi Benaboud**

Centro Norte-Sur del Consejo de la Unión Europea, Portugal

**Fiona Macaulay**

Universidad de Oxford, Reino Unido

**Flavia Piovesan**

Pontificia Universidad Católica de São Paulo, Brasil

**J. Paul Martin**

Universidad de Columbia, Estados Unidos

**Kwame Karikari**

Universidad de Ghana, Ghana

**Mustapha Kamel Al-Sayyed**

Universidad de El Cairo, Egipto

**Richard Pierre Claude**

Universidad de Maryland, Estados Unidos

**Roberto Garretón**

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Chile

---

EDITOR

Pedro Paulo Poppovic

---

COORDINADOR EDITORIAL

Andre Degenszajn

---

DISEÑO GRÁFICO

Oz Design

---

EDICIÓN

Elzira Arantes

---

CORRECCIÓN

Ada Solari, Noêmia de A. Ramos

---

EDICIÓN DE ARTE

Alex Furini

---

DISTRIBUCIÓN

Andrea de Lima

Camila Lissa Asano

---

IMPRESIÓN

Prol Editora Gráfica Ltda.

---

COLABORACIONES

Esta revista recibe contribuciones de autores interesados en publicar sus trabajos. Los artículos deben ajustarse a los criterios editoriales de la publicación, que pueden consultarse en el sitio de la revista en la internet. Los artículos no solicitados se encaminarán al Consejo Editorial, al cual cabe la decisión final sobre su publicación. Las afirmaciones contenidas en los artículos son de responsabilidad de los autores y no reflejan, necesariamente, la opinión de *Sur* o del Consejo Editorial de la revista.

SUSCRIPCIÓN Y CONTACTO

**Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos**

Rua Pamplona, 1197 – Casa 4

São Paulo/SP – Brasil – CEP 01405-030

Tel. (5511) 3884-7440 – Fax (5511) 3884-1122

E-mail: [surjournal@surjournal.org](mailto:surjournal@surjournal.org)

Internet: <<http://www.surjournal.org>>

**SUR – RED UNIVERSITARIA DE DERECHOS HUMANOS**

Es una red de académicos cuya misión es fortalecer la voz de las universidades del hemisferio sur en el debate sobre derechos humanos y justicia social, así como promover una mayor cooperación entre estas y las Naciones Unidas.

Internet: <<http://www.surnet.org>>

## PRESENTACIÓN



Sur – Red Universitaria de Derechos Humanos fue creada en 2002 con el objetivo de nuclear académicos que actúan en el campo de los derechos humanos y de promover la cooperación de estos con agencias de las Naciones Unidas. La red cuenta hoy con más de 130 asociados de 36 países, entre los que se incluyen profesores e integrantes de organismos internacionales y de agencias de las Naciones Unidas.

La iniciativa surgió de una serie de encuentros entre profesores y funcionarios de las Naciones Unidas interesados en el tema. La motivación principal fue la constatación de que, principalmente en el hemisferio sur, los académicos desarrollan un trabajo solitario y por tanto es reducido el intercambio entre los investigadores de los diversos países.

Sur busca profundizar y fortalecer los vínculos entre académicos que se ocupan de la temática de los derechos humanos, así como ampliar su voz y su participación en los órganos de las Naciones Unidas, organizaciones internacionales y universidades. En este contexto, lanza *Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos*, con el objetivo de consolidar un canal de comunicación y de promoción de investigaciones innovadoras.

La revista recibe contribuciones de académicos e investigadores interesados en participar de este diálogo. Los artículos recibidos serán encaminados al Consejo Editorial.

La revista *Sur*, que pretende aportar otro punto de vista sobre los temas involucrados en el debate, usó como referencia publicaciones ya existentes en el área, con las cuales busca

establecer un diálogo constante. Su peculiaridad, sin embargo, proviene de su alcance, de su pluralidad y de la perspectiva adoptada.

**Alcance.** El idioma representa a menudo una gran barrera para entablar lazos de cooperación más duraderos entre los investigadores de los distintos países. El inglés, a pesar de su creciente universalización, no responde a la necesidad efectiva que tienen organizaciones y académicos de realizar discusiones y reflexiones en su lengua de origen. Por eso, *Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos* se publica en tres idiomas (inglés, portugués y español) y está disponible integralmente en la internet: <<http://www.surjournal.org>>. Se busca de este modo facilitar el acceso al mayor número posible de personas.

**Pluralidad.** Otro rasgo diferencial de la revista está relacionado con la institución que promueve su publicación. Por ser una red, Sur cuenta con la colaboración de investigadores de distintos países, y procura identificar temas pertinentes a realidades diversas, con la preocupación constante de explorar nuevas fronteras del debate sobre derechos humanos. En vez de reflexionar sobre las preocupaciones y perspectivas desde una institución cerrada, la revista se abre a una pluralidad de contextos y visiones, que estarán presentes en cada una de las futuras ediciones.

**Perspectiva.** Para asegurar la coherencia interna y asumiendo su debida dimensión política, no solo la académica, la publicación pretende abrir un espacio privilegiado a discusiones que se centren en los países del sur. No se trata de hacer una oposición ideológica a la producción científica de los países del norte, sino de insertar en los principales foros mundiales una agenda regida por las demandas y prioridades identificadas por los países del sur sobre la discusión de los derechos humanos.

Esta edición se propone presentar la revista a los lectores e introducir algunos debates suscitados en el III Coloquio Internacional de Derechos Humanos, realizado en São Paulo, Brasil, en mayo de 2003. Su publicación fue posible gracias a la confianza y a la contribución de la Fundación de las Naciones Unidas y de la Fundación Ford. Agradecemos también el trabajo *pro bono* de nuestro editor, Pedro Paulo Poppovic.

## CONTENIDOS

EMILIO GARCÍA MÉNDEZ	<b>7</b>	Origen, sentido y futuro de los derechos humanos: Reflexiones para una nueva agenda
FLAVIA PIOVESAN	<b>21</b>	Derechos sociales, económicos y culturales y derechos civiles y políticos
OSCAR VILHENA VIEIRA y A. SCOTT DUPREE	<b>49</b>	Reflexión sobre la sociedad civil y los derechos humanos
JEREMY SARKIN	<b>71</b>	La consolidación de los reclamos de reparaciones por violaciones de los derechos humanos cometidas en el Sur
VINODH JAICHAND	<b>137</b>	Estrategias de litigio de interés público para el avance de los derechos humanos en los sistemas domésticos de derecho
PAUL CHEVIGNY	<b>153</b>	La represión en los Estados Unidos después del atentado del 11 de septiembre
SERGIO VIEIRA DE MELLO	<b>173</b>	Redefinir la seguridad
	<b>177</b>	Cinco cuestiones sobre derechos humanos

EMILIO GARCÍA MÉNDEZ

Profesor de Criminología en la Facultad de Psicología  
de la Universidad de Buenos Aires.

#### RESUMEN

La proposición de este artículo es reabrir el debate sobre algunas cuestiones conceptuales de los derechos humanos, con la intención de relanzar y revitalizar una agenda políticamente movilizadora para América Latina. El autor defiende la prioridad de los derechos civiles y políticos sobre los económicos y sociales al reformular, por ejemplo, el derecho a la educación, tradicionalmente entendido como parte de los derechos económicos y sociales. Para él, es también urgente y necesario asumir, a partir de la política y no de los derechos humanos, temas que suscitan controversias de carácter moral en la sociedad. El caso del aborto, tratado hasta hoy como cuestión de derechos humanos en los Estados Unidos, es muy ilustrativo.

# ORIGEN, SENTIDO Y FUTURO DE LOS DERECHOS HUMANOS: REFLEXIONES PARA UNA NUEVA AGENDA\*

Emilio García Méndez

*El lenguaje de los derechos humanos está ahí para recordarnos que algunos abusos son realmente intolerables y que algunas excusas por dichos abusos son realmente insoportables.*

Michael Ignatieff



## Los derechos humanos: entre la historia y la política

A quien se asome críticamente al mundo de la producción intelectual sobre los derechos humanos, dos rasgos específicos le llamarán probablemente la atención: su enorme dimensión cuantitativa y el carácter predominantemente pacífico de su evolución conceptual.

Si la primera característica puede explicarse por el aumento permanente de las violaciones a los derechos de los individuos por parte de los Estados, la segunda parece referirse a la génesis misma del concepto de derechos humanos. Nacidos como respuesta política, contingente y concreta a un acontecimiento monstruoso, por impensable *a priori*, como el Holocausto, su desarrollo teórico estuvo marcado por un extraordinario consenso universal basado en el repudio mundial al plan demencial de aniquilación masiva de un pueblo. El enorme consenso político promovió un amplísimo consenso teórico, y este último, objetivamente, el empobrecimiento intelectual de su desarrollo.

El debate posterior sobre el fundamento de los derechos humanos se orientó inicialmente, con mucha fuerza, hacia un plano filosófico-metafísico que permitiera afirmar su existencia y legitimidad, con independencia no solo del reconocimiento de los gobiernos, sino también de la propia

\* Quiero agradecer la paciencia e el interés de Roberto Saba para discutir conmigo una versión preliminar de este texto. Sin embargo, casi de más está decir que las muchas imperfecciones y, por qué no, excesos son de mi exclusiva responsabilidad.

---

Las referencias bibliográficas de las fuentes mencionadas en el texto se encuentran en la página 19.

---

1. Un ejemplo representativo de esta difundida perspectiva filosófica metafísica, tributaria, entre otros, del pensamiento del filósofo argentino Carlos Nino, puede encontrarse en Pedro Nikken (p. 21): "El reconocimiento de los derechos humanos como atributos inherentes a la persona, que no son una concesión de la sociedad ni dependen del reconocimiento de un gobierno". Por el contrario, pueden encontrarse argumentos decisivos para demostrar la fragilidad del concepto de "naturaleza humana" en relación con el fundamento de los derechos humanos en Norberto Bobbio (pp. 118 y ss.).

2. Para una visión radicalmente crítica sobre la asociación entre el pensamiento humanista y la idea del progreso, y, en consecuencia, para una visión que da cuenta de la crisis profunda del pensamiento humanista, cf. el reciente trabajo de John Gray (2002, especialmente pp. 3-4).

sociedad.<sup>1</sup> En este contexto, la concepción de los derechos humanos como inherentes a la condición humana, si por un lado permitió contrarrestar las tendencias negativas provenientes de posiciones vinculadas con un concepto exacerbado de la soberanía, por el otro actuó perjudicialmente, al señalar como hereje cualquier posición que recondujera el origen y la existencia de los derechos humanos a la historia y a la política. La fuerte hegemonía del humanismo en sus diversas versiones apuntaló la perspectiva del fundacionalismo metafísico de los derechos humanos. Paradójicamente, la asociación plena del pensamiento humanista con la idea del progreso, por un lado, y la crisis profunda de esta última idea, por el otro,<sup>2</sup> permitieron abrir una brecha antifundacional en el pensamiento dominante sobre los derechos humanos.

No tengo dudas acerca de que la concepción de los derechos humanos como derechos inherentes a la persona humana ha contribuido, decisivamente, a una visión idolátrica<sup>3</sup> y ahistórica de derechos que, de forma evidente, resultan históricos y contingentes. En contraposición a la visión metafísica de Carlos Nino, Eduardo Rabossi ha rechazado la idea de cualquier fundamentación que pretendiera trascender la normativa que, en materia de protección internacional de derechos humanos, se ha desarrollado desde la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días.<sup>4</sup> Estas ideas han sido retomadas con mucha fuerza por el filósofo norteamericano Richard Rorty (pp. 120-121), en una conferencia de la que me parece pertinente citar un párrafo realmente significativo:

*Mi argumento básico es que el mundo ha cambiado, y que el fenómeno de los derechos humanos torna irrelevante y anacrónico el fundacionalismo en materia de derechos humanos. La tesis de Rabossi, según la cual el fundacionalismo de los derechos humanos es anacrónico, me parece a la vez verdadera e importante, y será, por lo tanto, el tema central de esta conferencia. Ampliaré y defenderé la idea de Rabossi de que no vale la pena plantear la cuestión de si los seres humanos realmente tienen los derechos enumerados en la Declaración de Helsinki. En particular, defenderé que nada relevante para la decisión moral separa a los seres humanos de los animales, excepto hechos históricos, contingentes y naturales.*

La idea central que quiero defender aquí parte de mi



convicción de que el desarrollo de una agenda vigorosa y creíble en materia de derechos humanos –y que, para su efectiva vigencia, recupere la necesaria capacidad de movilización social– depende en buena medida de recobrar el sentido político original presente en su origen histórico. Esta perspectiva me parece especialmente pertinente para la realidad concreta de aquello que, sin ignorar los aspectos problemáticos de esta definición, puede ser entendido como el Sur político geográfico de nuestra aldea global. En este Sur, no solo desde un punto de vista fáctico, sino también desde un punto de vista que podría entenderse como cultural, el carácter absolutamente intolerable de la violación de los derechos civiles y políticos dista mucho de constituir un debate políticamente cerrado. Las discusiones en torno al binomio garantías/eficiencia policial en temas vinculados con la seguridad ciudadana constituyen el mejor de los ejemplos, aunque, por cierto, no el único.

Es obvio que los caminos de la legitimidad de los derechos humanos, condición imprescindible para su vigencia efectiva, remiten a la metafísica o a la política. La historia y la experiencia están ahí para recordarnos la solidez solo aparente de cualquier legitimidad metafísica. Por el contrario, y paradójicamente, pareciera existir en la fragilidad de la legitimidad política *mucha* más fuerza. Veamos algunas de sus razones.

Si la Declaración Universal de Derechos Humanos afirma que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, es justamente porque los hombres no son iguales por naturaleza, pues, si así lo fueran, el contenido de esta declaración sería, cuanto menos, superfluo. En este sentido, me parece bastante ilustrativo el contenido de las siguientes citas:

*La esfera pública, siempre indesligable de los conceptos de libertad y de distinción, se caracteriza por la igualdad: por naturaleza, los hombres no son iguales, necesitan de una institución política para llegar a serlo: las leyes. Solo el acto político puede generar igualdad [el subrayado es mío]. (Fina Birules, p. 22)*

*La Declaración [Universal de Derechos Humanos] conserva un eco de todo esto porque los hombres, de hecho, no nacen ni*

3. Tanto esa caracterización como esa crítica de la visión idolátrica de los derechos humanos se encuentran muy bien desarrolladas en el libro de Michael Ignatieff (2001, especialmente p. 83).

4. Una muy breve pero clara reconstrucción de este debate entre Nino y Rabossi puede encontrarse en G. Carrió. Si bien el tema de la fundamentación de los derechos humanos está presente y disperso en muchas partes de la vasta e iluminadora obra de Carlos Nino, me permito remitir, específicamente, en este punto a su obra *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. En cuanto a la perspectiva de Rabossi, me permito remitir también directamente a su texto “La teoría de los derechos humanos naturalizada”.

*libres ni iguales [...] la libertad y la igualdad de los hombres no son de hecho un dato, sino un ideal que debe ser perseguido; no una existencia, sino un valor; no un ser, sino un deber. (Norberto Bobbio, p. 134.)*

Esta perspectiva abre las puertas a una fundamentación positiva y no trascendente de los derechos humanos como instrumento político de la igualdad. Perspectiva que, por otra parte, permitiría superar los impases en la agenda internacional de los derechos humanos, a los que el prolongado debate antes mencionado condujo. Me parece que nadie lo ha formulado mejor que Michael Ignatieff (p. 83), cuando afirma: “[Los] derechos humanos son el lenguaje a través del cual los individuos han creado una defensa de su autonomía contra la opresión de la religión, el Estado, la familia y el grupo”.

### **El problema de la relación entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos y sociales**

La situación de guerra fría que siguió a la Segunda Guerra Mundial condicionó en forma directa el debate político y académico. Dos temas centrales de tensión surgieron a partir de ese momento: (1) el debate sobre la preeminencia entre los derechos civiles y políticos o los derechos económicos y sociales que enfrentó a los países industrializados de Occidente con los países del bloque socialista; (2) el debate sobre el carácter universal de los derechos humanos que enfrentó, generalmente, a los países desarrollados con buena parte del mundo árabe y los países asiáticos.

Curiosamente, si el segundo debate permanece abierto, en buena medida por el impulso permanente que le han dado las diversas variantes del relativismo cultural y el imperialismo moral, el primero se cerró sin agotarse.

La abrupta y patética caída del bloque socialista en 1989 puso al descubierto el carácter al mismo tiempo superficial y groseramente propagandista del “debate” sobre los derechos humanos que acompañó a todo el período de la guerra fría. Curiosamente, con el triunfo de “Occidente” venció, de alguna forma, la posición del bloque socialista. El tan mencionado, cuanto poco analizado y superficial, carácter “indivisible” e “interdependiente” de los derechos humanos

funcionó de hecho, como trataré de demostrarlo, como un elemento relativizador de la prioridad de los derechos políticos. Tal como nos lo recuerda Bobbio (pp. 150 y ss.), nunca está de más insistir en el hecho de que los derechos humanos no son absolutos, ni constituyen una categoría homogénea (contrariamente a lo que parecería indicar su supuesto carácter indivisible). El valor absoluto de algunos (poquísimos) derechos, es decir su *status* privilegiado, proviene del hecho de que su violación es condenada universalmente. Aun así, por ejemplo, el derecho a no ser sometido a la esclavitud implica la eliminación del derecho a poseer esclavos y el derecho a no ser torturado implica la supresión del derecho a torturar. En este contexto, cabría preguntarse, más allá de la retórica y de la ironía, cuál es el contenido o significado del concepto de indivisibilidad.

Esa superficialidad en el tratamiento del tema puso al descubierto que la preeminencia de los derechos civiles y políticos sostenida por Occidente durante el período de la guerra fría, lejos de ser el producto de un imperativo ético o moral, constituyó una forma nada sutil de socavar la ya frágil legitimidad del bloque socialista.

Pero, ¿dónde radica hoy el problema de la relación entre los derechos políticos y los derechos económicos y sociales? Paradójicamente, en un mundo lleno de problemas, el problema de esta relación parece ser el de no constituir ningún problema. De modo similar al carácter mágico de la indivisibilidad, el carácter interdependiente de los derechos humanos, que afirma la igual importancia y homogeneidad de ambos, ha servido para suprimir, tildándolo en general de anacrónico, cualquier debate sobre la eventual prioridad de uno u otro tipo de derecho.<sup>5</sup>

Adelanto, por motivos y argumentos que expondré más adelante, una clara posición a favor de priorizar hoy los derechos políticos en los países del Sur, en cualquier estrategia de reconstrucción de una agenda creíble y movilizadora de los derechos humanos.

Una posición como la que aquí defiende parte de reconocer el carácter contingente del contenido de los derechos políticos y de los derechos económicos y sociales. Nada hay en la “naturaleza de la cosa” que convierta un derecho como inherente a una u otra categoría. Además, no se trata, de ninguna manera, de negar la importancia del contenido de

5. El supuesto carácter indivisible e interdependiente de los derechos humanos no se deriva de otra parte que de su propia declaración. Así lo consagra la declaración de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena, de junio de 1993. En este punto, me parece importante no confundir el carácter indiscutido (durante algún período de tiempo) de un concepto con el carácter indiscutible de un concepto. Esta última característica solo puede pertenecer a alguna de las variables del fundamentalismo. El documento más completo, y profundo, sobre el tipo de relación entre los derechos políticos y los derechos económicos y sociales, que incluye una identificación de las causas más determinantes de sus violaciones, así como recomendaciones específicas para su cumplimiento, es el Informe Final del Relator de Naciones Unidas para los Derechos Económicos y Sociales, Danilo Turk.

los derechos económicos y sociales. Se trata, en realidad, de defender la necesidad de un debate público sobre la conveniencia o no de priorizar algún tipo de derecho y de sustraer o no a la política (confiándolos exclusivamente al derecho) algunos aspectos de la vida social pertenecientes a lo que, en sentido amplio, puede ser denominado el desarrollo económico y social. Al mismo tiempo, se trata también de realizar una operación que podría entenderse como contraria a esta tendencia. Me refiero a la necesidad de considerar como políticos (y por ende, no sujetos ni a la tolerancia ni a la negociación por medio de la cláusula de “hasta el máximo de los recursos disponibles” que caracteriza a los derechos económicos y sociales) algunos derechos que hasta ahora eran considerados como típicos del campo de los derechos económicos y sociales. Aludo aquí, concretamente, al derecho a la educación.

En esta etapa del desarrollo tecnológico, en la cual el acceso al conocimiento constituye la variable decisiva y fundamental de una existencia humana digna (fin *último* de los derechos humanos), el derecho a la educación no puede ser sometido a ningún tipo de negociación, debiendo entenderse como una prioridad tan absoluta como la abolición de la esclavitud o la tortura. Exactamente lo mismo puede y debe afirmarse respecto de la salud básica. Más adelante, volveré también sobre este punto.

Una posición como la que aquí se defiende se explica, sobre todo, a partir de una profunda insatisfacción con el estado de cosas existentes. En realidad, se trata de plantear nuevos problemas y nuevos interrogantes en un mundo en el que la “guerra de Irak” ha detonado la ya frágil y cuestionada institucionalidad de los derechos humanos, implantada luego de la Segunda Guerra Mundial. Parafraseando a Ignatieff (p. 81), quien lo afirma con relación al Holocausto, la guerra de Irak ha actualizado la conciencia acerca tanto de la fragilidad de los derechos humanos como, simultáneamente, de su imperiosa necesidad.

Esa insistencia en la necesidad de una revisión crítica de la agenda de los derechos humanos no constituye un ejercicio ciego de mera omnipotencia intelectual que pretenda borrar los hechos con palabras. Se trata, por el contrario, de negarse a continuar con los “*business as usual*” en este cambiante escenario de profundas e inciertas transformaciones.

Para ser más claro aún, quisiera hacer explícita mi sospecha (de la que surgen mi insatisfacción y mi planteo alternativo) acerca de que la negativa a aceptar hoy la prioridad de los derechos políticos, mediante la afirmación de que todos los derechos son igualmente prioritarios, ha provocado, sobre todo en los países del Sur, un aumento de las violaciones de los derechos políticos, al mismo tiempo que no ha provocado ningún avance significativo en el campo de los derechos económicos y sociales.

Considerando el carácter política y culturalmente hegemónico que ha asumido la dimensión de los derechos humanos que más adelante caracterizaré como “programática”, establecer que todos los derechos son igualmente importantes y, en consecuencia, igualmente prioritarios constituye una forma sutil de confirmar la prioridad real de aquellos derechos cuyo incumplimiento no genere fuertes tensiones políticas con los Estados. La posibilidad de establecer una relación de permanente cooperación no conflictiva con el Estado, si la prioridad real son los derechos económicos y sociales, explica en muy buena medida el carácter hegemónico de esta tendencia.

### **Derechos humanos: dimensión política, académica y programática**

Particularmente en estos últimos años, aquello que podría denominarse “la cuestión de los derechos humanos” acepta dividirse, especialmente para fines analíticos, en tres dimensiones, a las que aquí quiero brevemente aludir.

Lo que podría caracterizarse como dimensión propiamente **política** de los derechos humanos se ha desarrollado, fundamentalmente, en estrecho vínculo con luchas de carácter nacional, en respuesta concreta a las violaciones de los derechos de los individuos por parte del Estado. La militancia activa no profesional, el carácter esencialmente conflictivo y la ausencia de reflexiones teóricas significativas (sobre todo si se mide en proporción con el tamaño de las luchas) han marcado profundamente la dimensión política de los derechos humanos.

Por su parte, aquello que podría denominarse la dimensión **académica** ha quedado en general circunscripta al mundo universitario y a centros específicos de conocimiento. La relación entre el derecho interno y el derecho internacional y,

muy especialmente, la aplicabilidad en el contexto nacional de los tratados internacionales han ocupado la parte central de este debate. En otras palabras, una buena parte del desarrollo académico de los derechos humanos se convirtió en sinónimo de “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.

Pero la dimensión que presenta aristas de mayor complejidad y, al mismo tiempo, resulte tal vez la más rica en implicaciones político-conceptuales es la dimensión que aquí se denomina **programática**. Esa dimensión hace referencia a la incorporación, por parte de organismos internacionales de diverso alcance geográfico y de muy diversa competencia temática, de las formas y la semántica de los desarrollos políticos y académicos en materia de derechos humanos. Sin embargo, se equivoca meridianamente quien piense que este proceso se ha consumado con la incorporación pasiva y la mera asimilación de las dos dimensiones antes mencionadas. La dimensión programática de los derechos humanos, en la forma en que efectivamente está aconteciendo, supone una profunda reformulación de la teoría y la práctica académicas y políticas de los derechos humanos, algunas de cuyas consecuencias me propongo identificar y comenzar a analizar en las líneas que siguen.

Una perspectiva políticamente no conflictiva en relación con el Estado y ambigua en relación con los aspectos más ásperos del debate académico caracteriza a la dimensión programática de los derechos humanos. Una incorporación ahistórica, ritualista, pragmática, indiscutible (*mainstream*) y totalizadora ha vaciado lentamente de contenido la propuesta política y académica original de los derechos humanos. Así como cuando todo es prioritario, en realidad nada es prioritario, cuando todo es derechos humanos (empezando por situaciones que no implican ninguna responsabilidad por parte del Estado), nada es derechos humanos.

Esta colonización burocrática del discurso de los derechos humanos ha tenido un profundo (y desigual) impacto sobre la práctica y los desarrollos conceptuales, muy especialmente en los países del Sur del planeta. En este último caso, la fragilidad, cuando no la inexistencia, de centros autónomos de conocimiento, ha incrementado la eventual dependencia teórico-cultural de organismos internacionales, sobre todo de aquellos que, específicamente, más han contribuido a la reformulación conceptual de la cuestión de los derechos

humanos. Como resultado, nada que pudiera parecerse a una perspectiva crítica ha surgido en estos últimos años.

Casi invariablemente, los “consensos” en esa dimensión se han obtenido por agregación. La consecuencia práctica consiste en que toda agenda **completa e integral** de derechos humanos terminó constituyendo muchas veces, en realidad, un eufemismo para designar a una agenda tan políticamente inocua cuanto inmóvil e intrascendente.

Paradójicamente, mientras crece la conflictividad política en torno a temas álgidos de derechos humanos, es decir mientras se multiplican las violaciones flagrantes a los derechos humanos más elementales, se expande incesantemente la lista de derechos humanos referidos al desarrollo económico y social. Pareciera que una parte importante de los desarrollos conceptuales actuales solo fuera capaz de reflejar la aridez y superficialidad de un mundo unipolar.

Este es el contexto en el que me propongo un análisis crítico tanto de las consecuencias prácticas de algunas presunciones (no demostradas) sobre las que se basan el discurso y las acciones actuales de los derechos humanos (universalidad, interdependencia e indivisibilidad), cuanto de las relaciones entre la política y el campo de los derechos humanos.

En la concepción ritualista que domina hoy el discurso sobre los derechos humanos (y que se expresa con total claridad en su dimensión programática), las presunciones a las que más arriba he aludido parecieran constituir verdades evidentes que no necesitan de –pero sobre todo, que no admiten– debate y mucho menos de crítica.

Este debate (o más precisamente, la ausencia del mismo) se estructura, básicamente, en torno al tipo de relación, tanto la existente cuanto la debida, entre los derechos políticos y los derechos económicos y sociales.

La concepción programática estructurada metodológicamente en torno al consenso por agregación constituye, en realidad, una concepción acumulativa de los derechos humanos. De ese modo, los derechos económicos y sociales constituyen una suerte de capa geológica posterior, que se ensambla en forma armoniosa y natural a los derechos políticos. Resulta interesante observar un cierto parentesco de esa concepción lineal y acumulativa con el desarrollo, no desprovisto de cierto economicismo, de la teoría de T. W. Marshall sobre el proceso histórico de expansión de los derechos.<sup>6</sup>

6. Me refiero específicamente al conocido ensayo de 1950, *Ciudadanía y clase social*. Cf. T. H. Marshall y Tom Bottommore.

## Los derechos humanos: entre el derecho y la política

Por todo lo dicho anteriormente, me parece importante comenzar por cuestionar la idea (cara a la “corrección política”) acerca de que la expansión incesante del contenido de los derechos humanos —es decir, de aquellas áreas de la vida social que se sustraen a la contingencia y negociación de la política— fortalece, sin más, la agenda y las luchas por los derechos humanos. Para ello es necesario, entre otras cosas, entender el carácter complejo de la relación entre estos últimos y la paz social.<sup>7</sup>

Es cierto que el mayor cumplimiento de los derechos humanos contribuye con la paz social; sin embargo, no es menos cierto que la paz social y la estabilidad (democrática) son el único ambiente en el que los derechos humanos pueden desarrollarse en forma genuina y sostenible.

Suele argumentarse que la incorporación, al plano de los derechos, de aspectos antes considerados como exclusivos de la política social, posee la extraordinaria ventaja de su “justiciabilidad”. Siendo esta afirmación rigurosamente cierta, no es menos cierto que la acción individual de la justicia para el cumplimiento efectivo de prestaciones de la política social puede convertirse no solo en fuente de reproducción ampliada de desigualdades sociales (como consecuencia de la desigualdad en el acceso a la justicia),<sup>8</sup> sino también en el otorgamiento indeseado de legitimidad a gobiernos de países en donde solo unos pocos obtienen tales prestaciones por esta vía.

Pero el problema más importante y preocupante de esta concepción expansiva de los derechos humanos no radica, a mi juicio, en el ejemplo anterior. El problema más grave surge, específicamente, de la transformación en tema de derechos humanos de aquellos asuntos políticos, que, al mismo tiempo, resultan altamente conflictivos desde el punto de vista moral.

En palabras del filósofo inglés John Gray (1977, p. 22):

*Convertir un tema político profundamente conflictivo desde el punto de vista moral en un tema de derechos fundamentales es convertirlo en no negociable. Los derechos, al menos como ellos son entendidos en la escuela contemporánea dominante de la jurisprudencia angloamericana, resultan adjudicaciones*

7. Esa insistencia en el vínculo entre estabilidad política y vigencia efectiva de los derechos humanos se encuentra presente, con mucha fuerza, en el trabajo de Ignatieff.

8. Ese alerta específico puede encontrarse, incluso, en el excelente trabajo de Vitor Abramovich y Christian Courtis (p. 42) que defienden, contrariamente a lo que aquí sostengo, una concepción expansiva de los derechos humanos.



*incondicionales, no susceptibles de discusión. Es justamente por esta razón que el derecho no permite que temas altamente conflictivos puedan ser objeto de compromisos legislativos. [En el campo del derecho] las posibilidades son solo de victoria o rendición incondicional. La cuestión del aborto en los Estados Unidos, donde el tema es tratado como un asunto de derecho constitucional en vez de como un problema de [política] legislativa, constituye el más claro ejemplo de un asunto conflictivo que se ha transformado todavía en más peligroso para la paz social desde que ha sido elevado a problema de derecho constitucional y de teoría de los derechos.*

Efectivamente, el tratamiento del tema del aborto, en términos comparativos entre Europa y los Estados Unidos, resulta ilustrativo como pocos del nudo central del pensamiento que aquí se intenta exponer.

Surgido prácticamente en forma simultánea en Europa y los Estados Unidos, a comienzos de la década de 1970, el tema del aborto rasgó literalmente el tejido social europeo, siendo probablemente el caso italiano el más claro de ese grupo de ejemplos. Fueron años de intensos y agitados debates, en los cuales la Iglesia Católica, de un lado, y el movimiento feminista, del otro, lideraron y encolumnaron a una sociedad profundamente dividida por la cuestión moral. Los primeros atisbos de consenso no llegaron por el lado del contenido del debate, sino por el lado de un procedimiento para dirimir el conflicto. Agotada la sociedad por años de debate, hubo finalmente acuerdo para entender la dimensión política de un problema de honda raíz moral. Plebiscitos y leyes resolvieron, políticamente, la cuestión en forma pacífica y duradera.

Coincidente en el tiempo, el mismo debate en los Estados Unidos tomó una dirección totalmente diversa. A poco tiempo del comienzo de un debate que prometía ser más virulento aun que en Europa, la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el conocido caso *Roe vs. Wade*, truncó el debate político declarando el aborto un derecho constitucional.<sup>9</sup> Exactamente 30 años después, la sociedad americana se encuentra más dividida y la paz social, más amenazada, justamente por haber pretendido resolver en clave de derechos humanos, y no en clave política, un problema que, moralmente, dividía (y divide) profundamente a esa sociedad.

9. Una excelente descripción y un análisis de ese proceso puede encontrarse en un informe especial de la revista inglesa *The Economist*: "The War that never Ends" (Special Report Abortion in America ), 18-24 de enero de 2003, pp. 24-26.

## Palabras finales

Por último quisiera, sin ninguna pretensión conclusiva y, más bien, con el ánimo de impulsar el debate, afrontar el tema de la relación entre política y derechos humanos. El problema es complejo en apariencia y mucho más en esencia.

Desde la perspectiva de la democracia tomada seriamente, existe un amplio consenso en exigir y aceptar la necesidad de vedar a la política algunas áreas de la vida social e institucional como condición imprescindible para el funcionamiento del Estado de derecho. Esto no debería ser confundido, sin embargo, con el hecho de pensar a los derechos humanos al margen o por encima de la política. En general, el consenso de vedar determinados asuntos a la política no es el resultado de otra cosa que de acuerdos políticos cuya fortaleza y perdurabilidad están en relación directa con el grado de consenso moral en que se apoyan. Tal como lo afirma Ignatieff (p. 22), “el lenguaje de los derechos humanos está ahí para recordarnos que algunos abusos son realmente intolerables y que algunas excusas por dichos abusos son realmente insoportables”.

Si estamos de acuerdo con la cita anterior, entonces deberíamos estar dispuestos a admitir la posibilidad de que la falta de prioridad explícita de los derechos políticos haya contribuido a vaciar de contenido y relativizar la existencia de un núcleo duro de los derechos humanos.

La insistencia en expandir incesantemente las áreas de la vida económica y social que deben ser entendidas como derechos humanos ha debilitado en forma considerable cualquier agenda política creíble y, sobre todo, movilizadora en materia de derechos humanos. No parece que sea expandiendo la lista de los derechos humanos, como una especie de fuga hacia delante que pueda recuperarse la credibilidad perdida.

A los partidarios de la interdependencia y la indivisibilidad de los derechos humanos, sobre todo aquellos con responsabilidades en el desarrollo de la dimensión programática de los derechos humanos, convendría recordarles que no se mantiene indefinidamente una hegemonía cultural rehuendo el debate y demonizando, por inconvenientes o anacrónicas, las posiciones críticas en esta materia.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Victor y COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.
- BIRULES, Fina. *Introducción a Hannah Arendt “¿Qué es la política?”*. Barcelona: Paidós, 1997.
- BOBBIO, Norberto. “Presente y futuro de los derechos del hombre”. En: *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Barcelona: Gedisa, 1982.
- CARRIÓ, Genaro. “Los derechos humanos y su protección”. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.
- GRAY, John. *Enlightenment’s Wake. Politics and Culture at the Close of the Modern Age*. Londres/Nueva York: Routledge, 1997.
- . *Straw Dogs. Thoughts on Humans and Other Animals*. Londres: Granta Books, 2002.
- IGNATIEFF, Michael. *Human Rights as Politics and Idolatry*. Princeton: Princeton University Press, 2001.
- MARSHALL, T. H. y BOTTOMORE, Tom. *Ciudadanía y clase social*. Madrid: Alianza, 1998 (edición original: 1950).
- NACIONES UNIDAS. “The Realization of Economic, Social and Cultural Rights”. Final Report submitted by Mr. Danilo Turk, Special Rapporteur.
- NIKKEN, Pedro. *El concepto de derechos humanos*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994 (serie Estudios de Derechos Humanos).
- NINO, Carlos. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Astrea, 1989.
- RABOSI, Eduardo. “La teoría de los derechos humanos naturalizada”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 5, enero-marzo de 1990, pp. 159-175.
- RORTY, Richard. “Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad”. En: S. Shute y S. Hurley (eds.). *De los derechos humanos*. Madrid: Trotta, 1998.

FLAVIA PIOVESAN

Profesora de Derechos Humanos de los programas de posgrado de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo y de la Pontificia Universidad Católica de Paraná.

#### RESUMEN

Este artículo aborda los derechos sociales, económicos y culturales y los derechos civiles y políticos, desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Para ello, analiza la concepción contemporánea de esta cuestión a la luz del sistema internacional de protección, delineando su perfil, sus objetivos, su lógica y sus principios y cuestionando la viabilidad de una concepción integral de los derechos humanos. En un segundo momento, analiza los principales desafíos y perspectivas para su implementación, sosteniendo que esta óptica es esencial para que los derechos humanos asuman su papel central en el orden contemporáneo.

# DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES Y DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS\*

Flavia Piovesan



## ¿Cómo comprender la concepción contemporánea de derechos humanos?

Como reivindicación moral, los derechos humanos nacen cuando deben y pueden nacer. Como resalta Norberto Bobbio, no nacen todos de una vez, ni tampoco de una vez por todas. Para Hannah Arendt, los derechos humanos no son un dato sino un constructo, una invención humana, en constante proceso de construcción y reconstrucción.<sup>1</sup> Considerando su historicidad, se puede afirmar que la definición de derechos humanos remite a una pluralidad de significados. Entre estos se destaca la llamada concepción contemporánea de derechos humanos, introducida con la Declaración Universal de 1948 y reiterada por la Declaración de Derechos Humanos de Viena, de 1993.

Tal concepción es fruto de un movimiento extremadamente reciente de internacionalización de los derechos humanos, surgido en la posguerra, como respuesta a las atrocidades y horrores cometidos por el régimen nazista. Haciendo la presentación del Estado como el gran violador de derechos humanos, la era Hitler fue marcada por la lógica de la destrucción y de la descartabilidad de la persona humana, que resultó en 18 millones de personas enviadas a campos de concentración y la muerte de 11 millones, de los

\* Este texto se basa en la conferencia "Derechos sociales, económicos y culturales y derechos civiles y políticos", proferida en São Paulo, el 27 de mayo de 2003, en el III Coloquio Internacional de Derechos Humanos, cuyo tema central fue "Estado de derecho y construcción de la paz".

---

Véanse las notas del texto a partir de la página 41.

---

Las referencias bibliográficas de las fuentes mencionadas en el texto se encuentran en la página 45.

---

cuales 6 millones eran judíos, además de comunistas, homosexuales, gitanos... El legado del nazismo fue condicionar la titularidad de derechos, o sea, la condición de sujeto de derechos, a la pertenencia a una determinada raza, la ariana pura. Como dice Ignacy Sachs (1998, p. 149), el siglo XX fue marcado por dos guerras mundiales y por el horror absoluto del genocidio concebido como proyecto político e industrial.

Es este el escenario en el que se traza el esfuerzo de reconstrucción de los derechos humanos como paradigma y referente del orden internacional contemporáneo. Si la Segunda Guerra significó una ruptura con los derechos humanos, la posguerra debería significar su reconstrucción. El hito más significativo de este esfuerzo es la aprobación, el 10 de diciembre de 1948, de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Esta declaración introduce la concepción contemporánea de derechos humanos, caracterizada por la universalidad e la indivisibilidad de estos derechos. Universalidad, porque clama por la extensión universal de los derechos humanos, en la convicción de que la condición de persona es el requisito único para la titularidad de derechos, considerando al ser humano como un ser esencialmente moral, dotado de unicidad existencial y dignidad. Indivisibilidad, porque la garantía de los derechos civiles y políticos es condición para la observancia de los derechos sociales, económicos y culturales, y viceversa. Cuando uno de ellos es violado, los demás también lo son. Los derechos humanos componen, así, una unidad indivisible, interdependiente e interrelacionada, capaz de conjugar el catálogo de derechos civiles y políticos con el catálogo de derechos sociales, económicos y culturales. Así pues, se consagra la concepción integral de los derechos humanos.

Al examinar la indivisibilidad y la interdependencia de los derechos humanos, explica Héctor Gros Espiell (1986, pp. 16-17):

*Sólo el reconocimiento integral de todos estos derechos puede asegurar la existencia real de cada uno de ellos, ya que sin la efectividad de goce de los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos civiles y políticos se reducen a meras categorías formales. Inversamente, sin la realidad de los derechos*

*civiles y políticos, sin la efectividad de la libertad entendida en su más amplio sentido, los derechos económicos, sociales y culturales carecen, a su vez, de verdadera significación. Esta idea de necesaria integralidad, interdependencia e indivisibilidad con relación al concepto y a la realidad del contenido de los derechos humanos, que de cierta forma está implícita en la Carta de las Naciones Unidas, se compila, amplía y sistematiza en 1948, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, y se reafirma definitivamente en los Pactos Universales de Derechos Humanos, aprobados por la Asamblea General en 1966, y en vigencia desde 1976; en la Proclamación de Teherán de 1968; y en la Resolución de la Asamblea General, adoptada el 16 de diciembre de 1977, sobre los criterios y medios para mejorar el goce efectivo de los derechos y de las libertades fundamentales (Resolución n. 32/130).*

La Declaración Universal de 1948, como hito mayor del movimiento de internacionalización de los derechos humanos, fomentó la inclusión de este tema en el legítimo interés de la comunidad internacional. Como observa Kathryn Sikkink (p. 413): “El derecho internacional de los derechos humanos presupone legítima y necesaria la preocupación por parte de actores estatales y no-estatales sobre el modo en que son tratados los habitantes de otros Estados. La red de protección de los derechos humanos internacionales busca redefinir lo que es materia de exclusiva jurisdicción doméstica de los Estados.”<sup>2</sup>

Se fortalece así la idea de que la protección de los derechos humanos no debe quedar limitada al dominio reservado del Estado, es decir que no debe restringirse a la competencia nacional exclusiva o a la jurisdicción doméstica exclusiva porque se revela como un tema de legítimo interés internacional. Al mismo tiempo, esta concepción innovadora tiene dos importantes consecuencias: (1) La revisión de la noción tradicional de soberanía absoluta del Estado, que queda sometida a un proceso de relativización en la medida en que se admiten intervenciones en el plano nacional en pro de la protección de los derechos humanos – esto quiere decir que se pasa de una concepción “hobbesiana” de soberanía centrada en el Estado a una concepción “kantiana” de soberanía centrada en la ciudadanía universal.<sup>3</sup> (2) La cristalización de la idea de que el individuo debe tener

derechos protegidos en la esfera internacional, en su condición de sujeto de derecho.

Se preanuncia, de este modo, el fin de la era en la cual la forma en que el Estado trataba a sus ciudadanos era concebida como un problema de jurisdicción doméstica, en virtud de su soberanía.

El proceso de universalización de los derechos humanos permitió, a su vez, la formación de un sistema normativo internacional de protección. Según André G. Pereira y Fausto de Quadros (p. 661): “En términos de ciencia política, sólo se trató de transponer y adaptar al derecho internacional la evolución que en el derecho interno ya se había dado a principios de siglo, del Estado-policía al Estado-providencia. Pero fue suficiente para que el derecho internacional abandonara la etapa clásica, como el derecho de la paz y de la guerra, para pasar a la era nueva o moderna de su evolución, como derecho internacional de la cooperación y de la solidaridad”.<sup>4</sup>

A partir de la aprobación de la Declaración Universal de 1948, y de la concepción contemporánea de derechos humanos por ésta introducida, comienza a desenvolverse el derecho internacional de los derechos humanos, mediante la adopción de innumerables tratados internacionales destinados a la protección de derechos fundamentales. La Declaración de 1948 le confiere una base axiológica y unidad valorativa a este campo del derecho, haciendo hincapié en la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos. Como afirma Norberto Bobbio (p. 30), los derechos humanos nacen como derechos naturales universales y se desenvuelven como derechos positivos particulares (cuando cada constitución incorpora declaraciones de derecho), para finalmente encontrar su plena realización como derechos positivos universales.

El sistema internacional de protección de los derechos humanos está integrado por tratados internacionales de protección que reflejan, sobre todo, la conciencia ética contemporánea compartida por los Estados, en la medida en que invocan el consenso internacional referido a parámetros mínimos de protección (lo “mínimo ético irreductible”). En ese sentido, cabe destacar que, hasta agosto de 2002, conforme a los datos del *Human Development Report* (UNDP, 2002), el Pacto Internacional de los



Derechos Civiles y Políticos contaba con 148 Estados-partes; el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, con 145 Estados-partes; la Convención contra la Tortura, con 130 Estados-partes; la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial, con 162 Estados-partes; la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, con 170 Estados-partes; y la Convención sobre los Derechos del Niño presentaba la más amplia adhesión, con 191 Estados-partes.

Junto con el sistema normativo global surgen los sistemas regionales de protección, que buscan internacionalizar los derechos humanos en los planos regionales, particularmente en Europa, en América y en África. A esto se agrega un incipiente sistema árabe y la propuesta de creación de un sistema regional asiático. Se consolida así la convivencia del sistema global de las Naciones Unidas con instrumentos del sistema regional a su vez integrado por el sistema americano, europeo y africano de protección a los derechos humanos.

Los sistemas global y regional no son dicotómicos sino complementarios. Inspirados en los valores y principios de la Declaración Universal, componen el universo instrumental de protección de los derechos humanos en el plano internacional. Desde esta óptica, los diversos sistemas interactúan en beneficio de los individuos protegidos. El propósito de la coexistencia de distintos instrumentos jurídicos –garantizando los mismos derechos– es, pues, ampliar y fortalecer la protección de los derechos humanos. Lo que importa es el grado de eficacia de la protección y, por eso, debe ser aplicada la norma que ofrezca mejor amparo a la víctima en cada caso concreto. Al adoptar el valor de la primacía de la persona humana, estos sistemas se complementan interactuando con el sistema nacional de protección para proporcionar la mayor efectividad posible en la tutela y promoción de derechos fundamentales. Estas son inclusive la lógica y la principiología propias del derecho internacional de los derechos humanos, enteramente fundado en el principio mayor de la dignidad humana.

La concepción contemporánea de derechos humanos se caracteriza por los procesos de universalización e internacionalización de estos derechos, comprendidos desde el prisma de su indivisibilidad.<sup>5</sup> Se debe tener en cuenta que la Declaración de Derechos Humanos de Viena, de

1993, reitera la concepción de la Declaración de 1948 cuando, en su párrafo 5º, afirma: “Todos los derechos humanos son universales, interdependientes e interrelacionados. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos globalmente de forma justa y equitativa, en pie de igualdad y con la misma importancia”.

Así pues, la Declaración de Viena, suscripta por 171 Estados, endosa la universalidad y la indivisibilidad de los derechos humanos, revitalizando el fundamento de legitimidad de la llamada concepción contemporánea de derechos humanos introducida por la Declaración de 1948. Debe notarse que en tanto consenso de posguerra, la Declaración de 1948 fue adoptada por 48 Estados, con ocho abstenciones. De esta manera, la Declaración de Viena de 1993 extiende, renueva y amplía el consenso sobre la universalidad y la indivisibilidad de los derechos humanos, y afirma la interdependencia entre los valores de los derechos humanos, de la democracia y del desarrollo.

No hay derechos humanos sin democracia, tampoco democracia sin derechos humanos. Vale decir, el régimen más compatible con la protección de los derechos humanos es el régimen democrático. Actualmente, 140 Estados –de los casi doscientos que integran el orden internacional– realizan elecciones periódicas. Sin embargo, sólo 82 de ellos (representando 57% de la población mundial) son considerados plenamente democráticos. En 1985, este porcentual era de 38%, comprendiendo 44 Estados.<sup>6</sup> El pleno ejercicio de los derechos políticos puede implicar el “empoderamiento” de los sectores sociales más vulnerables y el aumento de su capacidad de presión, articulación y movilización políticas. Para Amartya Sen, los derechos políticos (incluyendo la libertad de expresión y de discusión) son no sólo fundamentales para demandar respuestas políticas a las necesidades económicas sino también centrales para la propia formulación de esas necesidades económicas (2003).

Asimismo, ante la indivisibilidad de los derechos humanos, ha de ser definitivamente abandonada la equivocada noción de que una clase de derechos (la de los derechos civiles y políticos) merece entero reconocimiento y respeto, y otra (la de los derechos sociales, económicos y culturales), por el contrario, no. En la óptica normativa

internacional está definitivamente superada la concepción de que los derechos sociales, económicos y culturales no son derechos legales. La idea de la no-accionabilidad de los derechos sociales es meramente ideológica, y no científica. Estos son auténticos y verdaderos derechos fundamentales, justiciables, exigibles, y demandan una seria y responsable observancia. Por eso deben ser reivindicados como derechos, no como caridad, generosidad o compasión.

Como resaltan Asbjorn Eide y Allan Rosas (pp. 17-18): “Tomar los derechos económicos, sociales y culturales en serio implica, al mismo tiempo, asumir un compromiso con la integración social, la solidaridad y la igualdad, incluyendo la cuestión de la distribución de ingresos. Los derechos sociales, económicos y culturales incluyen como preocupación central la protección de los grupos vulnerables. [...] Las necesidades fundamentales no deben quedar a merced de la caridad de programas y políticas estatales sino definidas como derechos”.

La comprensión de los derechos económicos, sociales y culturales demanda incluso que se recurra al derecho al desarrollo. Para delinear el alcance del derecho al desarrollo, es importante resaltar, como afirma Celso Lafer (1999), que, en el campo de los valores, en materia de derechos humanos, la consecuencia de un sistema internacional de polaridades definidas –Este/Oeste, Norte/Sur– fue la batalla ideológica entre los derechos civiles y políticos (herencia liberal patrocinada por los Estados Unidos) y los derechos económicos, sociales y culturales (herencia social patrocinada por la entonces Unión Soviética). En este escenario surge el “empeño del Tercer Mundo en elaborar una identidad cultural propia, proponiendo derechos de identidad cultural colectiva, como el derecho al desarrollo”.

Es así adoptada por las Naciones Unidas la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, en 1986, con el voto a favor de 146 Estados, uno en contra (Estados Unidos) y ocho abstenciones. Según Allan Rosas (1995, pp. 254-255): “Sobre el contenido del derecho al desarrollo se deben mencionar tres aspectos. En primer lugar, la Declaración de 1986 endosa la importancia de la participación. [...] En segundo lugar, la Declaración debe ser concebida en el contexto de las necesidades básicas de justicia social. [...] En tercer lugar, la Declaración subraya tanto la necesidad

de la adopción de programas y políticas nacionales, como la de la cooperación internacional [...]”. El artículo 2º de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, consagra: “La persona humana es el sujeto central del desarrollo y debe ser activa, participante y beneficiaria del derecho al desarrollo”. Agrega el artículo 4º de la Declaración, que los Estados tienen el deber de adoptar medidas, individual o colectivamente, destinadas a la formulación de políticas de desarrollo internacional, con vistas a facilitar la plena realización de derechos, y añade que la efectiva cooperación internacional es esencial para proveer a los países en desarrollo, medios que alienten el derecho al desarrollo.

El derecho al desarrollo demanda una globalización ética y solidaria. En la perspectiva de Mohammed Bedjaoui (p. 1182): “En realidad, la dimensión internacional del derecho al desarrollo no es otra cosa que el derecho a una distribución equitativa concerniente al bienestar social y económico mundial. Refleja una demanda crucial de nuestro tiempo, en la medida en que los cuatro quintos de la población mundial no aceptan más el hecho de que el quinto restante siga construyendo su riqueza basada en la pobreza de ellos”. Las asimetrías globales revelan que los ingresos del 1% más rico superan los ingresos de los 57% más pobres en la esfera mundial (UNDP, p. 19).

Joseph Y. Stiglitz (p. 6) registra: “El número de personas viviendo en la pobreza en realidad aumentó a casi 100 millones. Esto sucedió casi al mismo tiempo en que la renta total del mundo creció a una media anual de 2,5 por ciento”.<sup>7</sup> Para la Organización Mundial de la Salud: “la pobreza es la mayor asesina del mundo. Impone su influencia destructiva en todas las etapas de la vida humana, desde la concepción hasta la sepultura. Conspira con las enfermedades más mortíferas y dolorosas para arruinar la existencia de todos los que la padecen” (Farmer, p. 50).<sup>8</sup>

El desarrollo, a su vez, ha de ser concebido como un proceso de expansión de las libertades reales del cual las personas pueden usufructuar, para adoptar la concepción de Amartya Sen.<sup>9</sup> Y aún debe agregarse que la Declaración de Viena de 1993 subraya que el derecho al desarrollo es un derecho universal e inalienable, parte integral de los derechos humanos fundamentales. Finalmente, debe reiterarse que la Declaración de Viena reconoce la relación

de interdependencia entre la democracia, el desarrollo y los derechos humanos.

De este modo, pasamos a la reflexión final.

**¿Cuáles son los desafíos y las perspectivas para la implementación de los derechos humanos en el orden contemporáneo?**

Abordar esta cuestión implica seis desafíos:

*1. Consolidar y fortalecer el proceso de afirmación de la concepción integral e indivisible de los derechos humanos conjugando los derechos civiles y políticos con los derechos económicos, sociales y culturales*

Los derechos humanos, en tanto “adquirido axiológico”, están en constante proceso de elaboración y redefinición.

Si tradicionalmente la agenda de derechos humanos se centró en la tutela de los derechos civiles y políticos bajo el fuerte impacto de la “voz del Norte”, actualmente asistimos a la ampliación de esta agenda tradicional, que incorpora nuevos derechos, focalizando los derechos económicos, sociales y culturales, el derecho al desarrollo, el derecho a la inclusión social y la pobreza como violación de derechos. Este proceso permite que resuene la “voz propia del Sur”, capaz de revelar las preocupaciones, demandas y prioridades de la región.

Se hace así necesario avanzar en la expansión continua del alcance conceptual de los derechos humanos, contemplando las necesidades básicas de justicia social. En este escenario es fundamental consolidar y fortalecer el proceso de afirmación de los derechos humanos, desde esta perspectiva integral, indivisible e interdependiente.

*2. Incorporar el enfoque de género, raza y etnia a la concepción de los derechos humanos, y crear políticas específicas para la tutela de grupos socialmente vulnerables*

La efectiva protección de los derechos humanos no sólo demanda políticas universalistas sino también específicas dedicadas a grupos socialmente vulnerables, en tanto víctimas preferentes de la exclusión. Es decir, la

implementación de los derechos humanos requiere la universalidad y la indivisibilidad de esos derechos, sumando a estas el valor de la diversidad.

Al proceso de expansión de los derechos humanos se suma el proceso de especificación de sujetos de derechos.

La primera etapa de protección de los derechos humanos se caracterizó por la tónica de la protección general, que expresaba el temor a la diferencia (que en el nazismo había sido orientada hacia el exterminio), sobre la base de la igualdad formal.

No obstante resulta insuficiente tratar al individuo de forma genérica, general y abstracta. Se hace necesaria la especificación del sujeto de derecho, que pasa a ser visto en su peculiaridad y en su particularidad. Desde esta óptica, determinados sujetos de derechos, o determinadas violaciones de derechos, exigen una respuesta específica y diferenciada. En tal escenario, las mujeres, los niños, la población afrodescendiente, los migrantes, las personas portadoras de deficiencia, entre otras categorías vulnerables, deben ser vistas con las especificidades y peculiaridades de su condición social. Junto con el derecho a la igualdad surge, también, como derecho fundamental, el derecho a la diferencia. El respeto a la diferencia y a la diversidad, que pasa a importar, les asegura a esas personas un tratamiento especial.

Siguiendo a Paul Farmer (p. 212): “El concepto de derechos humanos a veces puede ser empuñado como una panacea universal, sin embargo fue creado para proteger personas vulnerables. El verdadero valor de los principales documentos del movimiento de derechos humanos se revela solo cuando sirven para proteger los derechos de aquellos más expuestos a tener sus derechos violados. Los beneficiarios más adecuados de la Declaración Universal de Derechos Humanos [...] son los pobres y aquellos que son de alguna forma desposeídos”.

Para Nancy Fraser (pp. 55-56), la justicia exige, simultáneamente, redistribución y reconocimiento de identidades: “El reconocimiento no puede reducirse a la distribución, porque el status en la sociedad no proviene simplemente de la clase. Tomemos el ejemplo de un banquero afroamericano de Wall Street que no consigue un taxi. En ese caso, la injusticia de la falta de reconocimiento tiene poco

que ver con la mala distribución. [...] Recíprocamente, la distribución no puede reducirse al reconocimiento, porque el acceso a los recursos no proviene simplemente del status. Tomemos, como ejemplo, un trabajador industrial especializado que se queda sin empleo tras el cierre de la fábrica en la que trabaja por una fusión corporativa especulativa. En este caso, la injusticia de la mala distribución tiene poco que ver con la falta de reconocimiento”. He aquí el carácter bidimensional de la justicia: redistribución sumada a reconocimiento. En el mismo sentido, Boaventura de Souza Santos (2003, pp. 56 y 429-461) afirma que sólo la exigencia del reconocimiento y de la redistribución permite la realización de la igualdad.

Boaventura (p. 458) incluso añade: “tenemos el derecho a ser iguales cuando nuestra diferencia nos inferioriza; y tenemos el derecho a ser diferentes cuando nuestra igualdad nos descaracteriza. De ahí la necesidad de una igualdad que reconozca las diferencias y de una diferencia que no produzca, alimente o reproduzca las desigualdades”.

Considerando los procesos de “feminización” y “eticización” de la pobreza, se advierte que las mayores víctimas de violación de los derechos económicos, sociales y culturales, en la experiencia brasileña, son las mujeres y la población afrodescendiente (consultar al respecto, Piovesan y Pimentel). De ahí la necesidad de que se adopten, junto con las políticas universalistas, políticas específicas, capaces de dar visibilidad a sujetos de derecho con mayor grado de vulnerabilidad, con vistas al pleno ejercicio del derecho a la inclusión social.

Se agrega también el componente democrático para orientar la formulación de tales políticas públicas. Es decir que hay que asegurar el derecho a la efectiva participación de grupos sociales en lo que atañe a la formulación de políticas que directamente los afecten. La sociedad civil clama por mayor transparencia, democratización y *accountability* en la administración del presupuesto público y en la construcción e implementación de políticas públicas.

### *3. Optimizar la justiciabilidad y la accionabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*

Como recomienda la Declaración de Viena de 1993, es

fundamental adoptar medidas para asegurar la mayor justiciabilidad y la mayor exigibilidad a los derechos económicos, sociales y culturales, como la elaboración de un Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (que introduzca la sistemática de peticiones individuales) y la elaboración de indicadores técnico-científicos capaces de mensurar los avances en la implementación de estos derechos.

En el sistema global, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales sólo contempla el mecanismo de los informes que deben encaminar los Estados, como forma de supervisión de los derechos que enuncia. En cambio, en el sistema regional interamericano está previsto el sistema de peticiones a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para la denuncia de violación del derecho a la educación y de los derechos sindicales enunciados en el Protocolo de San Salvador. Además de instituir la sistemática de petición en el ámbito global mediante la adopción del Protocolo Facultativo, es también esencial optimizar el uso de este mecanismo regional, o sea, el derecho de petición, para la protección de derechos a la educación y derechos sindicales. Además, hay que potencializar la litigancia de los demás derechos económicos, sociales y culturales, por medio, incluso, de la violación de derechos civiles como “puerta de entrada” para demandas relativas a los derechos económicos, sociales y culturales. A título ilustrativo, merecen ser destacados los casos: (a) el problema del suministro de medicamentos a portadores del virus HIV (con fundamento en la violación al artículo 4º de la Convención Americana, derecho a la vida); y (b) el despido sumario de trabajadores (con fundamento en la violación del debido proceso legal, como en el caso *Baena Ricardo vs Panamá*).

Se puede notar la potencialidad de la litigancia internacional para propiciar avances internos en el régimen de protección de los derechos humanos. Esta es la mayor contribución que el uso del sistema internacional de protección puede ofrecer: fomentar progresos y avances internos en la tutela de los derechos humanos en un determinado Estado.

La incorporación de la sistemática de petición individual, además, es reflejo del proceso de reconocimiento de nuevos



actores en el orden internacional, con la consecuente democratización de los instrumentos internacionales. Si los Estados fueron a lo largo de mucho tiempo los protagonistas centrales del orden internacional, hoy presenciamos el surgimiento de nuevos actores internacionales, como las organizaciones internacionales, los bloques económicos regionales, los individuos y la sociedad civil internacional. El fortalecimiento de la sociedad civil internacional, mediante una *network* que liga y fomenta una red de interlocución entre entidades locales, regionales y globales,<sup>10</sup> y la consolidación del individuo como sujeto de derecho internacional, demandan la democratización de los instrumentos internacionales. E incluso demandan el acceso a los mecanismos internacionales y a la propia justicia internacional.

El surgimiento de nuevos actores internacionales requiere la democratización del sistema internacional de protección de los derechos humanos. A título de ejemplo, merece ser destacado el Protocolo n. 11 del sistema regional europeo, que permitió el acceso directo del individuo a la Corte Europea de Derechos Humanos. Cabe agregar aún la reciente aprobación del Protocolo Facultativo a la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, de 1999, que incorpora la sistemática de petición individual. En ese mismo sentido, cabe mencionar el proyecto de Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales que, del mismo modo, introduce el derecho de petición individual.

Vale, sin embargo, hacer notar que muchos Estados se resisten a admitir la democratización del sistema internacional de protección de los derechos humanos, especialmente en lo que atañe a la aceptación de la sistemática de petición individual.<sup>11</sup> Esta sistemática cristaliza la capacidad procesal del individuo en el plano internacional, “constituyendo un mecanismo de protección de alta significación, además de una conquista de trascendencia histórica”, como dice Antônio Augusto Cançado Trindade (p. 8).

También se demuestra fundamental que los tratados de protección de los derechos económicos, sociales y culturales puedan contar con un eficaz mecanismo de vigilancia, previendo los informes, las peticiones individuales y las

comunicaciones interestatales. Sería importante agregar también la sistemática de las investigaciones *in loco*, sólo prevista en la Convención contra la Tortura y en el Protocolo Facultativo a la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. En este escenario, es fundamental alentar a los Estados a aceptar tales mecanismos. Ya no es admisible que los Estados acepten derechos y nieguen las garantías de su protección.

Además de estos mecanismos, es crucial que se fomente la elaboración de indicadores técnico-científicos para evaluar el cumplimiento y la observancia de los derechos económicos, sociales y culturales, especialmente en lo que atañe a sus necesarias progresividad y prohibición de retroceso social.

Otra estrategia es propiciar la visita de relatores especiales de las Naciones Unidas o de la Organización de los Estados Americanos para temas relativos a los derechos económicos, sociales y culturales. Las relatorías temáticas constituyen un medio eficaz para catalizar la atención y dar visibilidad a determinada violación de derechos humanos, así como también para proponer recomendaciones. Más que simbolizar un diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos, la mayor contribución de los relatores, al elaborar esos documentos, es hacer que sirvan de instrumento para la obtención de avances internos en el régimen de protección de los derechos humanos en determinado país. Al respecto, cabe mencionar el impacto positivo de la visita a Brasil del relator de las Naciones Unidas para la tortura, en 2000. Debe agregarse también el impacto de la visita del relator para el derecho a la alimentación a Brasil, en 2002.

Se destaca, aún, la inédita experiencia en Brasil de la creación de relatorías temáticas sobre los derechos económicos, sociales y culturales, inspiradas en las relatorías de las Naciones Unidas. Así se crearon las relatorías para: (a) salud; (b) vivienda; (c) educación; (d) alimentación; (e) trabajo y (f) medio ambiente. Tal como en el sistema de las Naciones Unidas, se propone que estas relatorías formulen un diagnóstico de la situación de cada área y hagan recomendaciones para asegurar el pleno ejercicio de tales derechos.

En suma, es necesario que se hagan esfuerzos para optimizar la justiciabilidad y la exigibilidad de los derechos

económicos, sociales y culturales, fortaleciendo la efectución del derecho a la inclusión social.

*4. Incorporar la agenda de derechos humanos en el trabajo de las instituciones financieras internacionales, de las organizaciones regionales económicas y del sector privado*

Para enfrentar los desafíos de la implementación de los derechos humanos, no basta solo enfocar el Estado. La propia Declaración sobre el Derecho al Desarrollo y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales resaltan la necesidad tanto de la adopción de programas y políticas nacionales como de la cooperación internacional. El artículo 4º de la Declaración destaca que la efectiva cooperación internacional es esencial para proveer a los países en desarrollo medios de alentar el derecho al desarrollo.

En el contexto de la globalización económica urge la incorporación de la agenda de derechos humanos por parte de actores no-estatales. En este sentido, surgen tres actores fundamentales: (a) agencias financieras internacionales; (b) bloques regionales económicos; y (c) sector privado.

En relación a las agencias financieras internacionales, el desafío consiste en que los derechos humanos puedan atravesar la política macroeconómica alcanzando las políticas fiscal, monetaria y cambiaria. Las instituciones económicas internacionales deben considerar cuidadosamente la dimensión humana de sus actividades y el fuerte impacto que las políticas económicas pueden tener en las economías locales, especialmente en un mundo cada vez más globalizado (ver Mary Robinson).<sup>12</sup>

Aunque las agencias financieras internacionales estén vinculadas al sistema de las Naciones Unidas, en su calidad de agencias especializadas, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, por ejemplo, carecen de la formulación de una política destinada a los derechos humanos. Tal política es una medida imperativa para el alcance de los propósitos de las Naciones Unidas y, sobre todo, para la coherencia ética y de principios que ha de pautar su actuación. La agenda de derechos humanos debe ser, así, incorporada al mandato de actuación de estas agencias.

Hay que romper con las paradojas producto de las tensiones entre, por un lado, la tónica inclusiva destinada a la promoción de los derechos humanos, consagrada en los relevantes tratados de protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas (especialmente el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y, por otro, la tónica excluyente dictada por la actuación especialmente del Fondo Monetario Internacional, en la medida en que su política, orientada por la llamada “condicionalidad”, somete países en desarrollo a modelos de ajuste estructural incompatibles con los derechos humanos.<sup>13</sup> Asimismo, hay que fortalecer la democratización, la transparencia y la *accountability* de estas instituciones.<sup>14</sup> Cabe recordar que el 48% del poder de voto en el FMI está en manos de siete Estados (Estados Unidos, Japón, Francia, Reino Unido, Arabia Saudita, China y Rusia) y que en el Banco Mundial el 46% del poder de voto se concentra en estos mismos Estados (ver UNDP, 2002). En la percepción crítica de Joseph Y. Stiglitz: “[...] tenemos un sistema que puede ser llamado control global sin un gobierno global, en el que pocas instituciones –el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la Organización Mundial del Comercio– y unos pocos jugadores –los ministerios de hacienda y del comercio, estrechamente vinculados a determinados intereses financieros y económicos– dominan la escena, pero en el cual muchos de los que son afectados por sus decisiones terminan casi sin voz de representación. Ha llegado la hora de cambiar algunas reglas que rigen el orden económico internacional [...]” (pp. 21-22).

En cuanto a los bloques regionales económicos, se vislumbran, del mismo modo, las paradojas producto de las tensiones entre la tónica excluyente del proceso de globalización económica y los movimientos que atinan a reforzar la democracia y los derechos humanos como parámetros para conferir una base ética y moral a la creación de un nuevo orden internacional. Por un lado, por lo tanto, se lanza la tónica excluyente del proceso de globalización económica y, por otro, emerge la tónica inclusiva del proceso de internacionalización de los derechos humanos, sumada al proceso de incorporación de las cláusulas democráticas y de derechos humanos por parte de los bloques económicos regionales. Aunque la formación de bloques económicos de alcance regional, tanto en la Unión Europea como en el

Mercosur, haya buscado no solo la integración y la cooperación de naturaleza económica sino también, posterior y paulatinamente, la consolidación de la democracia y la implementación de los derechos humanos en las respectivas regiones (lo que se constata con mayor evidencia en la Unión Europea y de forma bastante incipiente todavía en el Mercosur), se observa que las cláusulas democráticas y de derechos humanos no fueron incorporadas a la agenda del proceso de globalización económica.

En lo que se refiere al sector privado, se hace necesario acentuar su responsabilidad social, especialmente de las empresas multinacionales, en la medida en que constituyen las grandes beneficiarias del proceso de globalización. Basta citar que de las cien mayores economías mundiales, 51 son empresas multinacionales y 49, Estados nacionales. Es importante, por ejemplo, incentivar que las empresas adopten códigos de derechos humanos relativos a la actividad comercial; demandar sanciones comerciales a empresas violadoras de los derechos sociales; adoptar la “tasa Tobin” sobre las inversiones financieras internacionales, entre otras medidas.

*5. Reforzar la responsabilidad del Estado en la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales y del derecho a la inclusión social, así como en el reconocimiento de la pobreza como violación de derechos humanos*

Considerando los graves riesgos del proceso de desmantelamiento de las políticas públicas estatales en la esfera social, hay que redefinir el papel del Estado bajo el impacto de la globalización económica y reforzar su responsabilidad en lo tocante a la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales.

Como advierte Asbjorn Eide (p. 383): “Pueden y deben encontrarse caminos para que el Estado asegure el respeto y la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, a modo de preservar las condiciones para una economía de mercado relativamente libre. La acción gubernamental debe promover la igualdad social, enfrentar las desigualdades sociales, compensar los desequilibrios

creados por los mercados y asegurar un desarrollo humano sostenible. La relación entre gobiernos y mercados debe ser complementaria”.<sup>15</sup>

En el mismo sentido, señala Jack Donnelly (1998, p. 160): “Los mercados libres son económicamente análogos al sistema político basado en la regla de la mayoría, pero sin la observancia de los derechos de las minorías. Las políticas sociales, desde esta perspectiva, son esenciales para asegurar que las minorías, en desventaja o privadas por el mercado, sean consideradas con el mínimo respeto en la esfera económica. [...] Los mercados buscan eficiencia y no justicia social o derechos humanos para todos”.<sup>16</sup>

Y aún cabe agregar que el hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales no es sólo una obligación moral de los Estados sino una obligación jurídica, que tiene por fundamento los tratados internacionales de protección de los derechos humanos, en especial el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Los Estados tienen, así el deber de respetar, proteger e garantizar los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto. Este Pacto, que cuenta actualmente con la adhesión de 145 Estados-partes, enuncia un extenso catálogo de derechos, incluido el derecho al trabajo y a la justa remuneración, el derecho a formar sindicatos y afiliarse a ellos, el derecho a un nivel de vida adecuado, el derecho a la vivienda, el derecho a la educación, a la seguridad social, a la salud, etc. En los términos en que están previstos por el Pacto, estos derechos presentan una realización progresiva, y están condicionados a la actuación del Estado, que debe adoptar todas las medidas que posibiliten sus recursos disponibles,<sup>17</sup> con vistas a alcanzar progresivamente la completa realización de estos derechos (artículo 2º, párrafo 1º del Pacto).<sup>18</sup> Como afirma David Trubek: “Los derechos sociales, en tanto *social welfare rights*, implican la comprensión de que el gobierno tiene la obligación de garantizar adecuadamente tales condiciones para todos los individuos”.

Cabe reiterar que, en razón de la indivisibilidad de los derechos humanos, la violación a los derechos económicos, sociales y culturales propicia la violación a los derechos civiles y políticos, puesto que la vulnerabilidad económico-social lleva a la vulnerabilidad de los derechos civiles y

políticos. Como dice Amartya Sen (1999, p. 8): “La negación de la libertad económica, bajo la forma de la pobreza extrema, hace a la persona vulnerable a violaciones de otras formas de libertad. [...] La negación de la libertad económica implica la negación de la libertad social y política”.

Si los derechos civiles y políticos mantienen la democracia dentro de límites aceptables, los derechos económicos y sociales establecen los límites adecuados a los mercados. Mercados y elecciones, por sí solos, no son suficientes para asegurar derechos humanos para todos (Donnelly, 1998, p. 160).

*6. Fortalecer el Estado de Derecho y la construcción de la paz en las esferas global, regional y local, mediante una cultura de derechos humanos*

Finalmente, cabe poner de relieve que, en el contexto pos-11 de setiembre y posguerra en Irak, emerge el desafío de proseguir en el esfuerzo de construir un “Estado de derecho internacional”, en una arena proclive a privilegiar el “Estado-policía” en el campo internacional, fundamentalmente guiado por el lema de la fuerza y de la seguridad internacional. El riesgo es que la lucha contra el terror comprometa el aparato civilizatorio de derechos, libertades y garantías, bajo el clamor de la seguridad máxima. Basta pensar en la nueva doctrina de seguridad adoptada en los Estados Unidos, pautada por: (a) unilateralismo; (b) ataques preventivos; y (c) hegemonía del poderío militar estadounidense. Es preciso pensar en las nefastas consecuencias para el orden internacional de la hipótesis de que cada uno de los casi doscientos Estados invoque para sí el derecho de realizar “ataques preventivos”, tomando como base el unilateralismo. Sería lanzar el propio certificado de defunción del derecho internacional, celebrando el más puro hobbesiano “Estado de naturaleza”, en el que la guerra es el término fuerte y la paz se limita a ser la ausencia de la guerra.

El pretexto de combatir el llamado “imperio del mal” ha propagado, sobre todo, el “mal del imperio”. Hay investigaciones que demuestran el perverso impacto del pos-11 de setiembre en la composición de una agenda global tendencialmente restrictiva de derechos y libertades. A título de ejemplo, véase la encuesta publicada por *The Economist*<sup>19</sup> referente a la legislación aprobada, en los más diversos países,

para: ampliar la aplicación de la pena de muerte y demás penas; tramar discriminaciones insostenibles; afrontar el debido proceso legal y el derecho a juicio público y justo; admitir la extradición sin garantía de derechos; restringir derechos, como la libertad de reunión y de expresión, entre otras medidas.

Contra el riesgo del terrorismo de Estado y del enfrentamiento del terror con instrumentos del propio terror, sólo resta una vía, la vía constructiva de consolidación de los lineamientos de un “Estado de derecho” en el plano internacional. Sólo habrá un efectivo Estado de derecho internacional bajo el primado de la legalidad, con el “imperio del derecho”, con el poder de la palabra y la legitimidad del consenso.

A la luz de este contexto, marcado por el fin de las bipolaridades definidas (desde el término de la guerra fría), por la incertidumbre del destino de organismos internacionales y por el poderío de una única superpotencia mundial, el equilibrio del orden internacional exigirá la revalorización del multilateralismo y el fortalecimiento de la sociedad civil internacional, a partir de una solidaridad cosmopolita. Son esas las únicas fuerzas capaces de detener el amplio grado de discrecionalidad del poder del imperio, civilizar ese temerario “Estado de naturaleza” y permitir que, de alguna forma, el imperio del derecho pueda domar la fuerza del imperio.

Ante estos desafíos, resta concluir por la creencia en la implementación de los derechos humanos como racionalidad de resistencia y única plataforma emancipatoria de nuestro tiempo. Hoy más que nunca es menester inventar un nuevo orden, más democrático e igualitario, capaz de celebrar la interdependencia entre democracia, desarrollo y derechos humanos y que, sobre todo, se centre en la valorización de la absoluta predominancia de la dignidad humana.



## NOTAS

1. Al respecto, ver también Lafer (1988, p. 134). En el mismo sentido, afirma Ignacy Sachs (1998, p. 156): "Nunca se insistirá lo suficiente sobre el hecho de que el progreso de los derechos es fruto de luchas, que los derechos se conquistan, a veces con barricadas, en un proceso histórico lleno de vicisitudes, por medio del cual las necesidades y las aspiraciones se articulan en reivindicaciones y en banderas de lucha, antes de ser reconocidos como derechos". Para Allan Rosas (1995, p. 243), "El concepto de derechos humanos es siempre progresivo. [...] El debate sobre lo que son los derechos humanos y cómo deben ser definidos es parte integrante de nuestra historia, de nuestro pasado y de nuestro presente".
2. Y añade la autora (p. 441): "Los derechos individuales básicos no son del dominio exclusivo del Estado, sino que constituyen una legítima preocupación de la comunidad internacional".
3. Para Celso Lafer (1999, p. 145), de una visión *ex parte principis*, fundada en los deberes de los súbditos en relación al Estado, se pasa a una visión *ex parte populi*, fundada en la promoción de la noción de derechos del ciudadano.
4. Agregan los autores: "Las nuevas materias que el derecho internacional ha venido a absorber, en las condiciones referidas, son de índole variada: política, económica, social, cultural, científica, técnica, etc. Sin embargo, el libro muestra que, entre ellas hay que destacar tres: la protección y la garantía de los derechos del hombre, el desarrollo, y la integración económica y política". Según Héctor Fix-Zamudio (p. 184): "[...] el establecimiento de organismos internacionales de tutela de los derechos humanos, que el destacado tratadista italiano Mauro Cappelletti ha calificado como jurisdicción constitucional transnacional, en tanto control judicial de la constitucionalidad de las disposiciones legislativas y de actos concretos de autoridad, ha alcanzado el derecho interno, particularmente la esfera de los derechos humanos, y se ha proyectado en el ámbito internacional e incluso comunitario".
5. Cabe resaltar que la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño contemplan no sólo derechos civiles y políticos sino también derechos sociales, económicos y culturales, lo que refuerza la idea de la indivisibilidad de los derechos humanos.
6. Ver "Deepening Democracy in a Fragmented World", in *Human Development Report*, UNDP, 2002.
7. Añade el autor: "El desarrollo atañe a la transformación de las sociedades, al mejoramiento de las condiciones de vida de los pobres, a la capacitación de todos para que tengan oportunidades de realización y de acceso al sistema de salud y a la educación" (p. 252).

**8.** De acuerdo con datos del informe "Signos vitales", del Worldwatch Institute (2003), la desigualdad de ingresos se refleja en los indicadores de salud: la mortalidad infantil en los países pobres es trece veces superior a la de los países ricos; la mortalidad materna es 150 veces mayor en los países menos desarrollados que en los industrializados. La falta de agua limpia y de red sanitaria básica mata 1.700.000 personas por año (90% niños), al paso que 1.600.000 personas mueren de enfermedades producto del uso de combustibles fósiles para calentar y preparar alimentos. El informe llama la atención sobre el hecho de que la casi totalidad de los conflictos armados se concentra en el mundo en desarrollo, que produjo el 86% de refugiados en la última década.

**9.** Al concebir el desarrollo como libertad, sostiene Amartya Sen (pp. 35-36 y 297): "En ese sentido, la expansión de las libertades es vista concomitantemente como: (1) una finalidad en sí misma; y (2) el principal significado del desarrollo. Tales finalidades pueden ser llamadas, respectivamente, de función constitutiva y función instrumental de la libertad en relación al desarrollo. La función constitutiva de la libertad se vincula a la importancia de la libertad sustantiva para el engrandecimiento de la vida humana. Las libertades sustantivas incluyen las capacidades elementales, como la de evitar privaciones como el hambre, la malnutrición, la mortalidad evitable, la mortalidad prematura, así como también las libertades asociadas a la educación, la participación política, la prohibición de la censura [...]. En esta perspectiva constitutiva, el desarrollo implica la expansión de estas y de otras libertades fundamentales. Desarrollo, desde esta perspectiva, es el proceso de expansión de las libertades humanas". Sobre el derecho al desarrollo, ver también Vasak.

**10.** En cuanto a la sociedad civil internacional, obsérvese que de las 738 organizaciones no gubernamentales acreditadas en la Conferencia de Seattle, en los Estados Unidos, en 1999, el 87% eran de países industrializados. Este dato revela las asimetrías aún existentes en lo concerniente a la propia composición de la sociedad civil internacional, en lo que atañe a las relaciones Sur/Norte.

**11.** En efecto, todavía es grande la resistencia de muchos Estados a aceptar las cláusulas facultativas referentes a las peticiones individuales y comunicaciones interestatales. Conforme los datos de 2001, basta destacar que: (a) de los 147 Estados-partes del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, únicamente 97 aceptaron el mecanismo de las peticiones individuales (habiendo ratificado el Protocolo Facultativo para este fin); (b) de los 124 Estados-partes en la Convención contra la Tortura, sólo 43 aceptaron el mecanismo de las comunicaciones interestatales y de las peticiones individuales (en los términos de los artículos 21 y 22 de la Convención); (c) de los 157 Estados-partes en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, únicamente 34 aceptaron el mecanismo de las peticiones individuales (en los

términos del artículo 14 de la Convención); y, finalmente, (d) de los 168 Estados-partes en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, sólo 21 aceptaron el mecanismo de las peticiones individuales, habiendo ratificado el Protocolo Facultativo para ese fin.

**12.** Robinson aclara: "A título de ejemplo, un economista ya advirtió que el comercio y la política cambiaria pueden tener un impacto mayor en el desarrollo de los derechos de los niños que propiamente el alcance del presupuesto dedicado a la salud y a la educación. Un incompetente director del Banco Central puede ser más perjudicial a los derechos de los niños que un incompetente ministro de Educación".

**13.** Afirma Jeffrey Sachs (pp. 1.329-1.330): "Aproximadamente 700 millones de personas –las más empobrecidas– están en débito con los países ricos. Los llamados *highly indebted poor countries* [países pobres altamente endeudados] componen un grupo de 42 economías financieramente quebradas y ampliamente desestructuradas. Deben más de 100 millones de dólares al Banco Mundial, al Fondo Monetario Internacional, a otros bancos de desarrollo y a gobiernos [...]. Muchos de esos préstamos se contrajeron en regímenes tiránicos para atender a los propósitos de la guerra fría. Muchos reflejan ideas equivocadas del pasado. [...] El Jubileo 2000, una organización que tiene el apoyo de personas tan diversas como el papa Juan Pablo II, Jesse Jackson y Bono, el cantante de rock, ha defendido la eliminación de la deuda externa de los países más pobres del mundo. La idea es frecuentemente vista como irrealista, pero son los realistas quienes fracasan al intentar comprender las oportunidades económicas del orden contemporáneo. [...] En 1996 el FMI y el Banco Mundial anunciaron un programa de gran impacto pero sin generar un diálogo verdadero con los países afectados. Tres años después, estos planes fracasaron. Solamente dos países, Bolivia y Uganda, recibieron 200 millones de dólares, mientras cuarenta países esperan en la fila. En el mismo período, la bolsa de valores de los países ricos creció más de 5 billones, superando cincuenta veces el débito de los 42 países pobres. Por eso, es un juego cruel de los países más ricos del mundo protestar porque no tendrían cómo cancelar las deudas".

**14.** Al respecto, ver Stiglitz. Para este autor: "Cuando la crisis llega, el FMI prescribe soluciones anticuadas, inadecuadas, cuando no estandarizadas, sin tener en cuenta los efectos que podrían tener sobre los pueblos de los países a los cuales se les recomiendan tales políticas. Raramente vi previsiones sobre las consecuencias de esas políticas para los pobres. Raramente vi discusiones y análisis cuidadosos de las consecuencias de las políticas alternativas. Hubo una única prescripción. No se escucharon opiniones alternativas. La discusión franca y abierta fue desestimada –no existe espacio para esto. La expectativa era de que los países y las prescripciones políticas ideológicamente orientadas siguieran las directrices del FMI sin cuestionarlas. Actitudes como esta me sublevan. El

problema no es que frecuentemente generan resultados pobres; el problema es que son antidemocráticas” (p. xiv).

**15.** El autor complementa: “Donde la riqueza es igualmente distribuida y las oportunidades suficientemente equánimes, los individuos están en mejores condiciones de ocuparse de sus intereses y hay menos necesidad de gastos públicos por parte del Estado. Cuando, por otro lado, la riqueza es injustamente distribuida, la demanda por iguales oportunidades e igual ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales requiere un mayor gasto estatal, que se basa en una tributación progresiva entre otras medidas. Sin embargo, paradójicamente, la tributación para gastos públicos en las sociedades igualitarias parece mejor bienvenida que en las sociedades en las que la riqueza es injustamente distribuida” (p. 40).

**16.** Según el mismo autor (2001, p. 153): “Aliviar el sufrimiento de la pobreza y adoptar políticas compensatorias son funciones del Estado, no del mercado. Estas son demandas relacionadas a la justicia, a derechos y a obligaciones, y no a la eficiencia. [...] Los mercados simplemente no pueden ocuparse porque no tienen vocación para ello”.

**17.** Cabe resaltar que tanto los derechos sociales como los derechos civiles y políticos demandan del Estado prestaciones positivas y negativas y que es equivocada y simplista la comprensión de que los derechos sociales sólo demandarían prestaciones positivas, mientras que los derechos civiles y políticos demandarían prestaciones negativas, o la mera abstención estatal. A título de ejemplo, cabe preguntarse cuál es el costo del aparato de seguridad mediante el cual se aseguran derechos civiles clásicos, como el derecho a la libertad y el derecho a la propiedad o, incluso, cuál el costo del aparato electoral que da curso a los derechos políticos, o del aparato de justicia que garantiza el derecho de acceso a la justicia. Es decir, los derechos civiles y políticos no se restringen a demandar la mera omisión estatal ya que su implementación requiere políticas públicas dirigidas, que implican también un costo.

**18.** La expresión “realización progresiva” ha sido frecuentemente mal interpretada. En su “General Comment n. 3” (1990), sobre la naturaleza de las obligaciones estatales concernientes al artículo 2º, párrafo 1º, el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (UN doc. E/1991/23.) afirma que si la expresión “realización progresiva” constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de los derechos sociales, económicos y culturales no puede ser alcanzada en poco tiempo, esta expresión debe ser interpretada a la luz de su objetivo central, que es establecer claras obligaciones a los Estados-partes, en el sentido de adoptar medidas, tan rápidamente como sea posible, para la realización de estos derechos.

**19.** “For Whom the Liberty Bell Tolls”, *The Economist*, 31 ago. 2002, pp. 18-20.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARENDR, Hannah. *As origens do totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Cia. das Letras, 1989.
- BEDJAOU, Mohammed. "The Right to Development". In: \_\_\_\_\_ . *International Law: Achievements and Prospects*, 1991.
- BOBBIO, Norberto. *Era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1988.
- BUERGENTHAL, Thomas. "Prólogo". In: A.A. CANÇADO TRINDADE. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, p. xxxi. São Paulo: Saraiva, 1991.
- DONNELLY, Jack. *International Human Rights*. Colorado: Westview Press, 1998.
- \_\_\_\_\_. "Ethics and International Human Rights". In: \_\_\_\_\_ . *Ethics and International Affairs*. Japan: United Nations University Press, 2001.
- EIDE, Asbjorn. "Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights"; "Obstacles and Goals to be Pursued". In: A. EIDE et al., 1995.
- EIDE, Asbjorn et al. *Economic, Social and Cultural Rights*. Dordrecht/Boston/Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.
- EIDE, Asbjorn y ROSAS, Allan. "Economic, Social and Cultural Rights: A Universal Challenge". In: A. EIDE et al., 1995.
- ESPIELL, Hector Gros. *Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano*. San José: Libro Libre, 1986.
- FARMER, Paul. *Pathologies of Power*. Berkeley: University of California Press, 2003.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Protección jurídica de los derechos humanos*. Mexico: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991.
- FRASER, Nancy. "Redistribución, reconocimiento y participación: hacia un concepto integrado de la justicia". In: UNESCO. *Informe Mundial sobre la Cultura*, 2000-2001.
- HENKIN, Louis et al. *International Law: Cases and Materials*. 3. ed.

Minnesota: West Publishing, 1993.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

\_\_\_\_\_. *Comércio, desarmamento, direitos humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

PEREIRA, André Gonçalves y QUADROS, Fausto de. *Manual de direito internacional público*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

PIOVESAN, Flavia y PIMENTEL, Silvia. *Contribuição a partir da perspectiva de gênero ao Relatório Alternativo sobre oPidesc, Brasil*. São Paulo: Cladem, 2002.

ROBINSON, Mary. “Constructing an International Financial, Trade and Development Architecture: The Human Rights Dimension”. Zurique, 1 Julio 1999. Disponible en: <<http://www.unhchr.ch/hurricane/hurricane.nsf/0/0F71A933C5C3673F802567A100581224?opendocument>>. Consultado en 19 abril, 2004.

ROSAS, Allan. “So-Called Rights of the Third Generation”. In: A. EIDE et al., 1995, p. 243.

\_\_\_\_\_. “The Right to Development”. In: A. EIDE et al., pp. 254-255, 1995.

SACHS, Ignacy. “Desenvolvimento, direitos humanos e cidadania”. In: P.S. PINHEIRO y S.P. GUIMARÃES (org.). *Direitos humanos no século XXI*. Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais y Fundação Alexandre de Gusmão, 1998a.

\_\_\_\_\_. “O desenvolvimento enquanto apropriação dos direitos humanos”. *Estudos Avançados*, 12 (33), p. 149, 1998b.

SACHS, Jeffrey. “Release the Poorest Countries for Debt Bondage”. *International Herald Tribune*, 12-13 June 1999, p. 8. *Apud* H. STEINER y P. ALSTON, *International Human Rights in Context: Law, Politics and Morals*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2000.

SANTOS, Boaventura de Souza. “Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade”; “Por uma concepção multicultural de direitos humanos”. In: \_\_\_\_\_, *Reconhecer para libertar: os caminhos do*

- cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- SEN, Amartya. *Development as Freedom*. Nueva York: Alfred A. Knopf, 1999.
- \_\_\_\_\_. "Foreword". In: P. FARMER, *Pathologies of Power*. Berkeley: University of California Press, 2003.
- SIKKINK, Kathryn. "Human Rights, Principled Issue-Networks, and Sovereignty in Latin America". In: *International Organizations*. Massachusetts: IO Foundation/Massachusetts Institute of Technology, 1993.
- STIGLITZ, Joseph E. *Globalization and its Discontents*. Nueva York/Londres: WW Norton Company, 2003.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- TRUBEK, David. "Economic, Social and Cultural Rights in the Third World: Human Rights Law and Human Needs Programs". In: T. MERON (ed.), *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues*, p. 207. Oxford, Clarendon Press, 1984.
- UNDP (United Nations Development Programme). *Human Development Report 2002*. Nueva York/Oxford: Oxford University Press, 2002.
- VASAK, Karel. *For the Third Generation of Human Rights. The Rights of Solidarity*. International Institute of Human Rights, 1979.

OSCAR VILHENA VIEIRA

Coordinador de Sur – Red Universitaria de Derechos Humanos  
y profesor de Derecho de la Pontificia Universidad Católica y de la  
Fundación Getúlio Vargas, São Paulo, Brasil.

A. SCOTT DUPREE

Director de programas de Conectas Derechos Humanos

## RESUMEN

¿Por qué nuestras sociedades aún aceptan, y hasta perpetúan, violaciones a los derechos humanos? En la primera parte de este artículo analizamos por qué las personas, individualmente, respetan o dejan de respetar los derechos de las demás. Entre otros factores, esa falta de respeto surge de la persistente desigualdad que crea la exclusión moral y, por consiguiente, promueve la invisibilidad de los excluidos y la demonización de los que luchan por sus derechos.

La segunda parte del texto muestra el papel crucial de la sociedad civil que, con sus variados intereses, proporciona un discurso plural, hace públicas las injusticias, protege el espacio privado, interactúa directamente con los sistemas legales y políticos y promueve la innovación social. Con vistas a construir una agenda que fortalezca la futura discusión de los derechos humanos, los autores sugieren tres estrategias: el perfeccionamiento de la capacidad de comunicación y educación; la inversión en alternativas innovadoras, como por ejemplo el abordaje proactivo, y la implantación de redes que proporcionen un diálogo activo entre diversidades.



# REFLEXIÓN SOBRE LA SOCIEDAD CIVIL Y LOS DERECHOS HUMANOS

Oscar Vilhena Vieira y A. Scott DuPree



## PARTE 1 Derechos humanos: un desafío permanente

En la última mitad del siglo pasado, el lenguaje de los derechos se transformó en un lugar común. Para espanto de muchos, se convirtió en una herramienta política durante el período de la guerra fría e invadió la política externa como un arma altamente selectiva para atacar a los enemigos. Desde una perspectiva positiva, la guerra fría desempeñó un papel importantísimo al propiciar que el lenguaje de los derechos humanos se escuchara en todo el mundo. Resulta difícil imaginar que las Naciones Unidas hubieran podido, ellas solas, efectuar una diseminación tan amplia.

Indiscutiblemente, la demanda por un sistema internacional justo está a la orden del día. La protesta mundial por la paz, el 15 de febrero de 2003, reunió millones de personas en todos los continentes, no solo para demostrar la oposición a la ofensiva contra Irak sino también para apoyar a las Naciones Unidas. Una de las razones que explican esta reacción ante la injusticia reside en el hecho de que hemos fallado en poner término a las violaciones de los derechos humanos básicos. Los derechos sociales, culturales, civiles, económicos y políticos se han incorporado a los sistemas legales nacionales e internacionales, pero en realidad son pocos los que los disfrutan.

¿A qué se debe este persistente desprecio por los derechos?  
Y ¿qué podemos hacer para cambiar esto?

### ¿Quién debe respetar los derechos humanos?

La primera cuestión puede parecer obvia pero conviene explorarla: ¿quién debe respetar los derechos humanos? En otras palabras, ¿quién es el responsable de esa continua falta de respeto?

Una respuesta simple a esta cuestión es que el Estado debe respetar los derechos humanos. Esto es correcto. Los peores abusos, omisiones y transgresiones son responsabilidad del Estado, tomado aquí como la autoridad gobernante (la policía, la justicia, el poder legislativo, los servicios públicos y la política externa) que nace de alguna forma de pacto social. La presencia y el poder de la autoridad estatal son tan dominantes en todas las esferas de nuestras vidas que los derechos humanos frecuentemente se conciben como un conjunto de principios, o pactos, entre el Estado y los que son gobernados por él. Aquí se argumenta, sin embargo, que los derechos humanos van más allá de la relación entre el Estado y el individuo, por tres razones: (1) los derechos humanos exigen la sumisión individual voluntaria a una obligación correlativa de respetar el derecho de los otros; crean, por tanto, obligaciones intersubjetivas; (2) dependen, tanto positiva como negativamente, de autoridades no estatales; (3) la disminución de los mandatos de los Estados, como resultado del proceso de globalización, promueve la reducción del papel de la autoridad pública. En reconocimiento al conjunto más amplio de los agentes que deben respetar los derechos, el artículo 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se refiere explícitamente a “un orden social e internacional”, que implica a otros agentes –individuos, comunidades, otras autoridades no estatales, corporaciones y la comunidad internacional– como sujetos de obligaciones en relación con los derechos humanos.

Por encima de todo, el respeto a los derechos humanos es responsabilidad de individuos. Incluso los mayores abusos perpetrados contra los derechos humanos se cometen frecuentemente, aunque no siempre, debido a fallas individuales. La actuación de los individuos se amplía mediante el acceso a la autoridad estatal, corporativa o

informal. Separar a los individuos de los contextos en los cuales son generados, nutridos y prosperan es insensato. Pero, claramente, estos necesitan respetar los derechos.

La ilusión de que el Estado es la única parte responsable respecto de los derechos humanos debería desaparecer definitivamente. La autoridad está en cualquier poder que un individuo o grupo tenga sobre otro, y no únicamente en el poder del Estado. Los grupos sociales ejercen esa autoridad sobre sus miembros. El Estado puede restringir o desalentar sus abusos, pero no privarlos del poder que ejercen. Nuestra hipótesis debe explicar también por qué esas fuerzas sociales, que agrupadas formal o informalmente componen un nivel de “autoridad”, no respetan los derechos humanos.

El sector privado asume de hecho el control de muchas áreas críticas para la vigencia de los derechos humanos. Por lo tanto, al focalizar solo la autoridad del Estado, no se explica por qué los derechos de las personas no se respetan. Los enormes esfuerzos para la creación de un concepto de responsabilidad social del sector corporativo, en las últimas décadas, deberían servir para ilustrar la necesidad de una discusión acerca de los derechos humanos que incluya y trascienda la dualidad Estado-ciudadano. El Global Compact promovido por las Naciones Unidas, es un ejemplo de tal discusión.

Volviendo a nuestra cuestión, es necesario buscar las razones por las cuales todos (y recordamos que “todos” incluye individuos, Estado, sector privado y grupos sociales) elegimos respetar o no los derechos humanos. Comenzaremos por examinar las razones por las cuales la gente respeta los derechos humanos.

### ¿Por qué la gente respeta los derechos humanos?

Este texto ahonda en tres razones por las cuales la gente respeta los derechos humanos: cognitivas, instrumentales y morales.

**La razón cognitiva.** Necesitamos saber qué son los derechos. La información es un elemento esencial para hacer elecciones. Esta nos llega por diversos medios, fuentes culturales y educacionales. Las informaciones acerca de los derechos humanos deben vincular los individuos con los principios universalizados que integran los derechos humanos, o decir

claramente dónde estos no se encuentran, dentro de los valores desarrollados en cada contexto.

No se trata de un punto trivial. En muchas sociedades y idiomas, las palabras y términos del vocabulario de los derechos a veces no existen, o se están inventando. El concepto de que las personas están dotadas de derechos se ve frecuentemente contrariado en la vida diaria, en la medida en que existen privilegios, a título religioso o jerárquico, en virtud de los sistemas culturales vigentes. Esto se comprueba no solo en prácticas tales como la mutilación de órganos genitales femeninos o los sistemas de castas, sino también por el derecho, reconocido en varias sociedades, de portar armas, castigar con pena de muerte o usar niños como soldados.

En la medida en que los derechos humanos no son respetados por falta de entendimiento, es crucial invertir en la educación. Sin embargo, la cognición no es solo resultado de la educación formal. El diálogo y la participación activa en la evolución del lenguaje de los derechos son esenciales para una lógica cognitiva sostenible. En este sentido, la educación crea un lenguaje común; no obliga a la persona a seguir las reglas de los derechos humanos, sino que la capacita para que haga mejores opciones basada en informaciones. La razón cognitiva, por lo tanto, es una fuerza necesaria, pero no motriz, para la lógica de los derechos humanos. Basta recordar que algunas de las mayores violaciones a los derechos humanos en la historia moderna fueron perpetradas por sociedades con alto grado de instrucción.

**Razones instrumentales:** la gente respeta los derechos para obtener beneficios o evitar castigos. Desde una perspectiva instrumental estrecha, el respeto a los derechos se ve reforzado cuando su desconsideración es claramente perjudicial para la propia imagen, el bienestar psíquico o la integridad física, por lo que resulta ventajoso respetarlos. Para tener valor instrumental, el respeto a los derechos debe aportar un beneficio. Según este razonamiento instrumental, llamado utilitarismo, en la tradición de Bentham, los individuos buscan maximizar sus ventajas sociales y económicas. Tres razones instrumentales se ponen en discusión aquí: (1) coerción del Estado; (2) presión social; (3) reciprocidad.

1. En la medida en que la persona teme puniciones o espera recompensas por parte del Estado, respeta las normas legales que incorporan los derechos humanos. Este es un argumento que podría llamarse hobbesiano. La coerción del Estado puede ser un instrumento efectivo de los derechos humanos en ciertas circunstancias y es también una condición necesaria, pues siempre puede existir algún nivel de comportamiento antisocial incontrolable. No obstante, se respetan derechos en ausencia de coerción. Sería insostenible para cualquier sociedad arcar con los costos del nivel de coerción estatal necesario para asegurar el cumplimiento de todos los derechos. Vamos a imaginar, por ejemplo, que la amenaza de una multa, o algo peor, fuese la única razón por la cual no se atraviesan semáforos en rojo. Una razón mucho más fuerte es el instinto de evitar un accidente, asociado a la comprensión de que infringir la regla puede causarlo.

El espectro de la punición o la recompensa que los Estados pueden usar como instrumento ha sido minimizado, sobre todo en las últimas décadas. Los Estados mantienen un monopolio sobre la violencia (guerras) y la punición (sistemas legales), pero su actuación se ha reducido visiblemente en el área de los servicios sociales, más específicamente, trabajo, educación, salud, previsión social y otras áreas vinculadas a los subrespetados derechos sociales y económicos.

Además, no podemos olvidar que los Estados han sido los peores violadores de los derechos humanos. Debemos fortalecer, por consiguiente, tanto la coerción restrictiva como la positiva del Estado, teniendo en vista su responsabilidad y los límites razonables de su autoridad.

2. Las razones instrumentales van más allá de las estructuras legales. Las personas forman parte de grupos y de comunidades que modelan y determinan sus acciones. Una segunda razón instrumental para que se respeten los derechos humanos consiste en la expectativa de represalia o recompensa por parte de la comunidad a la cual se pertenece. Por motivos obvios, la presión social es una razón compleja e indirecta para los derechos humanos. Los individuos no pertenecen a un único grupo; por el contrario, reciben la influencia de varios grupos y poquísimos de ellos son ajenos a los derechos. Pero el acercamiento y la participación de los individuos en grupos sugieren que la presión social tiene considerable influencia.

3. Concedemos a los otros los derechos que deseamos que ellos nos concedan. Teóricamente, la reciprocidad se relaciona con la diferencia, pues nos da una razón para esperar que las personas diferentes deban ser tratadas como deseamos ser tratados. Por lo tanto, oímos porque queremos ser oídos, y respetamos la propiedad ajena porque queremos asegurar nuestra propiedad. La reciprocidad no expresa cualidad transcendental alguna, de bien o mal. No implica que el asesinato, la tortura, el hambre, el analfabetismo y las enfermedades evitables sean malos en sí mismos. Reciprocidad significa que no puedo aceptar ciertas cosas para los otros, a menos que las acepte para mí mismo. No afirma ni niega la existencia de una estructura moral más profunda. Fuera de esto, hay poco para decir acerca de las situaciones de desigualdad. La reciprocidad como razón para respetar los derechos humanos es variable. Si se parte de una estructura de ventaja mutua, los individuos tienen un incentivo para trampear, juzgando que “lo que me interesa es que todos cooperen, y yo no”. En otras palabras: que todos acepten las reglas que son mutuamente ventajosas, cuando hay adhesión, aunque yo, de mi parte, pueda romperlas cuando me resulte ventajoso hacerlo.<sup>1</sup>

1. Para mayores detalles sobre reciprocidad, ver Brian Barry, *Justice as Impartiality*. Oxford, 1999, p. 5.

**Razones morales:** la gente respeta los derechos porque cree que los seres humanos están dotados de igual valor moral. Los derechos no tienen sentido, a menos que aceptemos una dimensión humana moral fundamental y que cada ser humano merece ser tratado como un fin, y no como un medio. Es el argumento kantiano de respeto a los derechos. Es fácil entender la moralidad, pero esta resiste al reduccionismo. Se puede elaborar una razón moral para respetar los derechos desde una perspectiva más procedente: tenemos que respetar los derechos de otras personas porque, en virtud del consenso democrático, admitimos que los seres humanos los poseen, sin importar el status, la condición social, la raza o cualesquiera otras diferencias.

Lo esencial es que los derechos humanos deben tener una autoridad moral con un mínimo de principios operacionales, y no como una visión utópica. Aquello que atestiguamos en la década pasada en Ruanda, Kosovo, Colombia y Birmania, solo para citar algunos pocos ejemplos, demuestra que aún estamos lejos de realizar esas protecciones. Sin ellas, millones

de personas seguirán siendo víctimas del poder y de la ambición desenfrenados.

En resumen, proponemos elementos centrales para explicar que el respeto a los derechos incluye: saber lo que son y reflexionar sobre ellos; simetría y consonancia con la lógica instrumental; y creencia en la igualdad, en tanto dimensión moral de todas las personas. En la práctica, estas tres condiciones implican que las normas de los derechos en sí son dinámicas y surgen de los procesos sociales. Jürgen Habermas, al desarrollar su discurso ético, teoriza la manera en que se manifiesta tal proceso: “Para que una norma sea válida, las consecuencias y los efectos colaterales que se pueden esperar de su cumplimiento en general, para satisfacer los intereses particulares de cada persona involucrada, deben ser tales que todos los afectados puedan aceptarlos libremente”.<sup>2</sup> La validación de normas a partir de diversas perspectivas proporciona la autoridad cognitiva, instrumental y moral de un respeto a los derechos implantado profundamente en el seno de la sociedad. Así, podemos ver el discurso social continuo como el proceso que crea las condiciones lógicas para que se respeten los derechos humanos.

2. Jürgen Habermas, *Moral Consciousness and Communicative Action*. Massachusetts Institute of Technology, 1990, p. 120.

### ¿Por qué la gente no respeta los derechos de los otros?

Uno de los temas más urgentes que enfrentan hoy quienes promueven los derechos humanos es la desigualdad social y económica. Actualmente, la desigualdad es avasalladora y creciente. A título de ilustración, consideremos la desigualdad económica medida por el acceso a recursos financieros (como podríamos también discutir las persistentes desigualdades provenientes de las diferencias religiosas, sociales, de clase, de raza o sexuales). Cerca de una de cada cinco personas en el mundo vive con menos de un dólar por día. En países como el Brasil, el sector más rico de la población, equivalente al 1%, controla el mismo volumen de recursos que el 50% más pobre. Como señala el Informe sobre el Desarrollo Humano de las Naciones Unidas, la falta de recursos significa también la carencia de educación, condiciones de salud, vivienda, agua e infraestructura sanitaria adecuadas. La ausencia de esas condiciones básicas para la mayoría crea una situación de disparidad entre los que tienen y los que no tienen acceso a

ellas, y coloca a estos últimos en una posición de inferioridad. Esto ocurre en las naciones más y menos prósperas.

La desigualdad social y la económica accionan la exclusión moral. Reducen la percepción de la igualdad entre los seres humanos destruyendo las condiciones de respeto de los derechos humanos. En 2002, en la campaña presidencial del Brasil, uno de los principales candidatos declaró que “iba a defender los derechos humanos, pero que también defendería a los seres humanos ‘derechos’ [que obedecen las leyes]”.<sup>3</sup> Esto significa que las personas pueden ser menos que humanas si no se ajustan a la categoría de persona válida. Es demasiado fácil asegurar nuestro propio bien cuando se focaliza un enemigo fácil. En tales circunstancias, los derechos pueden a menudo parecer una farsa, una cuestión de poder de aquellos que están entre los pocos afortunados que negocian los términos para los excluidos. La exclusión moral se manifiesta con dos características distintas:

3. En un reportaje del diario *Folha de S. Paulo*, del 17 de septiembre de 2002, el candidato José Serra afirmó que iba a “defender los derechos humanos, pero también a los seres humanos ‘derechos’”.

**Invisibilidad de los excluidos.** El verdadero estado de sufrimiento y dolor de esos individuos no es compartido por los incluidos. Aunque existan en tanto fuerza colectiva (económicamente, como medio de producción, y políticamente, como sujetos a ser gobernados), tienen poca voz y pocos medios directos para movilizar o incomodar a aquellos que se encuentran en la cima. Su sumisión opaca y silenciosa a las más altas realidades jerárquicas los vuelve invisibles. Esta invisibilidad se ve reforzada por un aspecto cultural algunas veces aceptado, y hasta profundizado, con la connivencia de miembros de estos grupos invisibles. Las percepciones negativas de capacidad y desigualdad se convierten en *statu quo*, arraigándose en todos los niveles de acción y creando impermeabilidad a los cambios.

**Demonización** de los que están siendo marginados y pueden desafiar el *statu quo*. La fuerza y la cantidad de las poblaciones excluidas –ya sea que busquen la igualdad religiosa o de raza, traten de obtener bienes, como tierra, trabajo y servicios de salud, o se comporten de manera antisocial– son una amenaza directa a los elementos de la sociedad más prósperos y mejor situados, y al interés de estos en mantener o expandir sus privilegios. De este modo, la lucha de los excluidos aparece como un problema que debe eliminarse. La violencia es a



menudo el instrumento utilizado para tratar a los que se resisten a la injusticia.

Las políticas, prácticas sociales e incluso leyes que niegan la igualdad de valor a las personas que pertenecen a grupos vulnerables son todavía un lugar común. Para hacerlas viables, se recurre siempre a justificativos en términos de prioridad social o de imperativos económicos. Por ejemplo, el miedo engendrado en los Estados Unidos tras el ataque al World Trade Center el 11 de septiembre de 2001, permitió que el gobierno norteamericano ignorase los derechos de los soldados afganos capturados en la guerra de represalia a Afganistán y que iniciase una campaña mundial contra los enemigos demonizados, ignorando la posibilidad de justificar sus acciones por medio de la legislación internacional. En el mundo en desarrollo, se atropellan los derechos mínimos individuales en nombre de principios económicos ortodoxos. En cierta dimensión, el temor por la seguridad nacional e internacional prevalece sobre los derechos humanos. Sin embargo, una base social fuerte, en la cual los derechos humanos estén comprendidos, con sistemas de castigo y recompensa y con un lenguaje moral compartido, establecerá los límites mínimos para que estos sean respetados.

Las consecuencias de este proceso de desvalorización de la humanidad son muy negativas para la vigencia de los derechos humanos y responden, al menos parcialmente, a la pregunta sobre las causas de las violaciones de los derechos humanos en el mundo actual. A los que están en la parte más baja de la pirámide social, cuyos derechos deberían ser protegidos, se los trata como objetos, o como enemigos. Al mismo tiempo se refuerzan la impunidad y el privilegio de los que están en la cima. El problema reside, por lo tanto, en la necesidad de desarrollar una lógica de los derechos humanos –que podríamos definir como cosmopolitismo ético– que convenza a los individuos, los grupos y las sociedades sobre la necesidad de tratar a cada individuo como un sujeto de igual valor intrínseco. Desde la perspectiva del cosmopolitismo ético, los derechos humanos estarían integrados en los programas (razón cognitiva), serían promovidos por sistemas de coerción y recompensa (razón instrumental) y se convertirían en obvios gracias a una norma compartida sobre la dignidad de la humanidad (razón moral).

Retomando la cita anterior de Habermas, enfatizamos que la concepción de derechos humanos tiene una dinámica tanto moral como política, comprendida por medio del discurso social. Este discurso ético necesita un diálogo actualizado y de estructuras que permitan cambios continuos, de modo que una norma sea vista desde todas las perspectivas. Esto requiere simetría, imparcialidad y apertura, que deben ser conducidas por una asociación voluntaria que maximice la opción y la plena participación del individuo. Consideramos que la sociedad civil es el ambiente en el que naturalmente cada una de las diversas perspectivas y el diálogo acerca de las normas se dan como un proceso continuo. La lógica de la sociedad civil es la acción de individuos y de grupos para expresar y realizar los diversos y válidos deseos y necesidades de la sociedad. En la próxima sección de este texto reflexionaremos sobre el papel de la sociedad civil en la construcción de un cosmopolitismo ético mundial para la realización de los derechos humanos.

## PARTE 2

### Sociedad civil y derechos humanos

¿Qué entendemos por sociedad civil y qué nos lleva a pensar que una sociedad civil fuerte es importante para el respeto a los derechos humanos? La expresión “sociedad civil” ha sido apropiada por tradiciones intelectuales y políticas diferentes, y algunas veces antagónicas.

Desde una perspectiva normativa, definimos sociedad civil como la esfera de la vida que no fue colonizada por el *ethos* instrumental del Estado y el mercado. En la tradición maquiavélica, la lucha por el poder entre los Estados y en el interior de ellos se basa en una acción estratégica, en la cual la legitimidad de los medios se mide por los resultados. Ese *ethos* instrumental choca con la moralidad de los derechos, según la cual la persona es un fin en sí mismo y la moralidad no puede ser usada para conquistar otros objetivos. En el mercado, también prevalece el *ethos* instrumental, ya que la lógica de la economía es la maximización de los beneficios (económicos), mediante el uso de recursos mínimos, de los cuales las personas (los trabajadores) son un medio para la producción de ganancias. En un mundo dominado por el mercado y por Estados, el continuo debate social, político y

económico que tiene lugar en la sociedad civil es esencial para la creación y el fortalecimiento de las condiciones necesarias para el respeto a los derechos humanos. Esto no disminuye la importancia estratégica de establecer un buen gobierno democrático e incorporar a este la responsabilidad social. Sin embargo, solo una sociedad civil saludable podrá catalizar modelos de derechos humanos más responsables.

La definición de sociedad civil propuesta por Jan Aart Scholte es un punto de partida útil: “La sociedad civil es el espacio político en el cual asociaciones voluntarias buscan explícitamente formular las reglas (en términos de políticas específicas, normas más abarcadoras y estructuras sociales más profundas) para gobernar uno u otro aspecto de la vida social”.<sup>4</sup>

Las organizaciones y asociaciones de la sociedad civil asumen diferentes formas, pero tienen en común la característica de ampliar las voces de los intereses particulares y abogar naturalmente en favor de los grupos excluidos e invisibles. Jean Cohen y Andrew Arato señalan cuatro características de la sociedad civil que tomamos como marco estructural para entender la amplitud del impacto potencial que tiene en esta esfera la discusión sobre los derechos humanos: publicidad (instituciones de cultura y comunicación); pluralidad (diferenciación de intereses y formas); privacidad (un ambiente que sostenga el desarrollo y la expresión del individuo); y legalidad (la estructura de leyes y derechos básicos que propicien la publicidad, la pluralidad y la privacidad).<sup>5</sup>

Las asociaciones que promueven los derechos humanos frecuentemente surgieron en respuesta al abuso gubernamental, a restricciones genéricas o específicas de los derechos humanos o en otras circunstancias adversas. El movimiento incluye una gama de organizaciones que formulan un discurso liberador y de justicia social en términos de derechos. Estas asociaciones tomaron la decisión estratégica de promover el discurso de los derechos humanos en oposición a otras formas de acción política. Se dividen, reflejando el desenvolvimiento de estos conceptos en los acuerdos de las Naciones Unidas, en los siguientes ámbitos: derechos civiles y políticos (participación en el gobierno, protección y seguridad individual, asociación y expresión, acceso a la justicia); derechos sociales y económicos (ingresos, empleo,

4. Jan Aart Scholte, *Civil Society and Democracy in Global Governance*. CSGR Working Paper n. 65/01, Centre for the Study of Globalization and Regionalization, Universidad de Warwick, enero de 2001.

5. Jean L. Cohen & Andrew Arato, *Civil Society and Political Theory*. Massachusetts Institute of Technology, 1994, p. 347.

educación y formación, servicios de salud, acceso a la información); y derechos culturales.

### **¿De qué manera la sociedad civil es un actor esencial para los derechos humanos?**

El avance en la vigencia de los derechos humanos requiere el establecimiento de condiciones que conduzcan al respeto por ellos. Estas condiciones crean normas que tienen en cuenta los aspectos cognitivo, instrumental y moral surgidos del diálogo progresivo, unen distintas perspectivas y recrean constantemente tales normas como principios dinámicos y universales. Si lo que se busca es justicia, es imposible escapar de este proceso, porque el diálogo en sí es un componente de la justicia. La realización de los derechos es un proceso, que no se da únicamente por la incorporación de derechos a estructuras legales nacionales e internacionales. La sociedad civil crea y recrea las condiciones para validar y concretizar los derechos humanos. Enfatizamos cinco aspectos de esta acción: (1) ofrecer una esfera de acción para todos los grupos sociales; (2) hacer pública la injusticia; (3) proteger el espacio privado de la incursión del Estado y del mercado; (4) intervenir e interactuar directamente en los sistemas legales y políticos; (5) promover la innovación social.

**Un discurso plural.** El discurso de los derechos humanos debe ser práctico, responsable y accesible a una pluralidad de perspectivas. Debe incorporar a los grupos despreciados e invisibles como proponentes de los cambios que consideren necesarios a la justicia. Obviamente, la sociedad civil es el origen de los clamores conflictivos de justicia, y un aspecto del diálogo es la negociación entre varios derechos y la distribución de los recursos a ser invertidos en soluciones. Por ejemplo, para cierto individuo la seguridad personal y un buen trato por parte de la ley se corresponden con su idea de justicia. La perspectiva será otra para una persona que viva en estado de inseguridad, o esté directamente afectada por una acción legal. La discusión de los derechos humanos no es un mecanismo para la resolución de estas cuestiones; es un espacio en el cual pueden resolverse por medio de la interacción y el diálogo entre todos los involucrados en el problema.

**Injusticia pública.** Los grupos de la sociedad civil son buenos perros de caza para detectar injusticias, pues dan voz a perspectivas y puntos ventajosos que, de otro modo, no serían escuchados. Para que esto se haga realidad, la asociación y el diálogo deben estar abiertos y con un mínimo de intervención. De este modo, al llevar la injusticia a la esfera pública, la sociedad civil contribuye a que se hagan efectivos los derechos humanos. Pueden surgir problemas cuando grupos más influyentes y poderosos ahogan las voces de los menos poderosos, en la propia sociedad civil. En parte, esto está protegido por el principio asociativo –los individuos se asocian en varios niveles y con diversos intereses, basados en sus propias necesidades de expresión social y particular– y también por el hecho de que la fuerza de la sociedad civil proviene directamente de la coexistencia de perspectivas distintas. De este modo, distintos grupos actúan en el campo de los derechos humanos al divulgar y sacar a la luz la injusticia, al defender cambios o ejercer presión para que ocurran. Los grupos pueden ejercer presión produciendo y proporcionando informaciones, educando al público y a otros grupos, proponiendo políticas públicas y dando curso a acciones legales.

**Protección del espacio privado.** La sociedad civil define un espacio para la expresión y el desarrollo del individuo, que se distingue de la lógica del ciudadano y del consumidor con respecto al Estado o al mercado. La individualidad se expresa mediante la asociación o la no participación, siendo por lo tanto ampliamente electiva. En términos de derechos, esta visión del individuo es crucial, porque considera a cada persona como un fin en sí mismo. Los grupos de derechos humanos protegen este espacio, al buscar condiciones necesarias y positivas que propicien la expresión individual y refuercen los límites de la acción del Estado y del mercado.

**Participación directa en los sistemas legales y políticos.** En cada país y a nivel internacional, han sido promulgadas, hasta cierto punto, leyes y políticas públicas que conducen a la realización de los derechos humanos. Las leyes y normas incorporadas a estos sistemas solo se hacen efectivas en la medida en que son usadas, refinadas y aprobadas, y así validadas, por la sociedad civil. Grupos de derechos humanos

han participado directamente de este proceso, al llevar casos a los tribunales, proporcionar informaciones y datos esenciales para el refinamiento de las políticas públicas y proponer nuevos mecanismos –o la erradicación de los que son ineficaces– para la creación de un sistema efectivo de protección de los derechos humanos. Esta intervención debe ser estratégica, centrada en el cambio paradigmático y la presión sobre la política gubernamental para que sea más consistente en el discurso progresivo de los derechos humanos.

**Conducir la innovación social.** La innovación social es un abordaje proactivo de los derechos humanos, que debe producirse en niveles exequibles, en los que el diálogo, el *feedback* y los resultados queden abiertos y sean explicables desde distintas perspectivas. La innovación se produce por medio de la creación de modelos en menor escala que muestren posibilidades de solucionar cuestiones de intransigencia de la justicia en una escala más amplia. La innovación social en la sociedad civil surge como una respuesta directa a injusticias localizadas. Los innovadores están conscientemente y profundamente involucrados con aquellos que fueron afectados por la injusticia y, trabajando con ellos, prueban y crean maneras de encontrar soluciones. Esto fue lo que ocurrió, por ejemplo, en Sudáfrica, donde el Social Change Assistance Trust (SCAT) creó y mantuvo estructuras de asistencia jurídica a la comunidad durante el período del *apartheid*, demostrando que es posible, con una infraestructura mínima y de bajo costo, el acceso a la justicia en áreas rurales.<sup>6</sup> Actualmente, varios grupos sociales buscan en el Brasil maneras más efectivas de usar los tribunales y la Constitución para reparar casos de antiguas injusticias. El Instituto Pro Bono (São Paulo, Brasil),<sup>7</sup> que ofrece abogados voluntarios altamente calificados para grupos sociales, es un ejemplo de este tipo de acción.

6. Para informaciones acerca del modelo SCAT, ver el *Sourcebook on Foundation Building*, del Synergos Institute, 2000, o el sitio <<http://www.scat.org.za>> [consultado el 14 de abril de 2004].

7. Sobre el Instituto Pro Bono, ver el sitio <[www.institutoprobono.org.br](http://www.institutoprobono.org.br)> [consultado el 14 de mayo de 2004].

En suma, la sociedad civil es un actor central en la creación de condiciones para hacer efectivos los derechos humanos. Promueve el discurso que legitima las normas de los derechos humanos, particularmente al incluir a los grupos despreciados e invisibles. Las formas de este discurso también varían, y conducen a distintas estrategias y medios que permiten hacer

efectiva la lógica de los derechos humanos en la sociedad. La rápida discusión del papel de la sociedad civil nos conduce a una cuestión obvia: si la sociedad civil es un agente poderoso e importante para la implementación de los derechos humanos, ¿qué es lo que impide que los haga efectivos?

### ¿Qué es lo que impide que la sociedad civil ejerza mayor influencia sobre los derechos humanos?

Flexibilidad, diversidad y voluntariado son algunas de las fuerzas de la sociedad civil, pero también su debilidad. La sociedad civil no está protegida contra el Estado y el mercado, tampoco tiene poder sobre ellos; está muy dividida y carece de financiamientos y otros recursos. Varias de estas características se reflejan en los desafíos del actual movimiento de derechos humanos. Este texto analizará tres de ellas: la fragmentación (tanto temática como geográfica), la neutralización del discurso y la dependencia de recursos.

#### *Fragmentación*

La fragmentación del movimiento lleva a una competencia por espacio, voz y recursos que rompe la solidaridad alrededor de los derechos humanos. Para ser más efectivas, las organizaciones de derechos humanos deben buscar medios para unir las acciones y los discursos de los distintos actores.

Los grupos de derechos humanos se dedican a una variedad de temas y cuestiones, que incluyen la tortura, el abuso policial, el sida, la vivienda, los derechos sociales y económicos, la discriminación y hasta temas como protección y desarrollo ambiental. La fragmentación temática presenta aspectos positivos y negativos. Un aspecto **positivo** es que la diversidad de acción y compromiso refleja la diversidad de intereses en el discurso social y conduce a un sistema significativo de derechos humanos. Los trabajos abarcan muchas áreas importantes para los excluidos, dan voz a los grupos invisibles y sacan a la luz a aquellos que están olvidados o son ignorados. Y hay varios aspectos **negativos**: (1) la diversidad de intereses puede crear competencia por la atención y los recursos públicos necesarios para encaminar determinados derechos, minimizando el sentido de una causa compartida; (2) asociada al primer aspecto está la canalización

de la energía social en diferentes direcciones, lo que empobrece el discurso social.

Otra división que debe tratarse es la división Norte/Sur. Se relaciona menos con la geografía que con un concepto “periférico” de acceso a recursos por parte de la mayoría de la población mundial. Algunos de los acuerdos internacionales, tal como los que se refieren a los derechos humanos, contaron en el pasado con escasa participación de las poblaciones menos prósperas. Es necesario observar que las conferencias de las Naciones Unidas en Río de Janeiro, 1992; en Viena, 1993; en Pekín, 1995; y en Durban, 2001, contaron con la muy bienvenida participación de los países del Sur. Los actores del Sur deben convertirse en proponentes más fuertes en los movimientos internacionales de derechos humanos. Puesto que las organizaciones más sólidas naturalmente se desarrollan a la sombra de las agencias gubernamentales internacionales y con recursos y poder de los países del Norte, necesitamos traer para aquí la cuestión de los derechos humanos. El Sur debe participar en mayor escala a nivel internacional en esta acción, pues tiene gran necesidad de protección y de acceso a los derechos humanos dado que sus poblaciones son las menos atendidas por la infraestructura legal de derechos ya existente.

Un aspecto de la división entre Norte y Sur es la necesidad de reforzar la credibilidad de los derechos humanos locales en el Sur ante sus propios gobiernos y sociedades. Frecuentemente, estos trabajan a la sombra de las organizaciones del Norte, o como subsidiarios de ellas, vinculándose a la protección de organizaciones con base en Washington, Nueva York, Londres, París y Ginebra. El secreto, sin duda, es una estrategia de supervivencia en países que reprimen activamente los derechos humanos y a quien aboga en su favor. Pero no es una buena estrategia, en la medida en que se conquistan protecciones mínimas, es necesario que los derechos humanos sean públicos y visibles. Las organizaciones de derechos humanos en el Sur necesitan perfeccionar su alcance y su credibilidad en sus propios contextos y en la arena internacional.

### *Neutralidad del discurso*

Los derechos humanos estuvieron en el auge de su manifestación durante las luchas contra los regímenes



autoritarios en América Latina, Europa, África y Asia. En el Norte, los derechos humanos constituyen un importante subtexto en este exacto momento. Las organizaciones de derechos humanos deben comprender esto y actuar en el espacio político.

Cuando las crisis terminan, las organizaciones de derechos humanos a menudo pasan a un segundo plano. Algunos de los dirigentes más calificados entran al gobierno; otros, habiendo cumplido la tarea que se propusieron, abandonan la esfera social. Pero con el restablecimiento de las estructuras democráticas y la reglamentación de las leyes, los movimientos de derechos humanos enfrentan su más arduo desafío: transformar los derechos en realidad. Finalizado un período de represión, confundimos la lucha por los derechos con una revolución que puede vencerse con una carta constitucional, elecciones directas y libertad de prensa. Es en esos momentos cuando se hacen más necesarias políticas específicas, normas más amplias y estructuras sociales más profundas para que hacer efectivos los derechos humanos. Todo esto debe probarse y desarrollarse en las comunidades en que vivimos, en colaboración con el gobierno y el sector privado.

Por eso, es un equívoco que las organizaciones de derechos humanos busquen la neutralidad política (en la medida en que esto sea posible) a fin de hacer su discurso más aceptable y confiable para el público y el Estado. Si la neutralidad política del discurso evita conflictos, aleja también el debate crítico.

Sin duda, las organizaciones de derechos humanos deben evitar luchas partidarias, pero también es necesario que las sepan entender. Alejarse de la esfera política les quita legitimidad a los esfuerzos de aquellos que buscan cambios por medios políticos. De este modo, los movimientos por la justicia social en Chiapas, México; el Movimiento de los Sin Tierra (MST) en el Brasil; los movimientos relacionados con el sida en Sudáfrica, entre otras “rebeliones” sociales, son vistos con cautela por algunas organizaciones de derechos humanos. Los derechos humanos deben ser relevantes para las demandas reales de los desfavorecidos. La realización de los derechos brota de procesos profundos, graduales y progresivos de negociación social. La profesionalización de los derechos humanos –calificación, capacitación y apoyo institucional– es una actividad importante, pero debería ser complementada

por la tendencia general de los derechos humanos en la esfera política y por mayores vínculos con los movimientos de justicia social.

*Dependencia de recursos y acción orientada hacia el financiamiento*

La necesidad de financiamientos y de otros recursos crece en la medida en que las organizaciones pasan a actuar en nuevas áreas, que su fuerza de trabajo se transfiere de activistas voluntarios a abogados profesionales altamente capacitados, y que los desafíos requieren abordajes de largo plazo. No obstante, solo un puñado de fundaciones y otros patrocinadores invierte en derechos humanos, y entre estos, muy pocos se disponen a invertir en organizaciones más heterodoxas, menores y transitorias.

Los recursos se obtienen de gobiernos y asociaciones gubernamentales (de los Estados Unidos y Europa y, en cierta medida, de otros grupos regionales y de algunos gobiernos del eje Sur), fundaciones creadas por el sector privado, fundaciones familiares e individuos. La fuente de los financiamientos tiene consecuencias significativas en la determinación de las prioridades y en la definición de los derechos humanos en sí mismos. Por ejemplo, los financiamientos del gobierno de los Estados Unidos tradicionalmente han enfatizado los derechos civiles y políticos en detrimento de los económicos y sociales, lo que refleja la visión de este país en relación con los derechos humanos.<sup>8</sup>

La competición por esos escasos recursos crea un ciclo perverso, en el cual las organizaciones de derechos humanos adaptan sus iniciativas y su lenguaje a las prioridades del financiamiento. Los recursos se canalizan hacia las organizaciones confiables desde el punto de vista de los controladores de los fondos. Pero el problema no es tanto el de las prioridades de las organizaciones capitalistas, sino principalmente el de quedar excesivamente alineados a ellas. Las organizaciones de derechos humanos pueden tender a mimetizarse con el discurso hegemónico, para su propia credibilidad y supervivencia. Un modo de revertir este cuadro puede ser que los financiadores adopten estrategias para desencadenar el diálogo abierto y el vínculo entre movimientos de derechos humanos de diversos tamaños, edades y

8. Ver *Supporting Human Rights and Democracy: the US Record 2002-2003*, en el sitio <<http://www.state.gov/g/drl/rls/shrd/2002/>> [consultado el 14 de abril de 2004].

ubicaciones geográficas, y ayuden a desarrollar formas de financiamientos más consistentes.

Además, los movimientos de derechos humanos deben expandir todo el espectro de sus recursos: nuevas ideas, habilidades, conocimiento, tiempo, espacio y compromiso. Los recursos estratégicos financieros pueden estimular estas contribuciones, pero no reemplazarlas.

### **¿Cómo fortalecer la acción de los movimientos de derechos humanos?**

En el futuro, el movimiento de derechos humanos debería, estratégicamente, abocarse a fortalecer y profundizar la validación de normas que lleven a la creación de una lógica de respeto a los derechos humanos. Su actuación, como discutimos antes, debe promover este proceso mediante la participación en una pluralidad de perspectivas: divulgación de injusticias, protección al espacio privado y promoción de la innovación social. La fragmentación, la neutralización del discurso y la dependencia de recursos son obstáculos que dificultan el avance en cada una de estas áreas. Pero creemos que hay varias estrategias importantes que propiciarán un mayor efecto y mejores resultados, que comentamos en la reflexión siguiente.

#### *Mejorar nuestra capacidad de comunicación y educación*

Actualmente, ni los sistemas de comunicación ni los de educación se centran en la promoción de un discurso social o en la difusión de informaciones sobre derechos humanos. Hace falta que las organizaciones de derechos humanos mejoren su capacidad de hacer uso de estos sistemas, pues ellos existen para ampliar el alcance del diálogo social.

Esto significa dar continuidad y perfeccionar las iniciativas educacionales que presenten a la gente el lenguaje de los derechos humanos, pero que también abran paso a diálogos proactivos con los gobiernos, el sector privado y otros movimientos sociales. Aparecen nuevas modalidades de medios accesibles –manuales, guías, programas escolares, música y arte–, en los cuales el movimiento por los derechos humanos debe volverse fluido. La simple exposición de los derechos humanos y sus beneficios potenciales y del valor de

la humanidad constituye un mensaje esencial que necesita penetrar en la variada gama de experiencias educacionales destinadas a alcanzar una mayor audiencia.

Además de la divulgación de los principios y del lenguaje en formas accesibles, es necesario resaltar que los derechos humanos no constituyen un cuerpo de conocimientos cerrado. Necesitamos divulgarlos utilizando los sistemas de educación y de comunicación existentes, medios por los cuales se obtienen mecanismos de progresivo *feedback* y de diálogo permanente.

### *Invertir en modelos socialmente innovadores*

Las organizaciones de derechos humanos tienen cada vez más experiencia en la divulgación de injusticias, tal como debe ser. Sin embargo, la historia negativa de los derechos humanos debe ser contrabalanceada con la existencia de alternativas viables. Creemos que esto requiere un abordaje proactivo. En lo atinente a los derechos civiles y políticos, por ejemplo, deben crearse modelos para mostrar cómo mejorar el acceso a los sistemas judiciales, cómo tratar a los delincuentes de forma más humana, cómo un mayor número de ciudadanos puede participar del gobierno y cómo corregir prácticas discriminatorias. En el área de los derechos económicos y sociales, además de la continua presión para que el gobierno y el mercado actúen en el sentido de su realización, también precisamos modelos para mostrar cómo se puede alcanzar este objetivo. La innovación en el abordaje de los derechos humanos en menor escala demostrará que es posible alcanzar mejores sistemas, en escala más amplia, proporcionando a las organizaciones de derechos humanos una posición más sólida.

### *Construir redes de derechos humanos que interrumpen la fragmentación y fortalezcan el uso de los recursos*

Por medio de la identificación con determinadas redes y de la participación en ellas, las organizaciones de derechos humanos intercambian informaciones, aprenden con la experiencia de las otras, estimulan la solidaridad internacional y crean un ambiente de diálogo que favorece el protagonismo equilibrado en el debate universal de los derechos humanos. Por definición, las redes son horizontales. Facilitan el discurso,

sin monopolizarlo, permiten que las organizaciones individuales mejoren la utilización efectiva de los recursos y ofrecen oportunidades a grupos menos visibles. Hoy existen innumerables redes, desde aquellas formalmente constituidas hasta aquellas ligadas por lazos tan tenués que se hace difícil darles un nombre. Consideramos que el trabajo en red implica tomar la realidad del proceso social como elemento crucial para hacer efectivos los derechos humanos. Este enrolamiento debe producirse en todos los niveles de la sociedad, con individuos, grupos comunitarios, universidades, órganos gubernamentales y corporaciones; implica también un activo y constante diálogo con intereses variados, y no solo con los que estén de acuerdo con nosotros.

### **Una reflexión a modo de conclusión**

Este texto se propone explorar los motivos por los cuales la gente no respeta los derechos y proponer algunas ideas prácticas para cambiar esta situación. Sugerimos que es necesario desarrollar la lógica del sistema de derechos y que un camino promisorio para eso pasa por comprender el respeto a los derechos humanos como algo que emerge de un proceso que debe ser continuamente concretizado por medio del discurso social. Esto tiene consecuencias en el movimiento de los derechos humanos de hoy. Al mismo tiempo que este conquista algunos éxitos, particularmente en las áreas de la defensa y la educación, podría ser mucho más efectivo en convocar perspectivas y grupos subrepresentados y crear un espacio para el fortalecimiento de las normas de derechos humanos.

Tales argumentos no pretenden ofrecer una respuesta única y simple. Sin embargo, sugieren algunas razones optimistas, si el despertar de la conciencia de la sociedad civil en varias partes del mundo puede llevarnos a un mayor respeto a los derechos humanos. Creer en un proceso de discurso social puede ser insuficiente para aquellos cuyos derechos están siendo violados hoy, pero sin ese proceso la situación de estas personas permanece invisible y la dimensión moral a que tienen derecho continua siendo una construcción teórica. El optimismo está garantizado porque los procesos sociales discutidos en este texto son alcanzables y, en algunos casos, ya están encaminados.

---

Traducción: Miriam Osuna

---

JEREMY SARKIN

Profesor de Derecho Público de la Facultad de Derecho  
de la Universidad de Western Cape, Sudáfrica

#### RESUMEN

Las reparaciones por violación de los derechos humanos y abusos contra la humanidad constituyen un desafío central tanto en el ámbito doméstico como en el ámbito internacional. A pesar de los nuevos avances en relación con la cuestión de las indemnizaciones por los abusos cometidos, innumerables violaciones ocurridas en Sudáfrica y en otros lugares, durante el período colonial, permanecen sin solución. Este artículo hace un resumen de estos avances y los coloca en un contexto que toma como telón de fondo los procesos promovidos por africanos con el objetivo de obtener una reparación por los abusos perpetrados en el período colonial y durante el *apartheid*. Se examinan aquí causas judiciales presentadas por namibianos y sudafricanos en los Estados Unidos, en los términos del Alien Torts Claim Act, y también son analizadas otras leyes de otras jurisdicciones. Se busca de este modo identificar la probabilidad de éxito de estos procesos, a la luz de los problemas legales que tendrán que enfrentar. También se examinan los contextos políticos de los procesos, así como las razones por las cuales las causas presentadas han incidido más sobre las multinacionales que sobre el Estado.

# LA CONSOLIDACIÓN DE LOS RECLAMOS DE REPARACIONES POR VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS COMETIDAS EN EL SUR

Jeremy Sarkin



Las cuestiones relacionadas con la responsabilidad por violaciones de los derechos humanos nunca tuvieron tanto destaque en los periódicos ni tampoco se vieron de manera tan favorable como actualmente.<sup>1</sup> Los procesos civiles y criminales han testificado grandes avances en los últimos años.<sup>2</sup> Se estableció la responsabilidad criminal tanto en el plano internacional como en el plano doméstico.<sup>3</sup> La creación del Tribunal Penal Internacional para Ex-Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda y la Corte Penal Internacional tuvo como resultado transformar de forma concreta la responsabilidad criminal por violaciones graves de los derechos humanos. En el ámbito doméstico, la forma como que los Estados Unidos encaran las violaciones de los derechos humanos cometidas en el pasado depende muchas veces de cómo se dan los cambios políticos y de cómo el Estado hace frente a las tensiones entre justicia,<sup>4</sup> verdad y reconciliación.<sup>5</sup>

Los pedidos oficiales de disculpa por violaciones cometidas durante el colonialismo,<sup>6</sup> la esclavitud y el *apartheid* también cobraron gran destaque en la agenda. Se trata de una cuestión crucial, pues, durante los años de colonialismo y *apartheid*, se cometió un número incontable de violaciones de los derechos humanos en la corrida por la posesión y la explotación de los recursos de los países colonizados. Los crímenes cometidos durante el proceso en que se repartía el botín entre los

---

Véanse las notas del texto a partir de la página 112.

---

Las referencias bibliográficas de las fuentes mencionadas en el texto se encuentran en la página 128.

---

colonizadores incluyen crímenes contra la humanidad,<sup>7</sup> crímenes de guerra,<sup>8</sup> genocidio (incluso antes de que se usara este término),<sup>9</sup> exterminio, desapariciones, tortura, traslados forzados, esclavitud, discriminación racial, trato cruel, deshumano o degradante, y otros más. En verdad, una cuestión fundamental, y un argumento de defensa que levantan los países y corporaciones que cometieron este tipo de actos, es que en aquella época no se los consideraba un crimen. Se argumenta que solo posteriormente fueron definidos como tal.<sup>10</sup>

Muchos países que pasaron por el colonialismo permanecen subdesarrollados<sup>11</sup> y, en estos lugares, el legado de los años coloniales aún constituye un componente esencial del paisaje.<sup>12</sup> En algunos de estos países, ciertas comunidades afirman que la forma de explotación a la que fueron sometidas en el pasado es la causa de la actual carencia económica y de otras dificultades.

En este sentido, la cuestión de la reparación a las víctimas de violaciones de los derechos humanos se transformó en una preocupación crucial para esos países y sus habitantes. Hasta poco tiempo atrás, se creía que sería impensable encontrar una solución para el problema, y que el único mecanismo para obtener algún tipo de reparación sería la asistencia de los antiguos señores coloniales, que podrían ser inducidos a sentirse culpados en relación con el pasado y consecuentemente ofrecer algún tipo de ayuda.

La cuestión de las reparaciones cobró importancia no solo por el dinero que se pide, sino también porque parece cumplir por lo menos tres funciones. Primero, auxilia directamente a las víctimas que enfrentan los perjuicios financieros sufridos; segundo, constituye el reconocimiento oficial de lo ocurrido en el pasado; y tercero, tal vez sirva para cohibir futuras violaciones de los derechos humanos.<sup>13</sup>

Algunas de las razones por las cuales la reparación por estos abusos se transformó en una cuestión de gran significado son la toma de conciencia y la aceptación internacional creciente de la necesidad, y del derecho, de resarcimiento a las víctimas de violaciones de los derechos humanos. Muchos instrumentos internacionales de derechos humanos reconocen que una víctima tiene derecho a una reparación jurídica que incluya los medios para una completa rehabilitación.<sup>14</sup> En verdad, el otorgamiento de alguna reparación por los daños sufridos constituye un principio bien establecido del derecho



internacional.<sup>15</sup> Este derecho también se encuentra en los instrumentos regionales de derechos humanos, así como en la jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos.<sup>16</sup> También se ha avanzado en la idea de que la legislación internacional de los derechos humanos gobierna, en principio, la conducta tanto de los agentes estatales como de los particulares, lo que incluye a personas jurídicas, como las corporaciones. Existe también una aceptación creciente de los principios de la jurisdicción universal.<sup>17</sup>

Estos avances fueron sustentados por acciones e indemnizaciones hechas recientemente en varios casos relacionados con el Holocausto.<sup>18</sup> Tales acciones y su importancia serán discutidas posteriormente. Asimismo, se ha planteado un creciente número de acciones civiles en relación con este tipo de delito, la mayor parte de ellas en los Estados Unidos, bajo el amparo del Alien Torts Claims Act\* (ATCA).<sup>19</sup> Existen, por lo menos, tres grandes acciones judiciales en curso contra multinacionales en los tribunales estadounidenses<sup>20</sup> por delitos cometidos durante el período colonial y el *apartheid*. Una de ellas ha sido promovida por el pueblo herero de Namibia, por violaciones ocurridas en ese país en el inicio del siglo XX, y dos más fueron propuestas por víctimas sudafricanas de violaciones cometidas durante el *apartheid*.

Otro motivo es el hecho de que el tema de las reparaciones a las víctimas de la esclavitud y el colonialismo ha sido un punto intensamente discutido en la agenda de la Conferencia Mundial Contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y Otras Formas Conexas de Intolerancia, realizada en Durban, Sudáfrica, del 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001.<sup>21</sup> Se dedicó gran parte de la conferencia a estos temas. Se solicitó un pedido formal de disculpa, combinado a un compromiso de reparaciones de algún tipo, hacia aquellos que fueron víctimas de la esclavitud y del colonialismo.<sup>22</sup> La declaración de la conferencia<sup>23</sup> presenta muchas secciones relevantes para esta discusión.<sup>24</sup>

El presente ensayo examina la cuestión de las reparaciones relacionadas con el colonialismo y el *apartheid*. Pero al hacerlo admite que, aunque la opinión pública mundial o la autoridad moral puedan considerar que existen razones sumamente válidas para que los países colonizadores paguen las indemnizaciones, es muy poco probable que estos Estados admitan y se disculpen por los abusos cometidos contra los derechos humanos o que

\* Ley que confiere jurisdicción a tribunales de los Estados Unidos para tratar casos de responsabilidad civil por daños causados por el gobierno estadounidense a la vida o las propiedades de extranjeros. [N.T.]

se dispongan a indemnizar a alguna persona por estos motivos. Si los resarcimientos fueran accesibles en el futuro, ello habrá sido el resultado de los cambios en el clima político y de los acuerdos realizados.<sup>25</sup> Por esta razón, es más probable que sean procesadas corporaciones multinacionales u otras empresas que hayan conducido negocios y obtenido beneficios en las regiones donde las violaciones fueron cometidas, o que se hayan beneficiado a lo largo de ese período. Como observó Joel Paul:

*¿Por qué, en este momento, el derecho internacional ha puesto los ojos sobre las corporaciones multinacionales y de esta forma? En fin, muchas de las reivindicaciones contra las compañías multinacionales proceden del Holocausto y de la Segunda Guerra Mundial. Después de más de medio siglo, ¿por qué los litigantes buscan una indemnización de parte de estos gigantes corporativos? Una respuesta sencilla para la pregunta es que las empresas tal vez sean las únicas culpables que están al alcance y que pueden dar algún tipo de indemnización. La inmortalidad de la entidad corporativa multinacional, su tamaño, su riqueza y su omnipresencia en una diversidad de jurisdicciones, las convierten en un acusado particularmente atractivo.<sup>26</sup>*

Estas instituciones son perseguidas también porque es poco probable que los tribunales internacionales acepten casos de este tipo. Por varios motivos, los tribunales, en verdad, no están a disposición de las víctimas que buscan reparaciones, y es improbable que esta situación se modifique. De hecho, las víctimas tienen dificultad en obtener acceso a estos tribunales porque, generalmente, no se permiten pleitos de agentes no estatales y las entidades corporativas particulares casi no tienen obligaciones ante el derecho internacional público. En suma, el status legal de las corporaciones multinacionales en relación con el derecho internacional no avanzó significativamente en casi treinta años.<sup>27</sup>

En el ámbito de las obligaciones del Estado, las reparaciones constituyen, en este momento, una cuestión más política que legal.<sup>28</sup> Debido a las dificultades que implica perseguir a agentes estatales,<sup>29</sup> la víctimas ven generalmente a las corporaciones, y no a los gobiernos, como blancos más viables para ejecutar tales acciones.<sup>30</sup> De cierta forma esto ocurre porque las corporaciones multinacionales en general tienen activos en jurisdicciones que ofrecen reglas procesales más

fáciles para el litigio. Aunque las acciones por parte de las víctimas de violaciones de los derechos humanos han sido hasta ahora relativamente pocas, hubo un aumento importante en los últimos cinco años. Los precedentes judiciales relativos a las acciones de la Segunda Guerra Mundial derivaron en procesos en los que las víctimas recurrieron a medidas legales para obtener indemnizaciones, cuando antes ni siquiera se pensaba en esa posibilidad. Como observó Ellinikos: “en determinado momento, como algunos líderes del sector privado ya descubrieron, alguien va a tener que asumir la culpa”.<sup>31</sup> De esta forma, las causas presentadas, especialmente en disputas judiciales, son contra las corporaciones, por el papel que desempeñaron y por la manera como se beneficiaron de los actos cometidos en determinados países en el pasado. Aunque aquí se evalúe el sistema estadounidense que permite a los extranjeros promover acciones en sus tribunales, generalmente con base en el Alien Torts Claims Act, este artículo no hace un análisis exhaustivo de esas leyes. Sin embargo, presenta un panorama de los tipos de causas presentadas y de las posibilidades de éxito para las acciones relacionadas con el colonialismo y el *apartheid*. Por lo tanto, el foco está en lo que podemos aprender para las futuras causas judiciales en esta área, a partir de las que ya se han hecho. También se examina en el texto, hasta cierto punto, la razón de que los Estados Unidos sean el lugar preferido para presentar estas causas, a fin de determinar si los tribunales en otros países presentan semejanzas que puedan aplicarse a litigios de este tipo. Además, porque las lecciones y las posibilidades planteadas por los procesos estadounidenses pueden ser relevantes para la ejecución de acciones tanto en los Estados Unidos como en otros países.

### **El papel de las corporaciones multinacionales en la violación de los derechos humanos**

El papel desempeñado por las multinacionales en sus operaciones en el Tercer Mundo es controvertido, y más aún en relación con el período colonial que con el período actual. Como notó Jonathan Charney: “Las relaciones de las corporaciones transnacionales, específicamente con los gobiernos del Tercer Mundo, tuvieron muchas veces una influencia fundamental sobre los gobiernos nacionales, y no

siempre sirvieron a los mejores intereses de esos gobiernos”.<sup>32</sup>

En muchos casos en que la víctima alega que las corporaciones se involucraron en violaciones de los derechos humanos, la queja no se refiere a que la violación fuera practicada directamente por la compañía, o por sus agentes.<sup>33</sup> Sin embargo, esto no siempre es verdadero en los casos de abusos contra la humanidad ocurridos durante el colonialismo o en la actuación de las compañías que usaron esclavos. Aunque generalmente los abusos hayan sido cometidos por representantes locales del Estado y la participación de las compañías haya sido sobre todo de complicidad en las violaciones de los derechos humanos,<sup>34</sup> hay casos de vínculo directo.

El conocimiento por parte de la corporación de que existían continuas violaciones de los derechos humanos, sumado a la aceptación de los beneficios económicos directos derivados de las violaciones, y el trabajo sistemático realizado en conjunto con un gobierno nacional pueden acarrear responsabilidad por complicidad. De esta forma, puede ocurrir que la entidad tenga responsabilidad directa por violación de los derechos humanos en la condición de cómplice o de coautor, vinculada a un representante oficial (por ejemplo las fuerzas de seguridad), en una acción que viola el derecho internacional.<sup>35</sup>

Anita Ramasastry<sup>36</sup> reflexiona sobre los precedentes en la cuestión de la complicidad corporativa al examinar el papel del Tribunal Militar de los Estados Unidos en el juicio a dos banqueros en Nuremberg. La Corte determinó que: “Los préstamos o las ventas de materias primas usadas en emprendimientos ilegales pueden ser condenados desde el punto de vista moral, [...] pero difícilmente se puede decir que se trata de una transacción criminal [...] no estamos preparados para afirmar que estos préstamos constituyan una violación del derecho [internacional]”. Consecuentemente, el tribunal estableció una diferencia importantísima entre el suministro de capital y la participación activa en los crímenes nazis.

Se trata de una cuestión crucial saber si las empresas tienen obligación de respetar los derechos humanos. Actualmente, el debate sobre los deberes de las corporaciones está muy avanzado y son muy pocos los que admiten que estas no los tengan.<sup>37</sup> El tema actual es: cuáles son sus deberes frente al papel que desempeñaron y al modo como se beneficiaron en la época del colonialismo y del *apartheid*. La respuesta puede residir en una

disposición de suma claridad, que data de 1948, cuando se adoptó la Declaración Universal de Derechos Humanos. Este documento establece que “[...] todo individuo y todo organismo de la sociedad [...] promueva el respeto por estos derechos y libertades y que, a través de medidas progresivas, nacionales e internacionales, asegure el reconocimiento y la observancia universal y efectiva”.<sup>38</sup>

En este contexto, Clapham y Jerbi afirman que, aunque “las empresas posiblemente no tengan el hábito de referirse a ellas mismas como ‘organismos de la sociedad’, constituyen una parte fundamental de la misma. Y como tal, tienen la obligación moral y social de respetar los derechos universales consagrados en la Declaración”.<sup>39</sup>

El profesor Louis Henkin se basó en el mismo lenguaje al enfatizar que: “Todo individuo incluye personas jurídicas. Todo individuo y todo organismo de la sociedad implica que no puede haber ninguna exclusión, ninguna empresa, ningún mercado, ningún ciberespacio. La Declaración Universal se aplica a todos”.<sup>40</sup> La Corte Internacional de Justicia, en el proceso de Barcelona Traction Light and Power Co., determinó que la personalidad jurídica de una corporación transnacional equivale a la de un ciudadano común.<sup>41</sup> El profesor Steven Ratner abordó la cuestión con las preguntas: “¿Los responsables por las decisiones pueden trasladar a las corporaciones las reglas primarias del derecho internacional de los derechos humanos y las reglas secundarias de responsabilidad individual y estatal? Si las corporaciones son agentes tan importantes en el derecho y en las relaciones internacionales, ¿no podrían las mismas asumir las obligaciones impuestas actualmente a los Estados o a los individuos basadas en estos términos de responsabilidad?”<sup>42</sup>

Ratner sostiene que “el papel singular de los Estados en la garantía de ciertos derechos [...] no excluye los deberes de las corporaciones respecto de otros derechos relacionados [...]”.<sup>43</sup> Siendo así, las obligaciones no se pueden transferir simplemente de los Estados a las corporaciones, pero los mismos derechos humanos que crean deberes para el Estado pueden imponerse, de la misma o de otra forma, a agentes corporativos.<sup>44</sup>

Ratner examina también, entre otras cosas, la forma por la cual las corporaciones podrían o deberían ser responsabilizadas por los actos del gobierno, subsidiarios u otros agentes en el

curso del comercio.<sup>45</sup> En un análisis relacionado con el tema, Anita Ramasastry cuestiona: “¿Hasta dónde se debe arrojar la red en busca de cómplices? [...] ¿Y que pasaría con el temor a deprimir las inversiones, específicamente en los países en vías de desarrollo? En términos prácticos, ¿cómo pueden las corporaciones decidirse a dar continuidad a las inversiones internacionales cuando temen que la propia presencia en un país cuyo gobierno es cuestionable puede acarrearles una acción por complicidad?”<sup>46</sup>

Como observó Steven Ratner: “[...] Extender simplemente los deberes del Estado relativos a los derechos humanos a los emprendimientos comerciales es ignorar las diferencias entre la naturaleza y las funciones del Estado y de las corporaciones. Del mismo modo que el régimen de derechos humanos que gobierna los Estados refleja un equilibrio entre libertad individual e intereses del Estado (basado en la naturaleza y en su función), también cualquier régimen que gobierne las corporaciones debe reflejar un equilibrio entre libertad individual e intereses comerciales”.<sup>47</sup>

Una pregunta clave, hecha con frecuencia al tratar sobre el colonialismo y el *apartheid*, se refiere a las obligaciones debidas en la época. Otras cuestiones importantes son los problemas procesales, como las leyes que reglamentan hasta cuándo las víctimas pueden retroceder para iniciar una acción.

### **El avance de la noción de reparaciones y su aceptación**

Históricamente, la reivindicación de reparaciones por daños sufridos no es un tema reciente. En verdad, frecuentemente al final de las guerras se hacían acuerdos que resultaban en pagos o en entrega de territorios. Lo que de hecho constituye un fenómeno reciente es el resarcimiento por perjuicios o el pago de indemnizaciones a individuos. Estas reparaciones se iniciaron después de la Segunda Guerra Mundial, en un principio como fruto de negociaciones, y más tarde como resultado de la promulgación de un estatuto o la decisión de los tribunales. A nivel legal, varios países establecieron dispositivos para el pago de reparaciones derivadas de las violaciones de los derechos humanos. Entre algunos de ellos se destacan Argentina, Chile y Sudáfrica.

Existe desde hace algunos años un movimiento internacional sólido por el reconocimiento de una base legal

para que las víctimas de violaciones de los derechos humanos y abusos contra la humanidad puedan reivindicar indemnización. Ha habido, por ejemplo, un esfuerzo permanente para que se establezcan los principios internacionales referentes a las reparaciones. En 1989, la Subcomisión de las Naciones Unidas para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías escogió al profesor Theo Van Boven para que decidiera si sería posible esbozar un conjunto de principios básicos y directrices para las reparaciones jurídicas relacionadas con las violaciones graves de los derechos humanos. Le siguió a esto un esbozo de los Principios y Directrices Básicos sobre Derecho a la Reparación.<sup>48</sup> Como resultado de la sesión de 1988 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el profesor Cherif Bassiouni fue designado para preparar un bosquejo para la siguiente sesión, de modo que los principios pudiesen ser aclarados y enviados a la Asamblea General de las Naciones Unidas para su aprobación. La tarea aún está en vías de ser concluida, pero los “Principios y Directrices Básicos sobre Derecho a Reparaciones para Víctimas de Violación de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario”<sup>49</sup> se encuentran en un nivel avanzado.<sup>50</sup>

Hubo también, en varias partes del mundo, iniciativas por reclamos de reparaciones. Un ejemplo de esto es el proceso realizado en 1992, en Sudáfrica, en el cual el líder nigeriano Moshood Abiola propició la creación del Grupo de Personas Eminentes por las Reparaciones, en el ámbito de la Organización de la Unidad Africana (OUA). La OUA dió autorización oficial para avanzar en el proceso que garantiza la efectivización de las reparaciones a las víctimas del comercio de esclavos africanos. En 1993, el grupo convocó la Primera Conferencia Panafricana sobre Reparaciones en Abuja, Nigeria. La Declaración de Abuja fortaleció el compromiso de la OUA, en el sentido de obtener reparaciones por la esclavitud.

Asimismo, los dos tribunales internacionales establecidos en la década de 1990 para juzgar graves violaciones de los derechos humanos en Yugoslavia y en Ruanda reconocieron las reparaciones como un derecho. Los estatutos que reglamentaban los dos tribunales<sup>51</sup> en realidad establecieron tales derechos para las víctimas. De hecho, el Estatuto de Roma, que rige la Corte Penal Internacional, concedió más derechos de reparación para las víctimas de lo que jamás se había visto antes.

En lo que se refiere a las reivindicaciones individuales, en la posguerra se definió el movimiento para que se concedieran reparaciones por violaciones de los derechos humanos. Al final de la década de 1940, el gobierno alemán discutió la cuestión de las reparaciones con el gobierno israelí. La Conferencia sobre Reivindicaciones Materiales Judías contra Alemania resultó en el Acuerdo de Luxemburgo con Israel, en 1952, y en la promulgación, en 1953, de las Leyes de Compensación Federal Final. En los términos de este contrato, Alemania concordó en pagar 714 millones de dólares a Israel para ayudar en la asimilación de refugiados reasentados y empobrecidos de Alemania o de áreas que habían estado bajo el control de Alemania.<sup>52</sup> El Tratado exigía la compensación individual, aparte del pago de 110 millones de dólares a la Conferencia sobre Reivindicaciones Materiales Judías contra Alemania y en pro de las víctimas. El proceso se extendió desde 1952 hasta 1965. En 1993 se estableció por acuerdo otro proyecto limitado para reparaciones a fin de asistir a individuos excluidos de los primeros acuerdos.

Otros dos ejemplos importantes de reparación tuvieron lugar en los Estados Unidos. El primero se refiere a las indemnizaciones que el gobierno estadounidense tuvo que pagar por el confinamiento de nipoestadounidenses durante la Segunda Guerra Mundial.<sup>53</sup> El segundo trata de la compensación pagada a millares de indígenas Aleutes removidos del sudeste de Alaska, en el mismo período en que los nipoestadounidenses estuvieron presos. Los dos grupos negociaron durante casi cincuenta años para que se garantizaran las reparaciones y medidas compensatorias. En la década de 1980 los estadounidenses aprobaron una ley –Civil Right Act– que permitió la concesión de estas reparaciones a los nipoestadounidenses.

Lo que resulta especialmente relevante para las acciones judiciales relacionadas con los casos que sucedieron muchos años antes, es que los Aleutes obtuvieron indemnizaciones para los hijos de los sobrevivientes y para las aldeas afectadas por el reasentamiento, aun cuando esto solo se lograra cincuenta años después de ocurridos los hechos.

Se admitió que los problemas causados por el reasentamiento no solo afectaron a las comunidades en la época, sino que también continuaron teniendo un efecto



cuatro o cinco décadas después, y que las consecuencias continuarán en un futuro próximo.

El movimiento para obtener reparaciones por parte de individuos se vio fortalecido por dos casos en la década de 1980. En el primero, *Filartiga vs. Pena-Irala*,<sup>54</sup> los tribunales estadounidenses reconocieron que los extranjeros podrían presentar acciones judiciales requiriendo indemnización por abusos contra los derechos humanos cometidos por individuos que no fueran ciudadanos estadounidenses. El tribunal observó que la “comunidad internacional llegó a reconocer el peligro común que plantea el desprecio flagrante a los derechos humanos básicos y, específicamente, al derecho a vivir libre de tortura”.<sup>55</sup> Este caso tuvo enorme repercusión y será examinado en detalle, junto con los desdoblamientos, posteriormente.

Otro proceso de gran importancia se relaciona con la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para el caso *Velásquez-Rodríguez*, en el cual la corte estableció que los individuos que habían sufrido violaciones de los derechos humanos podrían abrir procesos de indemnización contra quienes perpetraron dichos abusos, pues “sobre el derecho internacional, un Estado es responsable por los actos que sus agentes realizan en el ejercicio de sus funciones, así como por sus omisiones, incluso cuando estos actúan fuera de su esfera de autoridad o violan la ley del país”.<sup>56</sup>

Sin embargo, no hubo mayores logros en otras cortes de justicia en lo que concierne a las acciones de indemnización por eventos realizados hace más de cincuenta años. Son principalmente las cortes estadounidenses las que se han mostrado sensibles, hasta cierto punto, a este tipo de litigio.

Muchas de las antiguas “mujeres de confort”<sup>\*</sup> coreanas y de otros países iniciaron acciones contra el gobierno japonés en los tribunales de Japón.<sup>57</sup> De estos casos, solo uno tuvo una decisión favorable, pero posteriormente también fue rechazado por la Suprema Corte.

El movimiento por la obtención de reparaciones mostró grandes progresos cuando se iniciaron en los Estados Unidos las acciones judiciales relacionadas con el Holocausto. La primera de estas reivindicaciones ocurrió en octubre de 1996, cuando se presentó ante el Tribunal del distrito de Brooklyn, en Nueva York, una acción judicial colectiva contra los bancos suizos *Crédit Suisse*, *Union Bank of Switzerland* y *Swiss Bank*

\* Durante la Segunda Guerra Mundial, miles de mujeres de la región del Pacífico asiático fueron sometidas por el Ejército Imperial Japonés a esclavitud sexual y prostitución forzada. [N.T.]

Corparation. Todos los casos registrados fueron reunidos en 1997 bajo el título “In re Holocaust Victim Assets Litigation”. La reivindicación combinada alegaba que los bancos no habían devuelto los activos depositados, habían negociado activos pillados y se habían beneficiado del comercio de bienes producidos por mano de obra esclava. El caso se liquidó en 1998, con el pago por parte de los bancos de 1.500 millones de dólares. No solo los judíos se beneficiaron con los términos del acuerdo, sino también homosexuales, discapacitados físicos o mentales, gitanos y testigos de Jehová.<sup>58</sup>

A estos casos de víctimas del Holocausto contra los bancos suizos les sucedieron acciones judiciales contra bancos alemanes y austríacos, en junio de 1998. Estos procesos fueron realizados por sobrevivientes del Holocausto y ciudadanos estadounidenses, que iniciaron una acción judicial colectiva contra el Deutsche Bank y el Dresdner Bank, alegando explotación por pillaje de oro y otros activos pertenecientes a los judíos. Los casos se reunieron en marzo de 1999, con el título de “In re Austrian and German Bank Holocaust Litigation”.<sup>59</sup> También fueron procesados bancos franceses, o que tenían filiales en Francia durante la guerra, como el British Bank y el Barclays. Se realizó un acuerdo en 2001. Sobrevivientes del Holocausto procesaron también a una docena de compañías de seguro europeas.<sup>60</sup> Tampoco las corporaciones alemanas fueron eximidas, ya que ex trabajadores esclavos presentaron una acción judicial contra una serie de compañías alemanas. Sin embargo, fueron desestimados varios de estos procesos por prescripción, o como consecuencia de los acuerdos firmados entre Alemania y los Aliados al final de la guerra. Se realizó, no obstante, un acuerdo de cerca de 5.000 millones de dólares relacionados con el trabajo esclavo, con la condición de que se suspendieran otras demandas vinculadas con la mano de obra esclava. El gobierno estadounidense convino también en interceder en cualquier proceso futuro registrado contra Alemania en relación con las reivindicaciones de la época de la Segunda Guerra Mundial.<sup>61</sup>

Las acciones judiciales propuestas contra las compañías alemanas resultaron también en procesos iniciados por soldados capturados por los japoneses durante la guerra y por civiles que demandaron a compañías japonesas. Durante la guerra, millares de prisioneros estadounidenses, británicos,

canadienses, australianos y neozelandeses fueron usados como mano de obra esclava por compañías japonesas, incluidas Mitsubishi, Mitsui, Nippon Steel y Kawasaki Heavy Industries. Lo mismo ocurrió con civiles chinos, coreanos, vietnamitas y filipinos.<sup>62</sup>

Para subsanar el problema del tiempo transcurrido entre la ofensa y las reivindicaciones, el estado de California promulgó una ley, en junio de 1993,<sup>63</sup> que permitía cualquier acción por parte de un “prisionero de guerra del régimen nazi, de sus aliados o de sus simpatizantes” para obtener “resarcimiento por trabajos realizados durante la Segunda Guerra Mundial en condición de víctima de esclavitud [...] contra cualquier institución o sucesor de esta, para quien este trabajo hubiera sido realizado”. La ley fue promulgada cuando los procesos contra compañías alemanas parecían estar en compás de espera. La misma permitió que se presentaran acciones judiciales hasta 2010<sup>64</sup> y que las cortes de justicia de California pudieran acogerlas.<sup>65</sup> Las acciones judiciales presentadas por soldados aliados fueron desestimadas en 2001, después que el gobierno estadounidense intervino en el proceso, con base en los términos del Tratado de Paz de 1951 hecho con Japón, en el que los Estados Unidos y otras potencias aliadas renunciaban a todas las reivindicaciones contra Japón y contra compañías japonesas.

En lo que concierne a las acciones judiciales por parte de civiles, el tribunal estableció más tarde que los filipinos también estaban excluidos, ya que Filipinas había ratificado el tratado. El tribunal desestimó las otras acciones y declaró inconstitucional a la ley de California, puesto que la consideró una interferencia en la ejecución de la política externa del poder federal.<sup>66</sup>

Hubo inclusive otras acciones presentadas ante los tribunales estadounidenses. En una de ellas, civiles extranjeros procesaron a compañías japonesas por haberse servido de mano de obra esclava; en otra, antiguas “mujeres de confort” presentaron una acción judicial. Ambas acciones fueron desestimadas en 2001, pero se presentó un recurso, que aún no fue juzgado.

Un caso que retrocede aún más en el tiempo fue el que llevó a descendientes (en su mayoría, ciudadanos estadounidenses) de armenios víctimas del genocidio ocurrido durante la Primera Guerra Mundial, que habían comprado pólizas de seguro de compañías estadounidenses y europeas, a demandar a New Life Insurance Company.<sup>67</sup>

En el caso *Marootian vs. New York Life Company* se argumentó que el tiempo transcurrido invalidaba las medidas judiciales y que había cláusulas en las pólizas que afirmaban que los tribunales franceses e ingleses tenían jurisdicción en el caso de litigio. Nuevamente, el estado de California promulgó una ley que admitía los procesos judiciales relacionados con las pólizas de la época del genocidio armenio, y extendió el plazo hasta 2010. De esta forma se cerró el caso con un acuerdo. Las lecciones extraídas del caso son, a pesar de todo, importantes, porque el plazo para poder plantear las reivindicaciones fue modificado en casi 100 años. Inclusive, los beneficiarios no fueron quienes habían comprado las pólizas.<sup>68</sup>

Recientemente, decenas de miles de rusos que habían sido forzados a trabajar en campos de trabajo esclavo nazis pudieron compartir una indemnización de 427 millones de euros. Casi 500 mil personas presentaron pedidos a la entidad pagadora, que había previsto solamente 57 mil reivindicaciones.<sup>69</sup>

Por lo tanto, parece que hay realmente posibilidades de pleitos judiciales para las reivindicaciones que se remontan hasta principios del siglo XX, o incluso antes.<sup>70</sup> Se trata de una cuestión clave, porque implica un obstáculo potencial para posibles reivindicaciones relacionadas con hechos ocurridos durante el colonialismo, siendo 1885 una fecha importante, que marca el reparto de África entre varias potencias europeas. Aunque la ocupación colonial haya ocurrido antes de esta época, fue en la Conferencia de Berlín, de 1884-1885, que se determinó las partes de África que le corresponderían a cada país.<sup>71</sup> En el primer capítulo, el General Act of the Berlin Conference on Africa resaltó: “Todas las potencias que ejercen derechos soberanos o influencia sobre los territorios citados, están obligadas a celar por la preservación de las tribus nativas, cuidar del desarrollo y de las condiciones propicias a su bienestar moral y material y ayudar a eliminar la esclavitud, especialmente el comercio de esclavos”.

Las cuestiones sobre reparaciones o sobre indemnizaciones por esclavitud son mucho más difíciles.<sup>72</sup> Los procesos se refieren a hechos ocurridos mucho tiempo antes, y a individuos que tal vez ni siquiera sean descendientes directos. Estos problemas fueron considerados cruciales cuando una acción judicial en 1995, presentada por litigantes afroestadounidenses, fue desestimada.<sup>73</sup> La Corte de la Novena Circunscripción Judicial, al pronunciarse de esta forma,

observó que los Estados Unidos tenían inmunidad soberana, que las reivindicaciones eran muy antiguas y que los propios autores del proceso no podían presentar el requerimiento, pues nunca habían sido esclavos. El tribunal declaró: “La discriminación y la intolerancia de cualquier tipo son inaceptables, y la esclavitud de africanos por parte de este país es inexcusable. Este tribunal, sin embargo, es incapaz de identificar legalmente cualquier base reconocible sobre la cual las reivindicaciones de la parte actora legitimen un proceso contra los Estados Unidos. Aunque las injusticias pasadas y presentes pueden justificar la búsqueda de indemnizaciones, no le cabe a este tribunal conceder la reparación solicitada. La legislatura, más que el poder judicial, constituye el foro apropiado para las quejas presentadas”.<sup>74</sup> Queda claro, por lo tanto, que los tribunales no pueden ser los únicos ámbitos para juzgar dichas peticiones. Muchas de las mismas son evidentemente más políticas que legales. La vía para encaminarlas no se restringe a los tribunales. Es en el ámbito político, en la legislatura y en otros foros (inclusive el foro de la opinión pública nacional e internacional) donde los esfuerzos pueden ser realizados.

En ese sentido hubo varios intentos todos los años, desde 1989, de crear una legislación en el Congreso de los Estados Unidos que dé cuenta del legado de la esclavitud. El proyecto de ley H.R. 40 –The Commission to Study Reparations Proposals for African Americans Act– procura establecer “una comisión que examine la institución de la esclavitud y de la discriminación racial y económica subsiguiente *de jure* y *de facto* contra afroestadounidenses y, el impacto de estas fuerzas sobre afroestadounidenses vivos, a fin de que se hagan recomendaciones al Congreso en relación con las reparaciones apropiadas [...]”.<sup>75</sup> Otros esfuerzos fueron realizados también en varios estados estadounidenses y hubo un intento del Congreso para presentar pedidos de disculpa por la esclavitud.

### **Los recursos ante los tribunales para lograr reparaciones o indemnizaciones**

El uso de los tribunales como medio de obtener indemnizaciones o reparaciones para tales reivindicaciones, constituye un fenómeno relativamente reciente. Surgió

principalmente con la decisión de Filartiga, en los Estados Unidos, en 1980.<sup>76</sup> En realidad, casi todas las disputas judiciales relevantes ocurrieron en jurisdicciones del *common law*,\* y no del *civil law*.<sup>77</sup> Como explica el comentador:

\* La expresión *civil law* se refiere al sistema de tradición románica-codificada, mientras que *common law* se refiere al sistema de tradición consuetudinaria. [N.T.]

*Con excepción de una acción presentada en Québec contra una corporación canadiense registrada en Montreal, todas las acciones hasta ahora fueron ejecutadas en jurisdicciones del common law. Las relaciones legales y culturales establecidas entre los abogados anglosajones y las reglas procesales, tales como las que determinan qué información los acusados deben divulgar durante el litigio, pueden ser factores contribuyentes. Pero a largo plazo, no es poco probable que a medida que evoluciona la comprensión por parte de los abogados militantes de los principios relevantes del derecho, surjan casos en los sistemas del civil law de Estados miembros de la Unión Europea, tales como los Países Bajos o Francia.*<sup>78</sup>

Sin embargo, la gran mayoría de estos procesos tiene lugar en los Estados Unidos con base en el ATCA.<sup>79</sup> Como nos explica Beth Stephens: “La disputa relacionada con los derechos humanos civiles en los Estados Unidos es el resultado natural de una cultura jurídica que se apoya en acciones legales privadas, como forma de obtener compensaciones por perjuicios sufridos y, al mismo tiempo, como herramienta de corrección de los problemas sociales”.<sup>80</sup> Al observar que la decisión de Filartiga<sup>81</sup> “fue llamada el ‘Brown vs. Board of Education’ de los pleitos del derecho transnacional, invocando el legado de los grandes juicios del derecho civil que desmantelaron la segregación legal en todo los Estados Unidos”,<sup>82</sup> Stephens nota una “ausencia de casos básicos del tipo Filartiga en otros países”.<sup>83</sup> “En efecto”, escribe Stephens, “a pesar de que hay bastante interés por la doctrina subyacente de Filartiga en Inglaterra, un grupo inglés de estudios de derecho internacional concluyó que la probabilidad de que un litigio de este tipo ocurra en Gran Bretaña era muy pequeña”.<sup>84</sup>

Intentando explicar este fenómeno, Stephens ofrece una lista de cinco factores que hacen que los tribunales estadounidenses sean la arena más propicia para las disputas legales internacionales relacionadas con los derechos humanos. La lista incluye:

- Ninguna penalidad por la derrota (gravámenes de cualquier naturaleza)
- Honorarios proporcionales
- Pago punitivo por pérdidas y daños
- Sentencia en rebeldía
- Reglas amplias para procedimientos probatorios.<sup>85</sup>

Stephens observó también que “el uso del litigio civil como forma de influir en las políticas de los derechos humanos es un avance natural en el sistema legal estadounidense”.<sup>86</sup> También se debe llevar en consideración el hecho de que el sistema de juicio por jurado puede ser en estos casos ventajoso para los litigantes. La naturaleza del sistema legal estadounidense se muestra, por lo tanto, como un determinante crucial en lo que se refiere al motivo por el cual tantos de estos casos fueron presentados ante tribunales en ese país. Como observó Lord Denning: “Así como la mariposa se siente atraída por la luz, el litigante es atraído para los Estados Unidos. Le basta solamente lograr que su demanda se tramite en los tribunales de ese país para tener grandes posibilidades de ganar una fortuna”.<sup>87</sup>

### **El uso de los tribunales en los Estados Unidos para procesos por violaciones de los derechos humanos**

Aunque existen en los Estados Unidos varias leyes<sup>88</sup> que autorizan a las víctimas de violaciones de derechos humanos cometidos fuera del país a iniciar procesos, la más usada es el Alien Torts Claims Act (ATCA).

Esa ley fue promulgada en 1789, como parte del Judiciary Act, y a partir de allí ha generado un número considerable de acciones alegando violaciones de los derechos humanos perpetradas fuera de los Estados Unidos, por agentes estatales y no estatales. La disposición clave, que suscitó una creciente atención internacional, estipula que: “Los tribunales distritales tendrán jurisdicción originaria en cualquier acción civil por delito por parte de un extranjero, solamente si este viola el derecho de las naciones o un tratado de los Estados Unidos”.

Aunque ha habido muchas conquistas desde el caso *Filartiga vs. Pena-Irala*,<sup>89</sup> en 1980, para las acciones judiciales en los términos del ATCA, Ramsey<sup>90</sup> suministra un panorama útil de algunas cuestiones y críticas relacionadas con la aplicación de la ley. Alega que “la gran cantidad de puntos polémicos sobre

los cuales reposa el litigio corporativo del ATCA puede sugerir que la aplicación amplia del mismo constituye un proyecto que requiere mucha simpatía judicial para su éxito<sup>91</sup>. Sin embargo, Ramsey no sugiere que esta sea una razón para rechazar una disputa judicial en los términos del ATCA y, aconseja prudencia en el área de extensión del litigio, visto que hay toda una serie de doctrinas<sup>92</sup> que permiten que los jueces desestimen demandas basadas en el ATCA, inclusive aunque la materia y la jurisdicción personal hayan sido establecidas.<sup>93</sup> Esto incluye la *international comity doctrine*, cuyas premisas respetan los actos legislativos, ejecutivos y judiciales de otra nación,<sup>94</sup> así como las doctrinas relacionadas a cuestiones políticas, *forum non conveniens*<sup>95</sup> y actos del poder público que prohíben a los tribunales estadounidenses revisar la validez de los actos públicos de un Estado soberano extranjero reconocido que hayan sido realizados en territorio extranjero.

Sin embargo, los tribunales no están aplicando estas doctrinas de manera estricta, como puede verse en el caso *Kadic vs. Karadzic*.<sup>96</sup> En esa ocasión el tribunal declaró que, aunque la doctrina del acto de Estado puede ser aplicable a algunos procesos presentados basados en el ATCA, se dudaba de que “los actos de un funcionario del Estado que violaran el derecho fundamental de una nación y que no fueran rectificadas por el gobierno de esa nación pudieran ser correctamente caracterizados como actos de Estado”.<sup>97</sup>

Ese caso es también importante para la cuestión de la posibilidad de encuadrar protagonistas particulares en las disposiciones del ATCA. El caso *Kadic vs. Karadzic* amplió el alcance de la ley al afirmar que también se incluían los actos cometidos por agentes no estatales. El Tribunal de Recursos observó que “el derecho de gentes, como este es entendido en la modernidad, no limita su alcance a la acción del Estado. En vez de esto, ciertas formas de conducta violan este derecho cuando son efectuadas por individuos que actúan bajo la tutela del Estado, o incluso como individuos particulares”.<sup>98</sup> El Tribunal decidió que ciertas violaciones del derecho de gentes establecidas en la ley, tales como piratería, comercio de esclavos, esclavitud y trabajo forzado, genocidio, crímenes de guerra y otras ofensas de “interés universal”, no exigían una participación directa del Estado. Por lo tanto, los agentes particulares podrían ser responsabilizados por tales prácticas y por otras violaciones graves de los derechos humanos.



En el caso *Doe vs. Unocal*,<sup>99</sup> una acción judicial en la que agricultores de Myanmar (antigua Birmania) demandaban a las empresas petrolíferas Unocal y Total SA que funcionaban en ese país, se alegó que las compañías estaban involucradas en un emprendimiento conjunto de extracción de gas con el gobierno militar local. Para abrir camino hacia el gasoducto, el gobierno obligó el traslado de aldeas enteras, desplazó habitantes de su tierra natal, torturó e impuso trabajos forzados a todos aquellos que fueron obligados a participar del proyecto.<sup>100</sup> Se argumentó, por lo tanto, que las corporaciones eran responsables por estos delitos, dado que habían financiado el régimen represivo y el proyecto con total conocimiento de las violaciones de los derechos humanos cometidas y que incluso habían obtenido provecho de las mismas.<sup>101</sup> Se alegó que, “en el transcurso de los hechos, en pro de beneficios de un emprendimiento conjunto [...], el régimen implementó un programa de violencia e intimidación contra aldeas locales”. Además, se afirmó que “mujeres y niñas [...] fueron víctimas de violación y otros abusos sexuales por parte de funcionarios del régimen y también que habían sido abandonadas después de que sus familiares masculinos fueron capturados para realizar trabajos forzados, siendo que a ellas también se las sometió a las mismas prácticas”.<sup>102</sup> En la sentencia, de septiembre de 2002,<sup>103</sup> el tribunal declaró que “el trabajo forzado es una variable moderna de la esclavitud para la cual el derecho de gentes atribuye responsabilidad individual, de modo tal que no se exige la acción del Estado”. Al dar un veredicto al respecto de una “cuestión de hecho” en relación con la responsabilidad de Unocal, con base en el Alien Torts Claims Act, por ayudar y estimular al régimen militar de Myanmar a someter a los querellantes a trabajo forzado,<sup>104</sup> la decisión de 2002 revirtió el fallo anterior favorable a Unocal, afirmando que, “de acuerdo con los patrones del ATCA, se define como ayuda y estímulo al hecho de prestar, conscientemente, ayuda práctica o incentivo, con efecto sustancial en la perpetración del crimen”.<sup>105</sup>

En el caso *Iwanova vs. Ford Motor Co.*, el tribunal examinó las circunstancias en que la empresa actuó en estrecha colaboración con oficiales nazis, obligando a civiles a realizar trabajos forzados. La corte consideró que el hecho de que la compañía defendiera sus propios intereses económicos no impedía la resolución de que Ford Motor Co. hubiera actuado

como agente o en combinación con el gobierno alemán y que no había razón lógica que impidiera que individuos particulares y corporaciones fueran procesados por violaciones universalmente condenadas según el derecho internacional, aun cuando no estuvieran actuando “usando la ley como pretexto”.<sup>106</sup>

En el caso *Wiwa vs. Royal Dutch Petroleum Co.*,<sup>107</sup> la parte afectada alegó que Royal Dutch Shell había sido cómplice en actos de tortura, prisión arbitraria, detención y muerte en la región de Ogoni, en Nigeria. Los actores alegaron que ellos y sus parientes más próximos “habían sido capturados, torturados y asesinados por el gobierno nigeriano, una violación al derecho de gentes, por instigación de las [compañías de Shell] demandadas, en represalia por la oposición política de los acusados a las actividades de explotación de petróleo”. Posteriormente alegaron que Royal Dutch Shell “suministró dinero, armas y apoyo logístico a los militares nigerianos, incluidos los vehículos y la munición usados en los ataques a las aldeas, que indujo como mínimo alguno de estos ataques, que participó en la falsificación de las acusaciones de asesinato [...], y que sobornó testigos para que presentaran falsos testimonios contra ellos”.<sup>108</sup> La decisión de la Corte de la Segunda Circunscripción Judicial en este proceso tuvo un efecto importante sobre el principio de *forum non conveniens*, lo que facilitó la ejecución de una acción basada en las violaciones de los derechos humanos cometidas fuera del país, a pesar de la disponibilidad de un foro alternativo.<sup>109</sup> El argumento del tribunal destaca el interés de los Estados Unidos en apoyar los derechos humanos en el exterior y el hecho de que este principio imponga un patrón de inconveniencia diferente a las partes acaudaladas y a las más pobres.<sup>110</sup>

En el caso *Beanal vs. Freeport-McMoran, Inc.*<sup>111</sup>, se alegó que Freeport-McMoran cometió violaciones de los derechos humanos, delitos contra el medio ambiente, genocidio y genocidio cultural mientras realizaba actividades de minería en Indonesia. La parte actora alegó que las empresas Freeport “se involucraron sistemáticamente en una política corporativa, tanto de forma directa como indirecta, a través de terceros, lo que resultó en violaciones de los derechos de la tribu Amungme y de otras poblaciones tribales nativas. Las acciones alegadas incluyen ejecuciones extrajudiciales,

tortura, captura, amenazas de muerte, dolores físicos graves y sufrimiento ocasionado por los funcionarios de seguridad de la empresa, y a través de los mismos, en las operaciones en las minas de Grasberg”. Sin embargo, el caso fue desestimado porque el tribunal decidió que los elementos alegados no eran suficientes para que se justificara la apertura de un proceso.

Igualmente relevantes para posibles acciones en los Estados Unidos relativas a hechos ocurridos durante el colonialismo y el *apartheid*, son las cuestiones contempladas en el Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA). Esa ley contiene reglas que determinan la forma y posibilidad en que los Estados Unidos pueden ser procesados. Es relevante para la presente discusión por el hecho de que contiene una excepción a la inmunidad dada a un Estado o a sus funcionarios: se trata de la excepción a la actividad comercial. El FSIA determina que no será concedida inmunidad soberana cuando “la acción basada en un acto cometido fuera del territorio estadounidense esté relacionada con una actividad comercial del Estado extranjero en cualquier lugar, y dicho acto cause un efecto directo en los Estados Unidos”.

La Suprema Corte estadounidense, en el caso Arabia Saudita vs. Nelson,<sup>112</sup> declaró que un Estado realiza actividades comerciales, según la definición del FSIA, cuando procede como un ciudadano particular en el mercado, y en este contexto, es importante destacar la actividad desempeñada, más que su propósito.

Sin embargo, en el caso Adler vs. República Federal de Nigeria,<sup>113</sup> el tribunal consideró la expresión “relacionado a una actividad comercial” de modo opuesto al efectuado en el caso Arabia Saudita vs. Nelson, que consideró la cuestión examinando la frase “actividad comercial”. Así, los Estados de África, por ejemplo, pueden presentar una acción cuando haya habido una relación con actividades comerciales. Sin embargo, tienen que tener un efecto directo sobre los Estados Unidos. En algunos casos, como por ejemplo los de esclavitud, esto es evidente; en otros sería más difícil de establecer.

A partir de la discusión precedente sobre las acciones presentadas con base en el ATCA, parece realmente que los tribunales estadounidenses podrían estar sensibilizados ante acciones de reivindicación que surgen del colonialismo y del *apartheid*.<sup>114</sup>

## Límites de plazo

La cuestión más importante relacionada con las violaciones de los derechos humanos cometidas durante el colonialismo y el *apartheid* es el factor tiempo. El problema del intervalo de tiempo entre la ofensa y la reivindicación es crucial, porque con frecuencia estas dificultades en los procesos impiden que una acción supere el primer obstáculo.<sup>115</sup>

El Alien Torts Claims Act (ATCA) no establece plazo de prescripción,<sup>116</sup> pero el Torture Victim Protection Act (TVPA), sí. Con respecto a esto, al informe del Senado de los Estados Unidos que acompañó al TVPA afirmó: “Un plazo de prescripción de diez años garantiza que las Cortes Federales de Circunscripción Judicial no tendrán que oír reivindicaciones prescriptas. En algunos casos, como cuando un acusado le oculta de forma fraudulenta su identificación o su paradero a la otra parte, pueden aplicarse recursos de suspensión del plazo de prescripción para garantizar los derechos del reclamante.<sup>117</sup> [...] El plazo de diez años está sujeto a la suspensión, incluidos los períodos en los que el acusado se encuentra ausente de la jurisdicción o inmune a acciones judiciales, y los períodos en los que el demandante esté preso o incapacitado”.<sup>118</sup>

Según la ley federal, en términos del límite temporal para iniciar una acción, el tiempo empieza a correr en el momento en que ocurre la ofensa.<sup>119</sup> En el caso de *Bussineau vs. President & Dirs of Georgetown College*,<sup>120</sup> el tribunal decidió que la “causa de una acción se constituye como causa judicial en el momento en que ocurre la ofensa”. El tribunal, en el caso *Xuncax vs. Gramajo*,<sup>121</sup> aplicó el período del TVPA a una reivindicación basada en el ATCA.

Sin embargo, desde hace años los tribunales quieren extender el plazo. En 1947, en el caso *Osbourne vs. Estados Unidos*,<sup>122</sup> la parte reclamante había sido confinada por Japón durante la Segunda Guerra Mundial y reivindicaba que el plazo de prescripción no se aplicaba a causa de “circunstancias extraordinarias, ya que en el lapso en que debería haber iniciado una acción, los tribunales le eran inaccesibles dada su condición de prisionero en manos del enemigo”. El tribunal suspendió el plazo límite para una ofensa ocurrida poco antes de que se lo confinara, porque las circunstancias eran lo suficientemente extraordinarias: “Todos los plazos de prescripción se basan en la premisa de que una persona con una buena causa judicial

no postergará el proceso por un período desmedido de tiempo; pero, cuando al autor de una acción se le niega el acceso a los tribunales, la base de la premisa es destruida”.<sup>123</sup>

En 1987, la doctrina fue evaluada en el caso *Forti vs. Suárez Mason*. El tribunal afirmó: “Los tribunales federales aplicaron también una teoría de plazo prescripto, semejante a la doctrina de ‘imposibilidad’. Cuando hay eventos extraordinarios que se encuentran más allá del control de la parte demandante y le impiden presentar una demanda, el plazo se suspende hasta que el obstáculo causado por estos eventos sea retirado”.<sup>124</sup>

El tribunal afirmó que, aunque los tribunales argentinos estuvieran disponibles, “en la práctica” eran controlados por el régimen militar, haciendo imposible un proceso justo para todos aquellos que querían iniciar una acción. Agregó, inclusive, que: “la ley federal prevé un plazo de prescripción en dos tipos de situaciones: (1) cuando la conducta ilícita del acusado impidió que la otra parte presentara sus reivindicaciones en tiempo oportuno; (2) cuando las circunstancias extraordinarias fuera de control del actor hacen imposible la presentación de sus reivindicaciones en tiempo oportuno”.<sup>125</sup>

En el caso *National Coalition Government of Union of Burma vs. Unocal, Inc.*,<sup>126</sup> el tribunal observó que al aplicar el caso *Forti* como precedente para el plazo de prescripción, el tribunal en *Hilao* concluyó que el temor a intimidaciones y represalias era una circunstancia extraordinaria, fuera del control de la parte demandante.<sup>127</sup> Siendo así, las demandas contra Marcos por daños causados por tortura, desaparición o ejecución sumaria permanecerán en suspenso hasta que este deje el cargo. Se trata de una decisión judicial crucial para los casos relativos al colonialismo y al *apartheid*. En el caso *Unocal*, el tribunal aplicó la decisión de *Hilao* en el proceso y argumentó: “Según la ley federal, la suspensión del plazo de prescripción está disponible cuando (1) la conducta ilícita del acusado impidió al actor presentar la reivindicación; o (2) circunstancias extraordinarias fuera del control del actor hicieron imposible la presentación de las reivindicaciones en tiempo oportuno”. El tribunal observó que: “En realidad, con base en la determinación de la Corte de la Novena Circunscripción Judicial de *Hilao*, las reivindicaciones de fulano de tal se pueden suspender mientras el SLORC permanezca en el poder, si él prueba que fue incapaz de tener acceso a una revisión judicial en Birmania”.<sup>128</sup> Esto puede ser de gran importancia en casos futuros.

En el caso *Iwanova vs. Ford Motors Co.*,<sup>129</sup> las reivindicaciones estaban relacionadas con el trabajo forzado durante la Segunda Guerra Mundial. El actor procesó a la Ford, en Alemania, y a la matriz estadounidense, buscando compensación por trabajos forzados en la fábrica alemana de Ford. En lo que se refiere al plazo para presentar una acción relativa a la reivindicación alemana, el tribunal afirmó que quedaba suspendido hasta 1997, cuando la moratoria sobre las reivindicaciones (impuesta en varios tratados de posguerra) hubiera finalmente terminado. Lo mismo no se alegó en relación con la matriz estadounidense. Por lo tanto, fueron los tratados los que impidieron la ejecución de las reivindicaciones, y no la culpa del acusado. El tribunal determinó que: “la suspensión del plazo de prescripción puede ser aplicada, entre otras razones, cuando el acusado engañó activamente a la parte demandante. Para evitar la desestimación, el actor que reivindica la suspensión del plazo de prescripción debe incluir detalladamente las razones por las cuales alega haber sido `activamente engañado` por el acusado”.<sup>130</sup> Aunque el actor había presentado alegaciones de embuste y ocultación<sup>131</sup> en su declaración y en su alegato oral, estas no se encontraban en su peticitorio, y por eso el tribunal negó la compensación.<sup>132</sup> Un resultado semejante se obtuvo en el caso *Fisher vs. BASF Group*.<sup>133</sup>

En el caso *Sampson vs. República Federal de Alemania*,<sup>134</sup> se descalificó una acción judicial de resarcimiento por daños relativos a la detención ilegal en un campo de concentración nazi en razón del lapso transcurrido entre la ofensa y el inicio de la acción. En el caso *Kalmich vs. Bruno*,<sup>135</sup> se negó una reivindicación de devolución de una propiedad confiscada por los nazis a causa del vencimiento del plazo.

En el caso *Jane Doe I [fulana de tal] vs. Karadic*,<sup>136</sup> el tribunal decidió que “el plazo de prescripción del TVPA está sujeto a suspensión, incluso en lo que atañe a los períodos en los que el acusado está ausente de la jurisdicción o inmune a procesos legales, o a los períodos en los que la parte demandante está presa o incapacitada”. En el caso *Cabello vs. Fernández Larios*,<sup>137</sup> el tribunal determinó: “La suspensión del plazo de prescripción del TVPA se muestra apropiada en este caso, porque las autoridades militares chilenas habían ocultado deliberadamente el lugar de sepultura de la víctima, de modo que los autores del proceso no pudieron ver el cuerpo

del fallecido hasta 1990”. En este caso<sup>138</sup> el tribunal decidió que: “lo que impidió que los autores iniciaran la acción hasta 1990 fue el ocultamiento anterior a la fecha por parte del gobierno chileno del lugar de la sepultura. Consecuentemente, el período de diez años de plazo solamente empezó a contar a partir de 1990. Como los autores presentaron la acción dentro de los diez años establecidos, y el acusado no le presentó al tribunal ningún motivo suficientemente convincente para modificar la decisión anterior de que el período de límite empezaba en 1990, el tribunal entiende que las reivindicaciones alegadas con base en la Segunda Enmienda no sufren restricción de plazo”.

Por lo tanto, parece que el límite del plazo puede no constituir necesariamente un obstáculo definitivo para tales acciones. Los actores tendrán que comprobar que las circunstancias específicas estén de acuerdo con las reglas anteriores, para garantizar que la prescripción no actúe como impedimento en tales casos.

### Otras jurisdicciones

Aunque la mayoría de los procesos de esta naturaleza hayan sido presentados en los Estados Unidos, han ocurrido demandas por violación de los derechos humanos en todo el mundo. Inicialmente esto ocurrió en Inglaterra. Entre ellas están:

- Cape plc:<sup>139</sup> provocado por daños físicos relacionados con la contaminación por asbesto, sufridas por víctimas sudafricanas durante las décadas de 1960 y 1970.
- RTZ:<sup>140</sup> suscitado por el caso de cáncer de laringe contraído por un trabajador escocés empleado en una mina de uranio del acusado, en Namibia.
- Thor Chemical Holdings Ltd:<sup>141</sup> en respuesta a las críticas del gobierno inglés en relación con la salud y la seguridad, la empresa Thor trasladó sus instalaciones a Natal, en Sudáfrica, donde continuó funcionando con las mismas deficiencias que la habían forzado a partir de Inglaterra, pues poco hizo para reducir el riesgo de los trabajadores. La empresa Thor quedó sujeta a la jurisdicción del tribunal al presentar una defensa impedida de alegar desafuero y finalmente aceptó pagar 1,3 millones de libras esterlinas.<sup>142</sup>

Las cuestiones en estos casos parecen girar por completo alrededor de la discusión sobre jurisdicción personal, recurso de la ley y *rationae forum non conveniens*, sin juicio respecto del mérito de las acciones. De esto deviene el comentario de Stephens acerca de que las jurisdicciones no estadounidenses carecen de un “caso Filartiga básico”. El litigio ocurrido en Australia alrededor de la Broken Hill Proprietary<sup>143</sup> muestra el mismo problema.

### Los hereros de Namibia reivindican reparaciones

Uno de los primeros procesos relacionados con cuestiones que remontan al período colonial, fue la acción presentada en 2001, en Washington D.C., por la Corporación de Reparaciones al Pueblo y a la tribu Herero, en la persona de su supremo jefe Riruako y otros miembros de la tribu. Están<sup>144</sup> procesando al Deutsche Bank, a Terex Corporation,<sup>145</sup> también denominada Orenstein-Koppel, y a Woermann Line, hoy supuestamente conocida como Deutsche Afrika-Linien GmbH & Co.<sup>146</sup> Aunque la mayoría considere a Sudáfrica<sup>147</sup> como responsable por muchas atrocidades cometidas en África meridional, el legado colonial de Namibia, bajo dominio de Alemania, incluye una de las mayores barbaries ya cometidas: el genocidio de casi 100 mil personas a principios del siglo XX. En junio de 2001, la Corporación de Reparaciones al Pueblo Herero planteó una demanda por 2.000 millones de dólares contra las empresas.<sup>148</sup> Las compañías, incluida Woermann Lines, fueron acusadas por la formación de una alianza para exterminar más de 65 mil hereros, entre 1904 y 1907.

El proceso gira alrededor de un genocidio perpetrado en Namibia a principios del siglo XX,<sup>149</sup> con la matanza de más de 65 mil hereros en manos de la policía. La política de ejecución sumaria se anunció el 2 de octubre de 1904, cuando el general Lothar Von Trotha decretó: “El pueblo herero tendrá que dejar el país. De lo contrario, lo forzaré a hacerlo por medio de las armas. Dentro de las fronteras alemanas, todo herero, esté armado o desarmado, con o sin su ganado, será asesinado. No aceptaré mujeres o niños. Serán devueltos a su pueblo; de lo contrario, ordenaré que se los mate. Firmado: El Gran General del Todopoderoso Kaiser, Von Trotha.

Además de los 65 mil muertos, fueron clausuradas y envenenadas las cisternas para impedir que la población



tuviera acceso al agua. Al mismo tiempo, miles de individuos fueron condenados a la esclavitud<sup>150</sup> en haciendas alemanas, y se obligó a las mujeres sobrevivientes a servir de “mujeres de confort” para los colonizadores. Genetistas alemanes llegaron al país para conducir estudios raciales sobre la supuesta inferioridad de los hereros. Von Trotha creó también cinco campos de concentración, en los que la tasa de mortalidad superaba el 45%.

Von Trotha casi tuvo éxito en el genocidio. La población herero se redujo en cerca de 80%; sobrevivieron aproximadamente 16 mil personas, la mayoría en campos de concentración. Los documentos del tribunal afirman: “Presagiando de forma alarmante y precisa el imperdonable horror del Holocausto europeo tan solo algunas décadas después, los acusados y Alemania Imperial formaron un emprendimiento comercial que sancionó explícitamente y puso en práctica, a sangre fría, el exterminio, la destrucción de la cultura tribal y la organización social, el confinamiento en campos de concentración, el trabajo forzado, experimentos médicos aberrantes, la explotación de mujeres y niños, con el propósito de obtener intereses financieros comunes”.

Los hereros iniciaron un proceso contra el Deutsche Bank, alegando que era la principal entidad financiera y bancaria en el dominio alemán del sudoeste africano. Se alegó que Disconto-Gesellschaft, adquirida por el Deutsche Bank en 1929, había controlado junto con el Deutsche Bank prácticamente todas las operaciones financieras y bancarias en dicho territorio, entre 1890 y 1915. La acción judicial afirma que esas entidades eran los principales inversores, accionistas, directores y ejercían el control en las mayores operaciones de minería y ferrovías del dominio alemán en el sudoeste de África, en aquella época. Las otras acusaciones están basadas en que el Deutsche Bank, por sí mismo y por intermedio de Disconto-Gesellschaft, tuvo una participación crucial en los emprendimientos coloniales alemanes, además de ser directamente responsable y de haber cometido los crímenes contra la humanidad perpetrados contra los hereros. El proceso de los hereros contra el Deutsche Bank sostiene que el banco financió específicamente al gobierno y a las compañías vinculadas al dominio colonial alemán.<sup>151</sup>

Terex también fue procesada, porque se alegó que era la sucesora interesada, o la sociedad en fusión, de Orenstein-Koppel Co., la principal entidad de construcción ferroviaria

en el dominio alemán en el sudoeste africano, de 1890 a 1915. Los documentos del tribunal afirman que Arthur Koppel, el director de Orenstein-Koppel, era un poderoso ejecutivo alemán; su empresa se había especializado en tecnología de terraplenes y a principios del siglo XX tenía contratos en todas partes del mundo. Se alegó que Terex y sus predecesores prosperaron a lo largo de los 125 años de su existencia mediante la organización, participación y obtención de ventajas en un sistema sustentado por la mano de obra esclava. Se alegó, además, que lucraron inmensamente con ese sistema, y que por lo tanto fueron directamente responsables por los crímenes de lesa humanidad cometidos contra los hereros.

La parte actora posteriormente retiró la acción por reparaciones contra Terex, porque la corporación alegó que había estado bajo una administración diferente en la época en que las atrocidades se cometieron.<sup>152</sup> No obstante, los actores iniciaron rápidamente una acción judicial contra el gobierno alemán.<sup>153</sup> En relación con esto, el jefe Kuaima Riruako afirmó: “Estoy procesando gobiernos legítimos y compañías que operaban en la época colonial. [...] Somos semejantes a los judíos que fueron destruidos. Los alemanes pagaron por la sangre derramada de los judíos. Compénsennos también. Es el momento de curar la herida”.<sup>154</sup>

Woermann Line también está siendo procesada, bajo la acusación de haber controlado virtualmente todas las actividades de navegación dentro y fuera del dominio alemán en el sudoeste de África entre 1890 y 1915. La reivindicación del actor afirma que Woermann empleaba trabajo esclavo, tenía su propio campo de concentración, tuvo participación primordial en el emprendimiento colonial alemán y que, “individualmente y como miembro de ese emprendimiento, Woermann era directamente responsable por haber cometido crímenes de lesa humanidad perpetrados contra los hereros”.<sup>155</sup>

Se alega que Otavi Mines and Railway Company (Omeg) fue fundada el 6 de abril de 1900, con el estatuto legal de Compañía Colonial Alemana, con el propósito de explotar yacimientos de cobre y para construir un sistema ferroviario. Se alega, asimismo, que el Deutsche Bank fue miembro del Consejo de Administración de Omeg, entre 1900 y 1938. La parte actora asevera que Disconto Gesellschaft, uno de los mayores bancos en Alemania en 1903, era un inversor importante en Omeg, y que Woermann Shipping Line, en

1900, había establecido el control completo de las empresas portuarias y de navegación en el sudoeste de África. Todo el material para la ferrovía de Omeg era transportado por Woermann, mediante trabajo forzado y la esclavitud de más de mil personas, que cargaban y descargaban los buques en Swakopmund.

El caso es de gran relevancia por varios motivos. Primero, muestra cómo el Holocausto alemán fue precedido por un genocidio anterior. Segundo, indica cómo se pueden usar los tribunales para perseguir la transgresión de los derechos humanos, incluso en otro país. En relación con esto, el jefe herero argumentó: “Estamos llevando nuestro caso a los Estados Unidos porque es más fácil y más justo y allí podemos obtener apoyo público. Los judíos no pueden llevar su caso a Alemania; ¿qué posibilidad tenemos, entonces, de obtener éxito [en Alemania]?”<sup>156</sup>

En tercer lugar, el caso podría ser precursor de varios otros, en los que antiguos gobiernos coloniales y empresas comerciales que se beneficiaron de la conquista y la dominación sean procesados por los habitantes de los territorios que, en la época, estaban bajo su control. Los hereros no fueron las únicas víctimas de las atrocidades coloniales. Hubo, entre otras, la masacre de millares de congolese ejecutados por los belgas, bajo el mando del rey Leopoldo II. Los franceses son culpables también de estos crímenes, así como los ingleses. Como argumentó Sydney Haring:

*[...] este representa efectivamente uno de los mejores casos para abrir el debate en relación con la reparación por opresión colonial contra varias potencias imperiales. El fundamento directo de esa acción en el contexto específico de la responsabilidad de Alemania por las reparaciones a los judíos víctimas del genocidio de la Segunda Guerra Mundial, plantea directamente la cuestión: ¿en qué difiere el genocidio de la época colonial del genocidio europeo moderno? En un África empobrecida, no es para sorprenderse que la población nativa no pueda aceptar la legitimidad de dos regímenes de derecho internacional, uno para los europeos, otro para los africanos. Como la acción de los hereros se basa estrictamente en un acto específico —y bien documentado— de genocidio del siglo XX, en una guerra colonial específica, contra una nación que reincidió en el genocidio, se trata de un caso apropiado para una acción de reparación contra Alemania.*<sup>157</sup>

En una visita a Namibia, en marzo de 1998, el presidente alemán Roman Herzog afirmó que ya había pasado mucho tiempo para que Alemania hiciera cualquier pedido formal de disculpas por la masacre de los hereros durante el dominio colonial. Dijo que los soldados alemanes habían obrado “incorrectamente” entre 1904 y 1907, cuando aproximadamente 65 mil hereros fueron asesinados por oponerse al colonialismo. Herzog rechazó el pago de compensación, afirmando que eso no era posible, una vez que las reglas internacionales de protección a las poblaciones civiles no existían en la época del conflicto y que ninguna ley protegía a los grupos minoritarios durante el período colonial.<sup>158</sup> Agregó que Alemania había ayudado significativamente a Namibia por muchos años y prometió que el país cumpliría con su responsabilidad histórica especial en relación con Namibia.<sup>159</sup> Declaró también que la cuestión de las reparaciones no sería considerada, una vez que Namibia ya estaba recibiendo apoyo financiero preferencial de Alemania.<sup>160</sup>

El gobierno de Namibia no apoyó las reivindicaciones de los hereros. El primer ministro Hage Geingob dijo que el planteo por parte de los hereros de buscar un resarcimiento solo para los namibianos hablantes de la lengua herero estaba equivocado<sup>161</sup> y que: “nosotros [el gobierno] estamos siendo condenados por el jefe por no actuar. Pero no podemos simplemente decir que queremos dinero para los hereros. No fueron solamente los hereros los que sufrieron las consecuencias de la guerra. Todos los namibianos sufrieron y lo mejor que podemos hacer es ayudar a todos los namibianos con carreteras y escuelas”.<sup>162</sup>

El primer ministro declaró también que, infelizmente, la cuestión de las reparaciones era política, preguntando por qué no se la había presentado al Parlamento de Namibia. Esto no ocurrió, sin embargo, por qué los hereros acusan al partido gobernante Swapo de desviar 500 millones de dólares de ayuda alemana para electores de Ovambo.<sup>163</sup> Ellos quieren, por lo tanto, que Alemania establezca un fondo que permita a los hereros comprar tierras y ganado. Gottlob Mbaukua, un líder del partido herero en Okahandja, argumentó: “Lo que estamos diciendo es que los alemanes, como mataron solamente a los hereros y a nadie más, nos deben ayudar a erguirnos”.<sup>164</sup>

Eckhart Mueller, presidente de la Organización Cultural

Alemana-Namibiana, argumenta: “La concepción del término genocidio es relativa cuando uno está involucrado en una guerra y es derrotado. Pienso que ellos están entrando en un emprendimiento sin chances de obtener algún dinero. Si no es el genocidio, será otra cosa. Tenemos que enterrar el pasado y mirar hacia el futuro”.<sup>165</sup>

### Reivindicaciones de las víctimas del *apartheid*

La violación de los derechos humanos contra la mayoría de la población de Sudáfrica fue sistemática durante el *apartheid*. Muchas personas fueron desalojadas de sus tierras, tuvieron su lengua y cultura marginadas y sufrieron graves violaciones de los derechos humanos.<sup>166</sup> A la mayoría de los sudafricanos se les negó el acceso a una enorme variedad de facilidades, instituciones y oportunidades, inclusive a varios lugares y puestos de trabajo, especialmente en los que concierne a los órganos del gobierno. El Estado sudafricano violó sistemáticamente los derechos de la población negra y la sometió a privaciones socioeconómicas.<sup>167</sup> Los sudafricanos negros fueron privados de sus derechos civiles, alejados de los lugares donde vivían y destituidos de su ciudadanía.<sup>168</sup> Algunos funcionarios, inclusive muchos del gobierno que contaban con autorización y soporte oficial, cometieron torturas, ataques y asesinatos de manera sistemática.<sup>169</sup> Innumerables detenciones<sup>170</sup> y muertes se cometieron bajo su custodia.<sup>171</sup> La libertad de expresión y de asociación fue severamente limitada. Como consecuencia de esto, en 1973 las Naciones Unidas declararon que el *apartheid* era un crimen contra la humanidad. Aunque la acción del Estado ha sido una causa importante en las violaciones de los derechos humanos, otros agentes también contribuyeron para la realización de tales prácticas. Inclusive las corporaciones multinacionales que ayudaron, estimularon y se beneficiaron de las relaciones con el régimen. Más de 3 mil millones de dólares en lucros fueron transferidos anualmente de Sudáfrica bajo el *apartheid*, por bancos y negocios extranjeros entre 1985 y 1993.<sup>172</sup> En 1987, una investigación conducida por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad de las corporaciones multinacionales en la continuidad de la existencia del *apartheid* concluyó que, “por su complicidad, aquellas corporaciones transnacionales

deben ser consideradas partícipes en el crimen de *apartheid* y deben ser procesadas por su responsabilidad en la perpetuación de ese crimen”.<sup>173</sup>

El proceso interno en Sudáfrica para afrontar el pasado fue la Truth and Reconciliation Commission (TRC), en la cual las víctimas podían testimoniar sobre las violaciones de las que habían sido víctimas, y aquellos que habían perpetrado las violaciones de los derechos humanos podían pedir amnistía de la acusación criminal, así como exención de responsabilidad civil.<sup>174</sup> Además, la TRC presidió audiencias en varios sectores, incluidos el judicial, el de salud y los partidos políticos. También se realizaron audiencias sobre el papel de las empresas. No obstante, hasta que se presentaron dos procesos en los Estados Unidos, que serán discutidos posteriormente, no ocurrió nada contra las multinacionales u otras empresas que se beneficiaron del sistema de aquella época. Las reparaciones para las víctimas han sido discutidas como una obligación del Estado. Aunque el Estado reconoce que es necesario otorgar alguna compensación, no respondió de forma ágil a las recomendaciones de la TRC en lo que se refiere a cuánto y cuándo pagar a las 21 mil personas consideradas víctimas.

En lo que atañe al sector privado, en Sudáfrica la TRC elaboró un informe sobre el papel de las empresas y de los trabajadores durante el *apartheid*. Determinó que “un vasto cuerpo de pruebas muestra el papel central de los intereses del sector privado en la elaboración, adopción, implementación y modificación de las políticas del *apartheid* a lo largo de su siniestra historia”.<sup>175</sup> Luego de esta conclusión, la TRC no juntó todos los casos de incriminación de las empresas, ni en el informe ni en su análisis, y en cambio intentó hacer un pronunciamiento<sup>176</sup> en relación con el papel de las empresas privadas durante el *apartheid*<sup>177</sup>, más matizado y estructurado, y posiblemente más creíble. La TRC dividió la culpabilidad de las empresas en tres categorías:

- Incriminación de primer orden: “elaboración junto con el Estado de políticas o prácticas opresivas que resultaron en bajo costo de mano de obra (o que aumentaron los lucros de otra forma)”.<sup>178</sup>
- Incriminación de segundo orden: “conocimiento de que sus productos o servicios serían usados para propósitos moralmente inaceptables”.<sup>179</sup>

- Incriminación de tercer orden: “actividades comerciales usuales, que fueron beneficiadas indirectamente por el hecho de operar en un contexto estructurado racialmente en una sociedad de *apartheid*”, pero, “[...] llevado a su conclusión lógica, ese argumento debería ser extendido a las empresas que financiaron los partidos de oposición y movimientos contra el *apartheid*. Evidentemente, no se puede considerar que todas las empresas tuvieron el mismo comportamiento”.<sup>180</sup>

Un comentarista escribió sobre esta categorización: “La TRC declaró los dos primeros niveles reprobables *per se* [...]. No obstante, sus conclusiones matizadas con relación a otras empresas reflejan una evaluación de la medida en que el *apartheid* claramente las benefició y de la complejidad de las interacciones del sector privado con el gobierno. Finalmente, aunque se concluye que el gobierno y el sector privado ‘cooperaron en la construcción de una economía que beneficiaba a los bancos’, rechazó tanto una condena de todo el sector privado en cuanto colaborador, como una justificación por haber atenuado y ayudado a dar fin al sistema”.<sup>181</sup>

### El papel de los bancos

El informe de la TRC parece inserir a los bancos (tanto locales como extranjeros) en la tercera categoría de culpabilidad.<sup>182</sup> Al discutir la incriminación del segundo nivel, el informe observa el ejemplo de los bancos que suministraron tarjetas de crédito clandestinas a escuadrones de la muerte para ayudarlos a atraer a sus víctimas.<sup>183</sup>

Inclusive, el informe de la TRC constató que “no hubo tentativa evidente por parte del sector bancario de investigar o detener el uso que se estaba haciendo de sus instalaciones en un ambiente en el que predominaban violaciones graves de los derechos humanos”.<sup>184</sup> Además, el Council of South African Banks (Cosab) “reconoció que ser un banco significaba ‘inevitablemente’ hacer negocios con diversos organismos que formaban parte del sistema de *apartheid*”.<sup>185</sup> Sin embargo, el informe de la TRC no llegó a sus propias conclusiones (este cita pero no adopta claramente las hipótesis de los otros) en lo que se refiere a las consecuencias de que un banco “haga negocios” con el régimen del *apartheid*.

Al igual que en el primer caso de *apartheid*, comentado adelante, y probablemente debido a la misma falta de información, el informe de la TRC no intentó dar el paso siguiente de analizar cualquier transacción particular o cualquier relación entre un banco y una institución del *apartheid* para averiguar: (1) hasta dónde las actividades crediticias ayudaron a incentivar la opresión; y (2) hasta dónde los bancos deberían haber previsto o sabido que las actividades crediticias ayudarían a estimular la opresión.

Por ejemplo, el informe citó la declaración de Cosab a la TRC, que afirmaba: “por la propia naturaleza de sus negocios, los bancos habían estado involucrados en cada aspecto del comercio durante los años del *apartheid*. Sin ellos, el gobierno y la economía habrían quedado paralizados. Pero esta habría sido una decisión del tipo ‘todo o nada’. No podía haber una posición de término medio. O se está en el negocio bancario, o no se está. No le cabe a un banco decir que aceptará instrucciones de su cliente para pagar a una persona y no a otra”.<sup>186</sup>

Por lo tanto, aunque el informe de la TRC haya reconocido que mientras “los bancos estaban, deliberadamente o no, involucrados en suministrar servicios bancarios y otorgando préstamos al gobierno del *apartheid* y a sus agencias”, observó también que los bancos “estaban, igualmente, involucrados en el movimiento de fondos de donadores localizados del otro lado del mar, para organizaciones de resistencia al *apartheid*”.<sup>187</sup> Este modelo que permite que el lado sombrío del cuadro salga a la luz, sin que sea analizado en profundidad, resulta también evidente en la forma de abordar el tema del papel del “sector privado” de modo general.

### El papel del sector privado

No obstante considere que el compromiso general del sector privado durante el *apartheid* se extendió a las tres categorías de culpabilidad, el informe de la TRC dio atención especial al doble papel del sector privado al (con frecuencia simultáneamente) ayudar y perjudicar al *apartheid*. Por ejemplo, el informe observó que “[...] muchas organizaciones del sector privado estaban inseguras sobre la manera cómo proceder ante la crisis económica y la agitación política. Como observó el Cosab: el sector privado se vio dividido entre el



reconocimiento del deseo inevitable de reformas políticas significativas y una gama de avances que resultaban en mucha inestabilidad y que eran, pura y simplemente, perjudiciales para los accionistas de la empresa”.

La respuesta a este dilema agudo fue, por un lado, tratar de acelerar el proceso de reformas y facilitar el contacto entre diferentes intereses políticos –tanto dentro como fuera de Sudáfrica– y, por otro lado, preparar una acción de retaguardia contra las sanciones y la campaña de no inversiones y contra los crecientes niveles de violencia que amenazaban la economía y la creación de empleos.<sup>188</sup>

Aunque el informe haya registrado esfuerzos por parte del sector privado para acelerar las reformas –como “visitas de líderes empresariales representativos al ANC en el exilio”–,<sup>189</sup> enfatizó también las “acciones de retaguardia”, como el comprometimiento del sector privado con los Joint Manages Committees (JMC), que formaban parte del Sistema de Administración de Seguridad Nacional.<sup>190</sup> No obstante, aun cuando deja claro que el objetivo de los JMC era “fundamentalmente prolongar la dominación blanca”,<sup>191</sup> el informe observó también que: “Allí donde la participación [del sector privado] resultó en la canalización de recursos para las municipalidades, las cuestiones morales eran más nebulosas. Aunque el desarrollo en las municipalidades auspiciadas por los JMC estaba seguramente motivado por propósitos contrarrevolucionarios, existe una diferencia importante entre las estrategias contrarrevolucionarias basadas en el abastecimiento de infraestructura a la población, y las estrategias basadas en la tortura y la represión. Nuevamente, el sector privado no desempeñó un papel homogéneo en el proceso”.<sup>192</sup>

Sobre el tema de las sanciones, el informe observó que la oposición del sector privado, además de partir de los propios intereses movidos por el lucro, “se originó también en la creencia, por parte de algunos de sus sectores, de que el crecimiento económico más que intensificar la pobreza, promovía la democracia”.<sup>193</sup> Sorprendentemente, el informe poco hizo para evaluar tanto esa creencia, su difusión y representatividad, como las razones por las que una empresa, en su propio provecho, decide adoptarla (o alega que la adopta).

En defensa de la TRC, entretanto, pocas corporaciones – particularmente las multinacionales– se ofrecieron a declarar ante la Comisión.<sup>194</sup> Además, el hecho que la TRC no estuviese

en posición de imponer –o eliminar– la responsabilidad legal, mucho menos criminal, sobre las corporaciones”,<sup>195</sup> puede haber influenciado tanto en la duda de la propia comisión a emitir condenaciones como, considerando el clima de relativa impunidad, en el hecho de que las multinacionales hayan resuelto ignorar los procedimientos.

Como resultado de estos procesos, fueron registrados dos casos en los Estados Unidos reivindicando indemnización por eventos ocurridos durante el *apartheid*.

### El primer caso relativo al *apartheid*

En junio de 2002, millares de sudafricanos iniciaron una acción colectiva contra varias corporaciones<sup>196</sup> multinacionales en el Distrito Sur de Nueva York, con base en el ATCA.<sup>197</sup> En agosto, una acción judicial apuntó como coautoras de conspiración con el régimen de *apartheid* a las siguientes empresas: Citigroup, Crédit Suisse, UBS, Deutsche Bank, Dresdner Bank, CommerzBank, IBM, Amdahl Corporation, ICL Ltd., Burroughs, Sperry and Unisys (antecesora de Sperry and Burroughs).<sup>198</sup> Según sus abogados, las compañías de minería Anglo American y De Beers se pueden agregar a esta lista de acusados. Además, los abogados escribieron a más de 27 bancos y corporaciones proponiendo un diálogo para discutir posibles acuerdos.<sup>199</sup> Fuera de los potenciales reos Anglo American y De Beers, el proceso no apuntó a empresas locales.<sup>200</sup>

La demanda, presentada originalmente solo contra bancos suizos y estadounidenses, afirma que “[...] para que se haga justicia, las instituciones financieras y las empresas que alimentaron e hicieron posible el reinado del terror del régimen del *apartheid* deben rendir cuentas de sus pecados, crímenes y explotaciones, así como las empresas que alimentaron e hicieron posible el reinado del terror nazi”.<sup>201</sup> La demanda reclama 50 mil millones de dólares en indemnizaciones,<sup>202</sup> afirmando que si no fuera por los préstamos de los bancos, el *apartheid* no habría sobrevivido todo el tiempo que sobrevivió<sup>203</sup> y que las empresas de informática “sabían muy bien que el régimen del *apartheid* se valía del uso de los equipos, tecnología y sistemas para facilitar y propiciar las violaciones de los derechos humanos y la perpetración de atrocidades contra la mayoría de la población sudafricana”.<sup>204</sup>

En relación con los negocios de minería, el objetivo era

incluir las prácticas de trabajo abusivas y racistas efectuadas durante el período del *apartheid*.

Ed Fagan, el abogado estadounidense que lleva el caso, envió una nota a la prensa enfatizando una parte de la demanda que relaciona la conducta de los bancos alemanes con su historia durante el Tercer Reich.<sup>205</sup> Fagan “ha sido descrito, en varios aspectos, como un defensor oportunista de causas perdidas y espectaculares”.<sup>206</sup> Las respuestas a Fagan y a los procesos fueron poco entusiastas, y no resulta sorprendente la frialdad explícita del gobierno y la reacción de la prensa, que dieron menos apoyo de lo que Fagan había esperado.<sup>207</sup>

### El segundo caso referente al *apartheid*

El 12 de noviembre de 2002 se inició, en la Corte Distrital Este de Nueva York, el segundo proceso *Khulumani et al. vs. Barclays et al.*,<sup>208</sup> contra ocho bancos y doce compañías de petróleo, transportes, tecnología de comunicaciones y armamentos de Alemania, Suiza, Gran Bretaña, Estados Unidos, Países Bajos y Francia.<sup>209</sup>

La acción se presentó en nombre del Grupo de Apoyo *Khulumani* y 108 individuos “víctimas de tortura, asesinato, violación, prisión arbitraria y trato deshumano con apoyo del Estado”. La *Jubilee South Africa* afirmó: “Las corporaciones ayudaron e incitaron un crimen contra la humanidad, cuyos daños sociales permanentes exigen reparaciones urgentes. [...] Estas obtuvieron lucros exorbitantes, mientras se intensificaba el sufrimiento de las víctimas del *apartheid*. Los bancos y el sector privado ignoraron constantemente nuestros intentos de discutir su papel en el apoyo a amplios programas sociales para la reconstrucción y desarrollo de las comunidades afectadas, y para compensar a individuos específicos por los perjuicios que las corporaciones hicieron posibles”.<sup>210</sup>

En declaración a la prensa, los demandantes afirmaron que habían intentado durante cuatro años, sin poder lograrlo, que “los bancos multinacionales y las empresas que apoyaron al Estado bajo el *apartheid* rindieran cuentas de su explotación odiosa”. El grupo de Apoyo *Khulumani* observó que este proceso “[...] es el único camino que nos restó para garantizar que la verdad sobre la extensión de la complicidad de las corporaciones en los abusos cometidos durante el *apartheid* se conozca y se haga justicia a las víctimas. No se las puede dejar

de lado para que paguen por su propio sufrimiento. Las corporaciones multinacionales deben ser conscientes de que la complicidad en crímenes de lesa humanidad no da frutos”.<sup>211</sup>

En nota a la prensa, Apartheid Debt & Reparations Campaign afirmó: “En esta acción, expresamos nuestro compromiso con el futuro de las víctimas del *apartheid*, la protección de los derechos humanos y la soberanía de la ley. [...] La acción se promovió después de mucha consideración internacional en relación con su base legal y factual y después de exhaustivas consultas a organismos claves. Inclusive, otras acusaciones de peso equivalente se presentarán en los meses próximos, relacionadas con otros aspectos de los crímenes cometidos por el *apartheid*.”<sup>212</sup>

El estudio de abogacía estadounidense que representa a las víctimas declaró, en nota a la prensa,<sup>213</sup> que la demanda:

*[...] busca responsabilizar al sector privado por incentivar y colaborar con el régimen de apartheid en Sudáfrica, facilitando la práctica de crímenes de segregación, trabajo forzado, genocidio, ejecuciones extrajudiciales, tortura, agresión sexual y prisión ilegal. La comunidad mundial reconoció al apartheid en sí como un crimen contra la humanidad. El apartheid no podría haberse mantenido como se mantuvo sin la participación de los acusados [...]. La acción se basa en los principios de imputabilidad del common law y en el Alien Torts Act, 28 U.S.C. 1350, que concede jurisdicción a los tribunales de los Estados Unidos sobre determinadas violaciones del derecho internacional, sin que importe dónde estas hayan ocurrido [...]. La evidencia histórica reciente muestra que la participación de las compañías privadas en las industrias claves de minería, transportes, armamentos, tecnología, petróleo y financieras no solo fue útil para la práctica de los abusos, como también estuvo estrechamente relacionada con los abusos propiamente dichos, en el sentido de que el apartheid nunca habría sido lo que fue sin la complicidad del sector privado.*

En Sudáfrica, estos dos casos se vieron de modo un poco controvertido. El ex presidente F. W. de Klerk se manifestó en contra de los procesos afirmando que aconsejará a las empresas que resistan a las acciones judiciales. Declaró también que estos casos darían falsas esperanzas de enriquecimiento a los sudafricanos pobres.<sup>214</sup>

El gobierno sudafricano declaró que no apoyará las acciones contra las multinacionales citadas por haber favorecido al *apartheid*. El ministro de Justicia y de Desarrollo Constitucional, Penuell Maduna, habría dicho que la postura del ministerio es de “indiferencia”, que no se apoyan ni rechazan tales acciones. Afirmó: “No apoyamos las acciones por reparaciones individuales. Tenemos negocios en curso para inversiones en Sudáfrica post *apartheid* con las mismas empresas citadas en la acción judicial. El objetivo es lograr que estas compañías sigan invirtiendo en Sudáfrica, para beneficio de toda la población”.<sup>215</sup>

El ministro de Economía sudafricano, Trevor Manuel, afirmó que las acciones no pueden solucionar los problemas creados por el *apartheid*, ni responder por la magnitud del crimen que es el *apartheid* en sí mismo. Y por eso, no puede haber resarcimientos individuales [...]. Ese tipo de especulación, donde se buscan víctimas [...], no considera al *apartheid* propiamente como una violación grave de los derechos humanos, sino que busca agresiones físicas, lesiones, tortura y muertes”.<sup>216</sup>

## Conclusión

El papel de las corporaciones multinacionales en la perpetración de las violaciones de los derechos humanos durante el período colonial y el *apartheid* fue enorme. El papel que desempeñaron se encuentra bajo la mayor fiscalización que ya haya sufrido en su historia. Parte del motivo de esto es que, cada vez más, se crean normas y patrones referidos a la conducta de las compañías con respecto a los derechos humanos. Con esto, el papel desempeñado por las corporaciones en el pasado también está siendo examinado mucho más detalladamente. Otro motivo para la creciente fiscalización y la exigencia de rendimiento de cuentas es el hecho de que se han incrementado los mecanismos de establecimiento de responsabilidad, tanto a nivel doméstico como a nivel internacional. A medida que se intensifica la fiscalización, se presta más atención a estas cuestiones, y, a medida que más información sale a la luz, las posibilidades de resarcimientos aumentan.

Recientemente, el movimiento por reparaciones ha crecido de modo significativo. En los últimos años, la posibilidad de

reparaciones por violación de los derechos humanos se tornó más concreta para varios sectores. Por lo tanto, es posible que, en el futuro, se logre una solución para la intrincada cuestión de los abusos perpetrados algún tiempo atrás. Los avances relativos a la jurisdicción universal pueden ayudar también en este aspecto. En el ámbito doméstico, el sistema legal estadounidense es el que permite en gran parte –o es adecuado para esto– que los demandantes extranjeros reivindiquen indemnizaciones. No obstante, es posible que los autores de las acciones puedan intentar usar los tribunales de otros países para perseguir a los infractores. El plazo de prescripción tal vez sea uno de los mayores obstáculos para tales peticiones. Las lecciones de otros casos, especialmente las relacionadas con el Holocausto, muestran que las reivindicaciones de ese tipo muchas veces obtienen éxito no porque un tribunal emita un veredicto, sino debido a las presiones que se ejercen sobre los demandados, que aceptan llegar a un acuerdo para evitar una publicidad negativa. Esto todavía no ocurrió con las acciones judiciales vinculadas al colonialismo o al *apartheid*, pero estos procesos aún se encuentran en las etapas iniciales. La posibilidad de éxito, ya sea a través de juicio, o a través de acuerdo con la parte demandada, determinará la forma como se presentarán otras acciones.

Sin embargo, estas acciones no constituyen la gran solución a los problemas que los países y sus habitantes afectados tienen que enfrentar, ya que “casi ningún juicio [...] se ganó, y muchos acusados optaron por huir de los Estados Unidos durante el curso del litigio”.<sup>217</sup> Además, los tribunales no se mostraron lo suficientemente favorables a estas acciones y muy pocos de los casos presentados concluyeron con éxito. Aunque el clima parece ser más favorable, pasará mucho tiempo hasta que los tribunales de los Estados Unidos, o de otros lugares, se sensibilicen ante ese tipo de demandas. Es necesario que se tenga presente que:

*Las corporaciones, a diferencia de otros acusados en acciones con base en el Alien Torts Claims Act, tienen motivación, dinero y experiencia para pleitear en la justicia hasta alcanzar todos los límites jurisdiccionales y usar las ventajas de la estructura corporativa de que disponen para evitar un proceso judicial basado en el mérito. Para sortear o superar tales defensas por*

*parte de las corporaciones, los autores de los procesos contra las multinacionales son conducidos en dos direcciones diferentes. Por un lado, deben apuntar hacia el comportamiento de la multinacional que llevó directamente a las violaciones de los derechos humanos en el país en cuestión (enfaticando las operaciones de la empresa y sus relaciones con el Estado), porque los casos basados en el ATCA exigen una base factual mayor que lo normal en las etapas iniciales; por otro lado, deben concentrarse en la actividad de la multinacionales en sus sedes de operaciones corporativas para facilitar la determinación de la jurisdicción personal de la multinacional acusada y para evitar intromisiones inaceptables en el gobierno del Estado anfitrión y en sus relaciones con los Estados Unidos. La síntesis de estas tendencias opuestas puede dificultar la vida de algunos litigantes de derechos humanos, pero a largo plazo servirá para garantizar que solamente los casos meritorios sean oídos por las cortes estadounidenses.”<sup>218</sup>*

Debido a estos factores, que podrán impedir o limitar tales casos por algún tiempo, el camino político para el resarcimiento será más importante en el futuro. Esto ciertamente ocurrirá en la medida en que aquellos que sufrieron la violencia de las violaciones de los derechos humanos a causa del colonialismo y del *apartheid*, ejerzan más presión.

## NOTAS

1. Ver, de forma general, T. de Pelsmaecker et. al., 2002.
2. Ver, de forma general, J. Sarkin y W. Binchy, 2001.
3. Ver también J. Sarkin et al., 2001.
4. Un ejemplo de persecución a los responsables por violaciones de los derechos humanos es el proceso penal contra Hissène Habré, ex dictador de Chad. Ver R. Brody, 2001; y también B. Crossette, 1999.
5. Ver también J. Sarkin, 1996, 1997, 1988, 1999a, 1999b, 1999c, 2000a, 2000b, 2001a, 2003.
6. La mayoría de los países africanos pasaron por un período colonial bajo la dominación de potencias europeas, como Francia, Alemania, Gran Bretaña, Italia, Bélgica y Portugal.
7. El concepto de crímenes contra la humanidad se encuentra en la Cláusula Martens de la 2ª Convención de la Haya de 1899 y en la 4ª Convención de la Haya de 1907. La versión más antigua de la Cláusula Martens (Preámbulo, 2ª Convención de la Haya de 1899) se refiere a las "leyes de la humanidad"; la versión posterior (Protocolo Adicional I) se refiere a los "principios de la humanidad". Ver E. Kwakwa, 1992, p. 36. La Convención de 1907 afirma que: "Hasta que un código más completo de leyes de guerra sea editado, las altas partes contratantes consideran conveniente declarar que, en casos no incluidos en las reglamentaciones por ellas adoptadas, los habitantes y beligerantes permanecerán bajo la protección y la reglamentación de los principios de derecho de las naciones, una vez que estas resultan de los usos establecidos entre pueblos civilizados, las leyes de la humanidad y los dictámenes de la conciencia pública". Un uso aún más antiguo del término se encuentra en la Declaración de 1868 de San Petersburgo de una Comisión Militar Internacional. Tal declaración limitaba el uso de ciertos explosivos o proyectiles incendiarios durante la guerra, porque se los declaraba "contrarios a las leyes de la humanidad".
8. La Convention with Respect to the Laws and Customs of War on Land, y su anexo, Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land, de 1899, son considerados "los primeros tratados modernos importantes sobre *jus in bello*". Ver S. R. Ratner y J. S. Abrams, 1997, p. 45. Pero es relevante hasta cierto punto, porque vincula a las partes signatarias. Donde hubo guerra entre las partes signatarias había dispositivos legales que exigían que los prisioneros de guerra fueran tratados humanamente, y estos prisioneros "serán tratados en lo que se refiere a alimentación, alojamiento y vestuario, en las mismas condiciones que las tropas del gobierno que los capturó". El artículo 23 (c) prohibía la



muerte o heridas de los enemigos sin condiciones de defensa o que se hubieran rendido. También podría ser relevante para las acciones futuras la Convention (IV) in Respect of the Laws and Customs of War on Land, y su anexo, Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land, de 1907.

**9.** El término “genocidio” solamente recibió reconocimiento formal y legal en el Juicio de Nuremberg, aunque la Carta del Tribunal no lo haya usado explícitamente. El término fue acuñado en la década de 1940, por Raphael Lemkin. La Convención de Genocidio fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948.

**10.** Un ejemplo de esto, que será abordado en detalle posteriormente, es el caso de genocidio cometido contra los hereros, en Namibia, a principios del siglo XX. El argumento presentado por el presidente Roman Hertzog, de la República Federal de Alemania, durante la visita a Namibia en 1998, fue que no se había cometido ningún crimen, ya que no había en la época ninguna ley que prohibiese tal conducta.

**11.** La declaración de la Conferencia Mundial contra el Racismo, realizada en 2001, reconoció en el artículo 158 “que esas injusticias históricas contribuyeron innegablemente para la pobreza, el subdesarrollo, la marginación, la exclusión social, las desigualdades económicas, la inestabilidad y la inseguridad que afectan a muchos pueblos en diversas partes del mundo, particularmente en los países en vías de desarrollo. La Conferencia reconoce la necesidad de realizar programas para el desarrollo social y económico de esas sociedades y la Diáspora, en el marco de una nueva sociedad basada en el espíritu de solidaridad y de respeto mutuo, en las siguientes áreas: [...]”. United Nations A, General Assembly Distr., General, A/Conf. 189/ 24 de septiembre de 2001, World Conference Against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance, Durban, 31 de agosto-8 de septiembre de 2001. Adoptado el 8 de septiembre de 2001, en Durban, Sudáfrica (versión final liberada el 31 de diciembre de 2001).

**12.** Por ejemplo, el legado de la conferencia de Berlín de 1884-1885, cuando las potencias colonizadoras europeas se reunieron para repartirse África como colonias y territorios dominados, tienen aún un gran efecto sobre la extensión de la devastación de los conflictos en el continente. Ver J. Sarkin, 2002. No es de sorprenderse que, teniendo como telón de fondo esta disposición arbitraria e injustificable de fronteras y políticas de identidades étnicas rígidas, en un ambiente dominado por el subdesarrollo, veinte de los 48 genocidios que ocurrieron en el mundo entre 1945 y 1995, hayan tenido lugar en África. Ver H. Solomon, 1999, p. 34 y también P. Brogan, 1992.

**13.** N. Kritz, 1998, p. xxvii.

14. Ver la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 8; Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, artículo 2(3)(a), y la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, artículo 14(1).
15. Ver el caso de la fábrica Chozrow, *Publications of the Permanent Court of International Justice, Collection of Judgments, serie A, n. 9, 21; serie A, n. 17, 29* (27 de junio de 1928). Este caso fue mencionado con aprobación en el juicio del 14 de febrero de 2002, *República Democrática del Congo vs. Bélgica*, donde el tribunal afirmó que "la reparación debe, hasta donde sea posible, eliminar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que habría, con toda probabilidad, existido si aquel acto no hubiera sido cometido".
16. Un ejemplo es la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, serie C, n. 7, juicio del 21 de julio de 1989 (reparaciones), párrafo 71. Ver también C. Tomuschat, 2002.
17. Ver también K. Rendall, 1998; B. Brown, 2001; R. Brody, 2001; N. Roht Arriaza, invierno de 2001; L. Sadat, 2001; M. Scharf y T. Fischer, 2001.
18. Ver M. J. Bazylar, 2002.
19. También se registraron acciones en los términos del *Torture Victim Protection Act. De 1991. Acto 12, 1992, P.L. 102-256, 106 Est. 73*. No obstante, el tribunal en el caso *Beanal vs. Freeport-Mc Moran, Inc.* sostuvo que, como el TVPA usó el término "individual", no era intención del Congreso incluir corporaciones como acusados. 969 F. Supp. 362, 382 (E.D. La. 1997).
20. Un ejemplo del aumento en el número y en el tipo de acciones judiciales registradas es una acción contra *Royal Dutch Petroleum Company y Shell Transport and Trading Company (Royal Dutch/Shell)*. En el caso *Wiwa vs. Royal Dutch Petroleum*, 96 Civ. 8386 (S.D.N.Y. registrada el 8 de noviembre de 1996) 226 F.3d 88 (2d Cir. 2000), la compañía Shell fue acusada de complicidad en los ahorcamientos ocurridos el 10 de noviembre de 1995, de Ken Saro Wiwa y Jonh Kpuinen, dos de los nueve líderes del *Movement for the Survival of the Ogoni People (Mosop)*, la tortura y la detención de Owens Wiwa, y las heridas sufridas por una mujer que protestaba pacíficamente contra la destrucción de su plantación, donde iba a ser instalado un oleoducto de Shell, y que recibió un tiro disparado por las tropas nigerianas convocadas por Shell. El proceso fue promovido con base en el ATCA y en el *Racketeer Influenced and Corrupt Organisations Act*. Se presentó otra acción contra el presidente Robert Mugabe de Zimbabwe. Este caso fue, sin embargo, rechazado por el gobierno estadounidense, mencionando la inquietud de que el presidente podría tener derecho a inmunidad diplomática. Ver "Zimbabwe president accused of orchestrating terror in United States suit". *CNN.com*, 10 de septiembre de 2000.

Ver también F. L. Kirgis, 2000.

**21.** Ver M. Bossuyt y S. Van de Ginste, 2001.

**22.** Ver A. J. Sebok, 2001.

**23.** United Nations, A General Assembly Distr., General, A/ Conf. 189/... 24 de septiembre de 2001. World Conference Against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance, Durban, 31 de agosto-8 de septiembre de 2001. World Conference Against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance, Sudáfrica (versión final publicada el 31 de diciembre de 2001).

**24.** Solamente dos ejemplos de esto son los artículos 13 y 14. El artículo 13 dice: "Reconocemos que la esclavitud y la trata de esclavos, en particular la trata transatlántica, fueron tragedias atroces en la historia de la humanidad, no sólo por su aborrecible barbarie, sino también por su magnitud, su carácter organizado y, especialmente, su negación de la esencia de las víctimas, y reconocemos asimismo que la esclavitud y la trata de esclavos, especialmente la trata transatlántica de esclavos, constituyen, y siempre deberían haber constituido, un crimen de lesa humanidad y son una de las principales fuentes y manifestaciones de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, y que los africanos y afrodescendientes, los asiáticos y las personas de origen asiático y los pueblos indígenas fueron víctimas de esos actos y continúan siéndolo de sus consecuencias". El artículo 14 dice: "Reconocemos que el colonialismo ha llevado al racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, y que los africanos y los afrodescendientes, las personas de origen asiático y los pueblos indígenas fueron víctimas del colonialismo y continúan siéndolo de sus consecuencias. Reconocemos los sufrimientos causados por el colonialismo y afirmamos que, dondequiera y cuando quiera que ocurrieron, deben ser condenados y ha de impedirse que ocurran de nuevo. Lamentamos también que los efectos y la persistencia de esas estructuras y prácticas se cuenten entre los factores que contribuyen a desigualdades sociales y económicas duraderas en muchas partes del mundo de hoy".

**25.** En el contexto de la acción judicial de los hereros de Namibia, Haring alega que "los hereros tienen conciencia de que los regímenes de reparaciones existentes en el mundo actual son políticos y no legales. Pero estas acciones políticas tienen una historia común, el de ser promovidas por un amplio juego de escena jurídico, creando un clima moral eficaz de apoyo a las reparaciones y formando a la opinión pública". S. L. Haring, 2002, 393, 410.

**26.** J. R. Paul, 2001.

**27.** S. Zia-Zarifi, 1999, 4, 81, 85. Ver también B. Frey, 1997.

28. Ver, por ejemplo, L. Fernández, 1996.
29. Ver M. Penrose, 2000; A. Pérez, 2000; C. Pierson, 2000; A. Hasson, 2002.
30. Para que la acción judicial contra un país tenga éxito, sus autores necesitan superar algunos obstáculos. En los Estados Unidos, el Foreign Sovereign Immunities Act muchas veces funciona para eximir a los agentes estatales de responsabilidad. Ver también L. Saunders, 2001. La Suprema Corte, en el caso *Argentine Republic vs. Almerada Hess Shipping Corporation*, decidió que la ley de 1976 establecía la inmunidad general de los Estados extranjeros ante los tribunales estadounidenses. Ver *Argentine Republic vs. Amerada Hess Shipping Corp.*, 488 U.S. 428 (1989).
31. M. Ellinikos, 2001, 35.
32. J. Charney, 1983.
33. C. Forcese, 2002, 26, 487.
34. Ver el caso *Eastman Kodak Co. vs. Kavlin*, en el que hubo una denuncia de que la empresa boliviana conspiraba con las autoridades bolivianas para detener al querellante. La Corte Distrital observó que "sería un sistema de delitos civiles anómalo si se impusieran responsabilidades a los agentes estatales, pero no para aquellos que se habían involucrado directamente en la conspiración". 978 F. Supp. 1078 (S.D. Fla. 1997).
35. A. Ramasastry, 2002.
36. Id., *ibid.*
37. La corporación podría ser vista, a veces, como cómplice del régimen que efectivamente cometió los abusos. En relación con esto, el Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia determinó que un cómplice es culpable si "su participación afectó directa o sustancialmente a la perpetración de la ofensa a través de un apoyo efectivo antes, durante o después del incidente. El tribunal requiere aún que el reo actúe con conocimiento del acto asociado". Citado en S. R. Ratner, 2001, 111, 443, 501.
38. A. Clapham y S. Jerbi, 2001, 339, 340 (citando el preámbulo de la DUDH).
39. Id., *ibid.* Los autores observan también que, aunque las corporaciones no estén subordinadas a la DUDH, algunas reaccionan ante la condenación social suscitada por la violación incorporando "a sus principios comerciales un compromiso explícito" de respetar los derechos humanos.
40. L. Henkin, 1999, *apud* B. Stephens, 2002, 20, 45.
41. *Barcelona Traction, Light and Power Co., Belgium vs. Spain*, INT.GERI 3, párrafo 70 (1970).

42. S. R. Ratner, *op. cit.*, 492.
43. *Id.*, *ibid.*, 493.
44. *Id.*, *ibid.*, 494.
45. Ver, de forma general, S. R. Ratner, *op. cit.*
46. A. Ramasastry, 2002a y 2002b.
47. S. R. Ratner, *op. cit.*, 493.
48. T. Van Boven, "Study Concerning the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms". UN GAOR 4<sup>th</sup> Comm., 45<sup>th</sup> Sess., Previsional Agenda Item 4, párrafo 57, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8 (1993).
49. Ver documento de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. E/CN.4/2000/62, 18 de enero de 2000.
50. Ver también C. Tomuschat, 2002.
51. En la decisión del caso *Promotor vs. Tadic* IT-94-1-A, 15 de julio de 1999, el tribunal se basó en los principios internacionales para atribuir acciones de agentes particulares a agentes estatales. La corte aseveró que un Estado puede ser considerado responsable por el hecho de pedirle a un particular que ejecute tareas en su nombre (*Juicio del Tribunal de Apelaciones*, párrafo 119).
52. K. Parker, 1994, 497, 502.
53. En otro ejemplo más reciente, el gobierno estadounidense acordó pagar 5 mil dólares y emitir un pedido de disculpas a 2.200 japoneses latinoamericanos que fueron transferidos de América Latina durante la Segunda Guerra Mundial y confinados en campos de concentración en los Estados Unidos. Esto fue el resultado de un acuerdo oriundo del caso *Mochizuki vs. Estados Unidos* n. 97-924C, 41 Fed. Cl.54 (1998). Ver N. T. Saito, 1998.
54. 630 F.2d 876, 880 (2d Cir. 1980).
55. *Id.*, *ibid.*, 890.
56. 9 Hum. Rts. L.J. 212 (1988).
57. Ver T. Yu, 1995; T. Tree, 2000, 466-68; K. Park, 2000.
58. Ver M. J. Bazzyler, 2002.
59. *Id.*, *ibid.*
60. *Id.*, *ibid.*
61. *Id.*, *ibid.*
62. *Id.*, *ibid.*

63. Ver también R. Foos, 2000.
64. M. J. Bazylar, *op. cit.*, 11.
65. *Id.*, *ibid.*
66. *Id.*, *ibid.*
67. Ver, de manera general, V. N. Dadrian, 1998.
68. M. J. Bazylar, *op. cit.*, 11.
69. Ver <<http://www.theaustralian.news>>
70. En aquella época ya se cuestionaban los estatutos de limitación. Por ejemplo, Oliver Wendell Holmes preguntó: "¿Cuál es la justificación que priva a un hombre de sus derechos, que es lo que constituye el mal en sí, en consecuencia del lapso de tiempo?". O. W. Holmes, Jr., 1897. La cuestión será explorada posteriormente con mayores detalles.
71. Participaron de la conferencia: Alemania, Austria-Hungría, Bélgica, Dinamarca, España, Estados Unidos, Francia, Reino Unido, Italia, Países Bajos, Portugal, Rusia, Suecia-Noruega y Turquía.
72. Se trata de una cuestión de suma controversia. Ver R. W. Tracinski, 2002.
73. *Cato vs. Estados Unidos*, 70 F.3d 1103 (9<sup>th</sup> Cir. 1995).
74. *Apud A. A. Aiyetoro*, 2002, 3, 133.
75. *Id.*, 3, 133, 138.
76. En *Filartiga vs. Pena-Irala*, 630 F. 2d 876 (2d Cir 1980), el tribunal determinó que "la tortura deliberada perpetrada bajo la insignia de la autoridad oficial viola normas universalmente aceptadas del derecho internacional de los derechos humanos, independiente de la nacionalidad de las partes. Asimismo, siempre que un torturador declarado es encontrado e intimado por la justicia, dentro de las fronteras de los Estados Unidos, el ATCA provee jurisdicción". 630 F.2d 876, 880 (2d Cir. 1980).
77. Para un análisis de la razón por la cual las jurisdicciones no estadounidenses han visto tan pocas acciones civiles internacionales relacionadas con los derechos humanos, ver B. Stephens, 2002, 27, 1.
78. H. Ward, 2001, 27, 451, 454-55. Para la cuestión de como los tribunales holandeses podrían lidiar con los recursos jurisdiccionales y optar dentro de la materia de la ley si se abrieran procesos involucrando perjuicios sufridos en países extranjeros, ver, de forma general, A. Nolkaemper, 2000; G. Betlem, 2000.
79. J. Glaberson, 2001.
80. B. Stephens, 2002b, 27, 1, 24.

81. *Filartiga vs. Pena-Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980).
82. B. Stephens, *op. cit.*, 13.
83. *Id.*, *ibid.*, 18.
84. *Id.*, *ibid.* Evidentemente, el proceso Pinochet en el Reino Unido da un cierto estímulo a la idea de que es posible perseguir a los violadores de los derechos humanos. Ver R. Brody, 1999. Ver también C. Nicholls, 2000.
85. B. Stephens, *op. cit.*, 14-16.
86. B. Stephens, 2001.
87. *Smith Kline y French Labs vs. Bloch*, 2 All E.R. 72, 74 (Eng. 1983).
88. Esto incluye el Torture Victims Protection Act, el Foreign Sovereign Immunities Act y las leyes relacionadas con el terrorismo.
89. 630 F.2d 876, 880 (2d Cir. 1980).
90. D. M. Ramsey, 2001, 24, 361.
91. *Id. ibid.*, 364.
92. Estas incluyen doctrinas de desafuero, respeto internacional, acto de Estado y cuestiones políticas.
93. Ver, de manera general, E. Gruzen, 2001a y 2001b; M. D. Ramsey, 2001, 24, 361.
94. *Iwanova vs. Ford Motor Co.*, 67 F. Supp. 2d 424, 489-90 (D.N.J. 1999).
95. A. X. Fellmeth, 2002, 5, 241, 249.
96. 70 F.3d 232 (2d cir.1995). Aquí los querellantes eran ciudadanos musulmanes y croatas de Bosnia y Herzegovina, que procesaron al líder adversario por haber cometido graves violaciones de los derechos humanos, como genocidio y crimen de guerra. Ver también J. Lu, 1997, 35, 531.
97. *Id.*, *ibid.*, 350.
98. *Id.*, *ibid.*, 239.
99. *Doe vs. Unocal Corp.*, 2002 US App. LEXIS 19263 (9<sup>th</sup> Cir., 18 de septiembre de 2002), 32-33.
100. Ver también J. Sarkin, 2001b.
1001. Ver, por ejemplo, *Doe vs. Unocal*, 110 F.Supp. 2d at 1294, 1306-1307 (CD. Cal. 2000); *Iwanova vs. Ford Motor Co*, 67 F.Supp. 2d.424, 443 (D.N.J. 1999).
102. 963 F. Supp. 880, 885 (C.D. Cal. 1997).
103. *Doe vs. Unocal Corp.*, 2002 US App. LEXIS 19263 (9<sup>th</sup> Cir. 18 de

septiembre de 2002), 32-33.

**104.** Ver id., 35-55.

**105.** Id., 36.

**106.** *Iwanova vs. Ford Motor Co.*, 67 F. Supp. 2d. 424, 445 (D.N.J. 1999).

**107.** 226 F.3d 88, 93 (2d Cir. 2000).

**108.** Ver también A. X. Fellmeth, 2002, 5, 241.

**109.** Id., ibid.

**110.** Id., ibid.

**111.** 197 F.3d 161 (5th Cir. 1999).

**112.** 507 US 349 (1993).

**113.** 107 F.3d 720 (9th Cir. 1997).

**114.** E. Schrage, 2002.

**115.** Sumamente relevante para este asunto, a nivel internacional, es el hecho de que la Asamblea General, en 1968, haya adoptado la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. Ver también M. Lippman, 1998. La primera frase del artículo 1º afirma que "Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido", siguiendo las definiciones de crímenes de guerra y de crímenes de lesa humanidad. Sin embargo, el artículo 2º dice: "Si se cometiere alguno de los crímenes mencionados en el artículo 1º, las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a los representantes de la autoridad del Estado [...]". La expresión clave es "se cometiere". ¿Será que esto significa que la convención se aplicará solamente en el futuro?

**116.** En el caso *Iwanova vs. Ford Motor Co.* 67 F. Supp. 2d, 433-34, el Tribunal determinó que el Torture Victim Protection Act, de 1991, 28 U.S.C. 1350, que tiene estatuto de limitación de diez años, era el plazo de prescripción que más se asemejaba al del ATCA. Ver *Iwanova*, 462.

**117.** Informe del Senado de los Estados Unidos, S. Rep. N° 249, 102d Cong, 1st Sess (1991) 5.

**118.** Informe del Senado de los Estados Unidos, S. Rep. N° 249, 102d Cong, 1st Sess (1991) 11.

**119.** En *Forti*, 1549, el tribunal afirmó: "Aunque el período de limitación de una acción según el estatuto del ATCA es reglamentado por la ley estatal, al ser la ley en sí federal, se aplican las doctrinas federales del plazo de prescripción".

**120.** 518 A.2d 423, 425 (D.C. App. 1986).



- 121.** 886 F. Supp. 162, 191 (D. Mass. 1995).
- 122.** 164 F.2d 767 (2d Cir. 1947).
- 123.** *Idem*, 769. Esta afirmación está reproducida en Forti, 1550.
- 123.** *Idem*, 1.550.
- 125.** Ver Forti vs. Suárez Mason, 672 F. Supp. 1531, 1549 (N.D. Cal. 1987).
- 126.** 176 F.R.D. 329 (C.D. Cal. 1997).
- 127.** Citando la decisión de la Corte de la Novena Circunscripción Judicial en Hilao vs. Espolio de Marcos 103 F. 3d 767, 772.
- 128.** *Idem*, 360.
- 129.** 67F. Supp. 2d 424, 462 (D.N.J. 1999).
- 130.** *Idem*, 467.
- 131.** Ver también el caso Pollack vs. Siemens AG, n. 98 CV-5499 (E.D.N.Y.) registrado el 30 de agosto de 1998. En la demanda, Pollack alegó ocultación significativa por parte de las corporaciones acusadas y afirmó que documentos importantes vinieron a público solamente a mediados de la década de 1990. Ver J. Roy, 1999. La cuestión de la ocultación también se considera importante. Bilenker, por ejemplo, sostiene que para las acciones contra bancos por actos de la Segunda Guerra Mundial "el tribunal podría aplicar la doctrina de 'ocultación fraudulenta' para situaciones en las que se comprueba que los bancos de hecho ocultaron informaciones esenciales de los querellantes en relación con el estado de sus cuentas y de los depósitos de activos pillados". Ver S. A. Bilenker, 1997, 21, 251.
- 132.** Ver M. J. Bazylar, 2000.
- 133.** Civ. n. 4-96-CV-10449, 1998 US Dist. Lexis 21230, at 30-31 (S.D. Iowa, 11 de marzo de 1998).
- 134.** 975 F. Supp. 1108, 1122 (N.D. III. 1997) *aff'd*, 250 F. 3d 1145 (7<sup>th</sup> Cir. 2001).
- 135.** 450 F. Supp. 227, 229-30 (N. D. III. 1978).
- 136.** N. 93 Civ. 0878 (PKL), 2000 WL 76861, 1 n. 3 (S.D.N.Y. 13 de junio de 2000).
- 137.** 157 F.Supp.2d 1345, 1368 (S.D.Fla., 2001).
- 138.** 205 F. Supp. 2d 1325; (S.D. FLA 2002) 2002 US Dist. Lexis 10323; 15 Fla. L. Weekly Fed. D 336.
- 139.** Ver Lubbe vs. Cape plc, [1999] Int'l Procedimiento de Litigio 113, CA.

**140.** Ver *Connelly vs. RTZ Corp. plc*, [1996] 2 WLR 251; [1997] 3 WLR 373.

**141.** Ver *Ngcobo y otro vs. Thor Chemical Holdings Ltd. y otro* [1995] TLR 579; *Sithole y otro vs. Thor Chemical Holdings Ltd y otro* [1999] TLR 110.

**142.** Para profundizar la discusión, ver R. Meeran, 1999; y 2000.

**143.** Ver *Dagi vs. Broken Hill Proprietary Co. Ltd. (n. 2)* [1997] 1 VR 428.

**144.** La Corporación de Reparación al pueblo Herero, la tribu herero a través de su supremo jefe Kuaïma Riruako, 199 personas y la Fundación Jefe Hosea Kutako registraron en la Suprema Corte del Distrito de Columbia una acción titulada *The Hereros People's Reparation Corporation, et al. vs. Deutsche Bank AG, et al.*, 01 CA 4447.

**145.** La acción de Terx se abandonó posteriormente, por lo menos momentáneamente. Ver *Integrated Regional Information Network*, 21 de septiembre de 2001.

**146.** Se intentaron varias estrategias para reivindicar reparaciones por las atrocidades cometidas contra los hereros. En un pronunciamiento realizado con motivo del festejo del Día de los Hereros, en Okahandja, en 1999, el jefe Riruako afirmó: "En el umbral del nuevo milenio, los hereros, en cuanto nación, decidieron llevar a Alemania al Tribunal Internacional para una decisión sobre las reparaciones. También advertimos al gobierno namibiano que no se interponga en nuestro camino hacia la justicia". Todos los años, en agosto, los hereros se reúnen en memoria de sus héroes asesinados durante la guerra contra los alemanes, entre 1904 -1907. Ver Maletsky, 1999.

**147.** También se convocó a Sudáfrica para que pagara resarcimientos a los hereros. El supremo jefe Riruako invocó al gobierno namibiano a promover una acción legal contra el gobierno sudafricano semejante a la presentada por los hereros contra el gobierno alemán. Afirmó que: "No estoy muy satisfecho [con la situación en Sudáfrica]. Hemos sufrido mucho [en manos del gobierno] y no podemos ignorarlo. Los sudafricanos respondieron que no pagarán reparaciones ni compensaciones al pueblo herero de Namibia. El vocero de relaciones exteriores, Ronnie Mamoepa, declaró que el actual gobierno de Sudáfrica se compone de ex víctimas de la colonización y del *apartheid*. ¿Se les puede pedir reparación y compensación a las mismas víctimas que sufrieron bajo aquellos regímenes?" Ver C. Maletsky y T. Mokopanele, 2001.

**148.** El 19 de septiembre de 2001 se registró una acción semejante contra la República Federal de Alemania. Ver el caso *The Hereros People's Reparation Corporation, et al. vs. Federal Republic of Germany*, 1:01CV01987CKK.

**149.** El jefe Riruako expresó consternación en relación con la falta de interés del gobierno namibiano en el caso herero, afirmando que: "El gobierno

[namibiano] o cualquiera que diga, 'Yo no estoy involucrado' [...] es cosa de locos". Ver C. Maletsky y Mokopanele, 2001.

**150.** Es interesante notar que el relator especial de la subcomisión de las Naciones Unidas en 1993, Theo Van Boven, observa: "Sería difícil y complejo construir y sustentar una obligación legal de pago de compensación a los descendientes de las víctimas del comercio de esclavos y otras formas antiguas de esclavitud" (E/CN.4/Sub.2/1993/8). Se refiere a un informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo (E/CN.4/1334), que advierte, en relación con la "obligación moral de reparación para compensar la explotación pasada por parte de las potencias coloniales", que "la aceptación de esa obligación moral no es absolutamente universal".

**151.** F. Bridgland, 2001.

**152.** C. Maletsky, 2001.

**153.** El 19 de septiembre de 2001, la parte querellante presentó una acción contra la República Federal de Alemania. Ver el caso *The Hereros People's Reparation Corporation, et al. vs. Federal Republic of Germany*, 1:01CV01987CKK. Ver también C. Maletsky y T. Mokopanele, 2001.

**154.** F. Bridgland, op. cit.

**155.** Denuncia de los hereros.

**156.** *The Independent*. Londres, 9 de septiembre de 2001.

**157.** S. L. Haring, 2002, 393, 414-5.

**158.** C. Maletsky, 2001.

**159.** "Reparations not on the Table", *The Namibian*, 31 de agosto de 2000.

**160.** Comentario del vocero de la Comunidad para el Desarrollo Sudafricano (SADC) en el Parlamento alemán, Hans Buttner, durante la reunión con el Primer Ministro Hage Geingob en Windhoek, relatado en "Reparations not on the Table", *The Namibian*, 31 de agosto de 2000.

**161.** "Reparations not on the Table", *The Namibian*, 31 de agosto de 2000.

**162.** Idem.

**163.** T. Bensman, 1999.

**164.** Id., ibid.

**165.** Id., ibid.

**166.** Ver J. Sarkin, 1998.

**167.** J. Sarkin, 1993.

**168.** Ver D. D. Mokgatle, 1987.

**169.** Ver H. Varney y J. Sarkin, 1996.

**170.** Ver J. Sarkin, 1993, 209, 271.

**171.** M. Coleman (ed.). *A Crime against Humanity: Analysing the Repression of the Apartheid State*, 1998.

**172.** "Calling Apartheid's Profiteers to Account", de Njongonkulu Ndungane, arzobispo anglicano de Cape Town, Sudáfrica. <[http://www.Actsa.Org/News/Features/011002\\_Reparations.htm](http://www.Actsa.Org/News/Features/011002_Reparations.htm)>. Consultado el 19 de abril de 2004.

**173.** Id., *ibid.*

**174.** Ver también J. Sarkin, 1996, 1997, 1998, y 2003.

**175.** Final Report of the Truth and Reconciliation Commission, vol. 4, cap. 2, Institutional hearing "Business and Labour" (TRC Report on Business and Labour), párrafo 21.

**176.** He usado el término "pronunciamiento" con total certeza de que no fue exactamente eso lo que se pretendía con el informe de la TRC. No obstante, el término no parece del todo inadecuado dado que (1) Ntsebeza, que era comisario de la TRC y ayudó a delinear el informe, ahora está liderando el proceso judicial, que se basa en parte en los resultados de la TRC; y (2) Terry Bell, que realizó investigaciones para la TRC y escribió a continuación *Unfinished Business: South Africa Apartheid & Truth*, con Ntsebeza, también está involucrado en la acción judicial.

**177.** Ver, por ejemplo, *idem*, en el párrafo 49 ("El sector privado no era un bloque monolítico y se puede argumentar que no hubo una relación única entre los negocios y el régimen del *apartheid*").

**178.** TRC Report on Business and Labour, párrafo 23.

**179.** Id., párrafo 28.

**180.** Id., párrafo 32.

**181.** S. R. Ratner, 2001, 111, 443, 503.

**182.** Aunque el informe haga poca mención de los bancos en la discusión sobre implicación de primer nivel, evita atribuirles la responsabilidad principal. En vez de esto, el informe registra, sin estar de acuerdo con la opinión de The Apartheid Debt Coordinating Committee, que "incluso los préstamos comerciales aparentemente más limpios [...] fueron manchados por el *apartheid*. El simple hecho de comerciar con Sudáfrica fatalmente significaba ayudar a mantener y reproducir el *apartheid*. Ningún préstamo podía evitar esa contaminación institucional". TRC Report on Business and Labour, párrafo 25.

183. Id., párrafo 28.
184. Id., párrafo 31.
185. Id., párrafo 29.
186. Id., párrafo 35.
187. Id., párrafo 30.
188. Id., párrafo 118.
189. Id., párrafo 119.
190. Id., párrafo 120. No queda claro si las multinacionales participaron o no en tales JMC con el régimen del *apartheid*.
191. Id., *ibid*.
192. Id., párrafo 122.
193. Id., párrafo 123.
194. Ver, por ejemplo, en el mismo informe el párrafo 5 (donde se informa que las corporaciones multinacionales de petróleo –que eran los mayores inversores en Sudáfrica– no respondieron la invitación para participar); el párrafo 131 (La negativa de las corporaciones multinacionales a declarar en la audiencia fue lamentada en vista de su papel prominente en el desarrollo económico de Sudáfrica bajo el *apartheid*. Le cupo al AAM Archives Committee explicar el papel de las firmas extranjeras en Sudáfrica”).
195. Ratner, 2001, 503.
196. C. Terreblanche, 2002a.
197. A. Ramasastry, 2002.
198. J. Lauria, 2002.
199. B. Boyle, 2002.
200. Ver *Weekly Mail and Guardian*, 25 de julio de 2002.
201. N. Deane, en el artículo “South Africans Take on the Giants”, publicado en *Weekly Mail and Guardian* de 27 de junio de 2002, parece que está citando la denuncia.
202. “More Join Apartheid Victims’ Suit”. *Star*, 24 de junio de 2002. En una carta enviada al socio y gerente del Barclays Bank, en Londres, Ed Fagan adopta un punto de vista menos exagerado: “Esperamos establecer un diálogo con los señores y otros, a través del cual podamos encontrar una forma significativa de tratar tanto objetiva como proporcionalmente la naturaleza y la extensión de la implicación de su compañía en Sudáfrica durante el *apartheid*, y lo que hizo su

compañía para ayudar a corregir los errores cometidos. El establecimiento de este diálogo sería considerado como una expresión de deseo de su compañía para trabajar en conjunto buscando encontrar una resolución que beneficie a las víctimas del *apartheid*". D. Carew, 2002.

**203.** Ver Ntzebesa, Mequbela, Molefi, Mpendulo et al. vs. Citigroup Inc., UBS A.G., Crédit Suisse Group et al. Declaración en el Support of Motion for Preservation of Evidence, 5-6.

**204.** C. Terreblanche, 2002b. Ver también Declaración, 5-6 En su libro, Terry Bell observa como "[...] el mayor uso de tecnología de informática era considerado una de las maneras de hacer más eficiente la manutención del sistema de *apartheid*" y como "Botha y sus generales [...] veían el procesamiento más centralizado y eficiente de información como la principal clave". Como explica Bell, y como se notó anteriormente, "los vínculos próximos y colaboracionistas con el sector privado internacional y los vínculos por medio de las corporaciones sudafricanas no fueron investigados localmente y menos aún por la TRC". Refiriéndose al papel de empresas como IBM, Bell escribe: "Todo el sistema de clasificación racial, "desde el control de entrada de negros hasta los 'libros de la vida' para otras categorías, se mantenía desde la década de 1950 por hardware y software electrónico suministrado por empresas como la británica ICL, la estadounidense IBM y Burroughs Corporation. La falta de funcionarios militares en la década de 1970 se superó parcialmente a través del uso de computadoras suministradas por 'Big Blue', IBM. Hasta la sangrienta década de 1980, Sudáfrica se había transformado en la mayor consumidora de computadoras después de los Estados Unidos y de Gran Bretaña, en relación con el porcentaje de la riqueza nacional". Además, Bell establece una relación entre la estructura de información suministrada por las corporaciones extranjeras y el funcionamiento del Civil Co-Operation Bureau, "el escuadrón militar en tiempo integral del terror y asesinato".

**205.** Ver "Press Advisory", 1 de julio de 2002, p. 2.

**206.** Sapa-AFP, "Justice with a Hefty Price Tag", *Cape Argus*, 27 de junio de 2002.

**207.** Ver, por ejemplo, "Gov't Wise to Shun Compensation Suit". *The Herald* (EP Herald), 25 de junio de 2002; A. Dasnois, "Fagan's Campaign is Unlikely to Enrich Citizens". *Star*, 22 de julio de 2002 ("Existe peligro de que la campaña de Fagan sirva a sus propios objetivos más que a los de la justicia").

**208.** El Khulamani Support Group es una organización coligada al Jubilee SA. Khulamani es una organización de aproximadamente 32 mil víctimas de violaciones graves de los derechos humanos durante el *apartheid*.

**209.** De los Estados Unidos: Citigroup, J. P. Morgan Chase (Chase Manhattan),

Caltex Petroleum Co., Exxon Mobil Co., Fluor Co., Ford Motor Co., General Motors, International Business Machines (IBM). Del Reino Unido: Barclays National Bank, British Petroleum P.L.C., Fujitsu ICL (antigua International Computers Ltd.). De la República Federal de Alemania: Commerzbank, Deutsche Bank, Dresdner Bank, Daimler Chrysler, Rheinmetall. De Suiza: Crédit Suisse Group, UBS. De Francia: Total-Fina-Elf. De los Países Bajos: Royal Dutch Shell.

**210.** Nota a la prensa del Apartheid Debt & Reparations Campaign, 12 de noviembre de 2002.

**211.** Nota a la prensa de Khulumani Support Group, 12 de noviembre de 2002.

**212.** Nota a la prensa del Apartheid Debt & Reparations Campaign, 12 de noviembre de 2002.

**213.** Declaración a la prensa de Cohen, Milstein, Hausfeld y Toll, 12 de noviembre de 2002.

**214.** "Manuel doubts value of apartheid lawsuits". *SABC News*, 26 de noviembre de 2002.

**215.** Id., *ibid.*

**216.** Id., *ibid.*

**217.** S. R. Ratner y J. S. Abrams, 1997, p. 211.

**218.** S. Zia-Zarifi, 1999, 4, 81, 120-21.

## BIBLIOGRAFÍA

- AIYETORO, A. A. "The Development of the Movement for Reparations for African Descendants". *Journal of Law in Society*, 3, 133, invierno de 2002.
- BAZYLER, M. J. "Nuremberg in America: Litigating the Holocaust in the United States Courts". *U. Rich. L. Rev.*, 34, 1, 2000.
- \_\_\_\_\_. "The Holocaust Restitution Movement in Comparative Perspective". *Berkeley J. Int'l L.*, 20, 11, 2002.
- BENSMAN, T. "Tribe Demands Holocaust Reparations; Germany's Genocidal War against Namibia's Herero Was Rehearsal for World War II Atrocities". *The Salt Lake Tribune*, 18 de marzo de 1999.
- BETLEM, G. "Transnational Litigation against Multinational Corporations before Dutch Civil Courts". In: M. T. KAMMINGA y S. ZIA-ZARIFI (eds.), *Liability of Multinational Corporations under International Law*. Kluwer Law International, 283-305, 2000.
- BILENKER, S. A. "In Re Holocaust Victim's Assets Litigation: Do the US Courts Have Jurisdiction over the Lawsuits Filed by Holocaust Survivors against the Swiss Banks?" *Md. J. Int'l L. & Trade*, 21, 251, 1997.
- BOSSUYT, M. y VAN DE GINSTE, S. "The Issue of Reparation for Slavery and Colonialism and the Durban World Conference against Racism". *Human Rights Law Journal*, 22, 25, 2001.
- BOYLE, B. "At Least 27 Entities on Apartheid Lawsuit List". *Star*, 12 de julio de 2002.
- BRIDGLAND, F. "Germany's Genocide Rehearsal". *The Scotsman*, 26 de septiembre de 2001.
- BRODY, R. "One Year Later, the 'Pinochet Precedent' puts Tyrants on Notice". *The Boston Globe City Edition*, 14 de octubre de 1999, A19. <<http://www.hrw.org/editorials/1999/reed-oped.htm>>. Consultado el 19 de abril de 2004.
- \_\_\_\_\_. "Universal Jurisdiction: Myths, Realities, and Prospects: The Prosecution of Hissene Habre. An African Pinochet". *New England Law Review*, 35, 321, invierno de 2001.
- BROGAN, P. *World Conflicts – Why and Where They are Happening*. Londres: Bloomsburg Publishing, 1992.
- BROWN, B. "Universal Jurisdiction: Myths, Realities and Prospects: The



- Evolving Concept of Universal Jurisdiction”. *New England Law Review*, 35, 383, invierno de 2001.
- CAREW, D. “Apartheid ‘Collaborator’ Companies Asked to Respond to Class Action Lawsuit”. *Saturday Weekend Argus*, 13 de julio de 2002.
- CHARNEY, J. “Transnational Corporations and Developing Public International Law”. *Duke Law Journal*, 766, 1983.
- CLAPHAM, A. y JERBI, S. “Categories of Corporate Complicity in Human Rights Abuses”. *Hastings International and Comparative Law Review*, primavera de 2001.
- CROSSETTE, B. “Dictators Face the Pinochet Syndrome”. *The New York Times*, 22 de agosto de 1999, sección 4, p. 3.
- DADRAN, V. N. “The Historical and Legal Interconnections between the Armenian Genocide and the Jewish Holocaust: from Impunity to Retributive Justice”. *Yale Journal Of International Law*, 503, verano de 1998.
- ELLINIKOS, M. “American MNCs Continue to Profit from the Use of Forced and Slave Labor. Begging the Question: Should America Take a Cue from Germany?”. *Columbia Journal of Law and Social Problems*, 35, 1, 26, otoño de 2001.
- FELLMETH, A. X. “Note from the Field: Wiwa vs. Royal Dutch Petroleum Co.: A New Standard for the Enforcement of International Law in US Courts?”. *Yale H. R. & Dev. L. J.*, 5, 41, 49, 2002.
- FERNÁNDEZ, L. “Possibilities and Limitations of Reparations for the Victims of Human Rights Violations in South Africa”. In: M. RWELAMIRA y G. WERLE (eds.), *Confronting Past Injustices. Approaches to Amnesty, Reparation and Restitution in South Africa and Germany*. Durban: Community Law Centre University of the Western Cape, 1996. pp. 65-78.
- FOOS, R. “Righting Past Wrongs or Interfering in International Relations? World War II-Era Slave Labor Victims Receive State Legal Standing after Fifty Years”. *McGeorge L. Rev.* 31, 221, 232, 2000.
- FORCESE, C. “Alien Torts Claims Act’s Achilles Heel: Corporate Complicity, International Law and the Alien Torts Claims Act”. *Yale J. Int’l L.*, 26, 487, 2002.
- FREY, B. “The Legal and Ethical Responsibilities of Transnational

Corporations in the Protection of Human Rights”. *Minn. J. Global Trade*, 6, 153, 1997.

GLABERSON, J. “US Courts Become Arbiters of Global Rights and Wrongs”. *New York Times*, 1-421, junio de 2001.

GRUZEN, E. “The United States as a Forum for Human Rights Litigation: Is this the Best Solution?”. *Transnat'l Law*, 14, 207, 2001a.

\_\_\_\_\_. “Development in the Law: Corporate Liability for Violations of International Human Rights Law”. *Harv. L. Rev.*, 114, 2.025, 2001b.

HARRING, S. L. “German Reparations to the Herero Nation: An Assertion of Herero Nationhood in the Path of Namibian Development?”. *West Virginia Law Review*, invierno de 2002.

HASSON, A. “Extraterritorial Jurisdiction and Sovereign Immunity on Trial: Noriega, Pinochet and Milosevic – Trends in Political Accountability and Transnational Criminal Law”. *Boston College International & Comparative Law Review*, 25, 125, 2002.

HENKIN, L. “The Universal Declaration at 50 and the Challenge of Global Markets”. *Brook. J. Int'l L.*, 25, 17, 25, 1999.

HOLMES JR, O. W. “The Path of the Law”. *Harv. L. Rev.*, 10, 457, 476, 1897.

KIRGIS, F. L. “Alien Torts Claims Act Proceeding against Robert Mugabe”. *American Society of International Law Insights*, 2, septiembre de 2000.

KRITZ, N. *The Dilemmas of Transitional Justice*. Washington, DC: United States Institute for Peace, 1998.

KWAKWA, E. *The International Law of Armed Conflict: Personal and Material Fields of Application*. Dordrecht: Kluwer Academic, 1992.

LAURIA, J. “Explosive Start to ‘Apartheid Victims’ Lawsuit”. *Sunday Independent*, 11 de agosto de 2002.

LIPPMAN, M. “The Pursuit of Nazi War Criminals in the United States and in other Anglo-American Legal Systems”. *Cal. W. Int'l L. J.*, 29, 1, 12, 1998.

LU, J. “Jurisdiction over Non-State Activity under the Alien Torts Claims Act”. *Colum. J. Transnat'l L.*, 35, 531, 1997.

- MALETSKY, C. "International Court Dashes Hereros Reparation Hopes". *The Namibian*, 8 de septiembre de 1999.
- \_\_\_\_\_. "Hereros Temporarily Drop Claim in \$2 bn Suit". *Business Day*, 20 de septiembre de 2001.
- MALETSKY, C. y MOKOPANELE, T. "SA Refuses to Consider Reparation for Hereros". *Business Day*, 28 de septiembre de 2001.
- MEERAN, R. "Liability of Multinational Corporations: A Critical Stage in the UK". In: M.T. KAMMINGA y S. ZIA-ZARIFI (eds.), *Liability of Multinational Corporations under International Law*. Kluwer Law International, 258-61, 2000.
- \_\_\_\_\_. "The Unveiling of Transnational Corporations: A Direct Approach". In: M. K. ADDO (ed.), *Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporations*. Kluwer Law International, 164-69, 1999.
- MOKGATLE, D. D. "The Exclusion of Blacks from the South African Judicial System". *South African Journal on Human Rights*, 3, 44, 1987.
- NICHOLLS, C. "Reflections on Pinochet". *Virginia Journal of International Law*, 41, 140, otoño de 2000.
- NOLLAEMPER, A. "Public International Law in Transnational Litigation against Multinational Corporations: Prospects and Problems in the Courts of the Netherlands". In: M. T. KAMMINGA y S. ZIA-ZARIFI (eds.), *Liability of Multinational Corporations under International Law*. Kluwer Law International, 265-282, 2000.
- PARK, K. "Comment, the Unspeakable Experience of Korean Women under Japanese Rule". *Whittier Law Review*, 21, 567, 2000.
- \_\_\_\_\_. "Compensation for Japan's World War II Rape Victims". *Hastings International and Comparative Law Review*, 497, 502, 1994.
- PAUL, J. R. "Holding Multi-National Corporations Responsible under International Law". *Hastings International and Comparative Law Review*, 285, 291, primavera de 2001.
- PELSMAEKER, T. de; VAN DER AUWERAERT, P.; SARKIN, J. y VAN DE LANOTTE, J. (eds.). *Social, Economic, and Cultural Rights – An Appraisal of Current International and European Developments*. Antuérpia: Maklu, 2002.
- PENROSE, M. "It's Good to be the King!: Prosecuting Heads of State

and former Heads of State under International Law”. *Columbia Journal of Transnational Law*, 39, 193, 2000.

PÉREZ, A. “The Perils of Pinochet: Problems for Transitional Justice and a Supranational Governance Solution”. *Denver Journal of International Law and Policy*, 28, 175, primavera de 2000.

PIERSON, C. “Pinochet and the End of Immunity”. *Temple International and Comparative Law Journal*, 14, 263, otoño de 2000.

RAMASASTRY, A. “Banks and Human Rights: Should Swiss Banks Be Liable for Lending to South Africa’s Apartheid Government?”. In: Anita RAMASASTRY, *FindLaw*, 3 de julio, 2002a. <<http://writ.findlaw.com/ramasastry/20020703.html>>. Consultado el 19 de abril de 2004.

\_\_\_\_\_. “Corporate Complicity: From Nuremberg to Rangoon. An Examination of Forced Labor Cases and their Impact on the Liability of Multinational Corporations”. *Berkeley J. Int’l L.*, 20, 91, 2002b.

RAMSEY, D. M. “Multinational Corporate Liability under the Alien Torts Claims Act: Some Structural Concerns”. *Hastings International and Comparative Law Review*, 24, 361, 2001.

RATNER, S. R. “Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility”. *Yale L. J.*, 2001.

RATNER, S. R. y ABRAMS, J. S. *Accountability of Human Rights Atrocities in International Law, beyond the Nuremberg Legacy*. Oxford: Clarendon Press, 1997.

RENDALL, K. “Universal Jurisdiction under International Law”. *Texas Law Review*, 66, 785, marzo de 1998.

ROHT-ARRIAZA, N. “Universal Jurisdiction: Myths, Realities and Prospects: The Pinochet Precedent and Universal Jurisdiction”. *New England Law Review*, 35, 311, invierno de 2001.

ROY, J. “Strengthening Human Rights Protection: Why the Holocaust Slave Labor Claims should Be Litigated”. *Scholar*, 1, 153, 1999.

SADAT, L. “Universal Jurisdiction: Myths, Realities, and Prospects: Redefining Universal Jurisdiction”. *New England Law Review*, 35, 241, invierno de 2001.

SAITO, N. T. “Justice Held Hostage: U.S. Disregard for International Law in the World War II Internment of Japanese Peruvians – A

- Case Study". *Boston College Law Review*, 275, diciembre de 1998.
- SARKIN, J. "Can South Africa Afford Justice? The Need and Future of a Public Defender System". *Stellenbosch Law Review*, 4 (2), 261, 1993a.
- \_\_\_\_\_. "Preventive Detention in South Africa". In: A. HARDING y J. HATCHARD (eds.), *Preventive Detention and Security Law: A Comparative Survey*. Dordrecht/Boston: Martinus Nijhoff, 1993b.
- \_\_\_\_\_. "The Trials and Tribulations of South Africa's Truth and Reconciliation Commission". *South African Journal on Human Rights*, 12, 617, 1996.
- \_\_\_\_\_. "The Truth and Reconciliation Commission in South Africa". *Commonwealth Law Bulletin*, 528, 1997.
- \_\_\_\_\_. "The Development of a Human Rights Culture in South Africa". *Human Rights Quarterly*, 20(3), 628, 1998.
- \_\_\_\_\_. "The Necessity and Challenges of Establishing a Truth and Reconciliation Commission in Rwanda". *Human Rights Quarterly*, 21(3), 767, 1999a.
- \_\_\_\_\_. "Preconditions and Processes for Establishing a Truth and Reconciliation Commission in Rwanda: The Possible Interim Role of Gacaca Community Courts". *Law, Democracy and Development*, 223, 1999b.
- \_\_\_\_\_. "Transitional Justice and the Prosecution Model: The Experience of Ethiopia". *Law, Democracy and Development*, 253, 1999c.
- \_\_\_\_\_. "Promoting Justice, Truth and Reconciliation in Transitional Societies: Evaluating Rwanda's Approach in the New Millennium of Using Community-Based Gacaca Tribunals to Deal with the Past". *International Law Forum*, 112, 2(2), 2000a.
- \_\_\_\_\_. "Dealing With Past Human Rights Abuses and Promoting Reconciliation in a Future Democratic Burma". *Legal Issues on Burma*, 2, 2(2), 1, 2000b.
- \_\_\_\_\_. "The Tension Between Justice and Reconciliation in Rwanda: Politics, Human Rights, Due Process and the Role of the Gacaca Courts in Dealing with the Genocide". *Journal of African Law*, 45, 2, 143, 2001a.
- \_\_\_\_\_. "Examining the Competing Constitutional Processes

in Burma/Myanmar From A Comparative and International Democratic and Human Rights Perspective”. *Asia-Pacific Journal on Human Rights and the Law*, 2 (2), 42-68, 2001b.

\_\_\_\_\_. “Finding a Solution for the Problems Created by the Politics of Identity in the Democratic Republic of the Congo (DRC): Designing a Constitutional Framework for Peaceful Co-Operation”. In: Konrad Adenauer Foundation (ed.), *The Politics of Identity*, 2002.

\_\_\_\_\_. “To Prosecute or not to Prosecute that is the Question? An Examination of the Constitutional and Legal Issues Concerning Criminal Trials for Human Rights Violations Committed in the *Apartheid* Era and the Giving of Amnesty to those Who Did not Apply or Were Refused Amnesty in Post Truth and Reconciliation Commission South Africa”. In: C. VILLAVICENCIO y E. DOXTADER (eds.), *Amnesty in South Africa* (en prensa), 2003.

SARKIN, J. y BINCHY, W. (eds.). *Human Rights, the Citizen and the State*. Round Hall: Sweet and Maxwell, 2001.

SARKIN, J.; VAN DE LANOTTE, J. y HAECK, Y. (eds.). *Resolving the Tensions between Crime and Human Rights: European and South African Perspectives*. Antuérpia: Maklu, 2001.

SAUNDERS, L. “Rich and Rare Are the Gems they War: Holding de Beers Accountable for Trading Conflict Diamonds”. *Fordham International Law Journal*, 1.402, 2001.

SCHARF, M. y FISCHER, T. “Universal Jurisdiction: Myths, Realities, and Prospects: Foreword”. *New England Law Review*, 35, 227, invierno de 2001.

SCHRAGE, E. “A Long Way to Find Justice. What Are Burmese Villagers Doing in a California Court?”. *Washington Post*, 14 de julio de 2002.

SEBOK, A. J. “Slavery, Reparations, and Potential Legal Liability: The Hidden Legal Issue behind the UN Racism Conference”, 10 de septiembre de 2001. <<http://writ.news.findlaw.com/sebok/20010910.html>>. Consultado el 19 de abril de 2004.

SOLOMON, H. “Analysing Conflicts”. In: *Searching for Peace in Africa: An overview of Conflict Prevention and Management Activities*. Amsterdam, The European Platform for Conflict Prevention and Transformation 1999.

STEPHENS, B. “Corporate Liability: Enforcing Human Rights Through

- Domestic Litigation". *Hastings International and Comparative Law Review*, 24, 401, 413, 2001.
- \_\_\_\_\_. "The Amorality of Profit: Transnational Corporations and Human Rights". *Berkeley J. Int'l L.*, 20, 45, 2002a.
- \_\_\_\_\_. "Translating Filartiga: A Comparative and International Law Analysis of Domestic Remedies for International Human Rights Violations". *Yale J. Int'l L.*, 27, 1, 2002b.
- TERREBLANCHE, C. "Anglo and De Beers could be Targeted in Class-Action Suit". *Sunday Independent*, 29 de septiembre de 2002a.
- \_\_\_\_\_. "Apartheid Victims File \$35 bn Suit in the US". *Cape Times*, 2 de julio de 2002b.
- TOMUSCHAT, C. "Reparation for Victims of Grave Human Rights Violations". *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 10, 157, primavera de 2002.
- TRACINSKI, R. W. "America's 'Field of the Blackbirds': How the Campaign for Reparations for Slavery Perpetuates Racism". *Journal Of Law In Society*, 3, 145, invierno de 2002.
- TREE, T. "Comment, International Law: A Solution or a Hindrance towards Resolving the Asian Comfort Women Controversy?". *UCLA J. Int'l L. & Foreign Aff.*, 5, 461, 466-68, 2000.
- VARNEY, H. y SARKIN, J. "Failing to Pierce the Hit Squad Veil: An Analysis of the Malan Trial". *South African Journal of Criminal Justice*, 10, 141, 1996.
- WARD, H. "Securing Transnational Corporate Accountability through National Courts: Implications and Policy Options". *Hastings International and Comparative Law Review*, 2001.
- YU, T. "Comment, Recent Development: Reparations for Former Comfort Women of World War II". *Harvard International Law Journal*, 36, 528, 1995.
- ZIA-ZARIFI, S. "Suing Multinational Corporations in the US for Violating International Law". *UCLA J. Int'l L. & Foreign Aff.*, 4, 81, 120-21, 1999.

VINODH JAICHAND

Abogado de la Suprema Corte sudafricana y vicedirector del Centro Irlandés de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Irlanda, en Galway.

#### RESUMEN

El avance de los derechos humanos requiere que los tribunales esclarezcan lo que entienden por derechos para grupos de personas. Cuando las normas de derechos humanos internacionales y regionales se internalizan mediante su incorporación al sistema doméstico, el campo se vuelve fértil para las demandas judiciales de interés público. Tal vez la conclusión sea que hay un desarrollo gradual en la legislación de derechos humanos que evoluciona del sistema internacional al regional.

El artículo se centra en la práctica del litigio judicial de interés público en Sudáfrica y aborda los problemas del acceso a la justicia, los centros de educación jurídica y la asistencia jurídica a la población, entre otros. Como ejemplo de estrategia en una acción pública, el autor analiza el juicio promovido contra el gobierno por parte de una campaña de acción para el tratamiento del sida.



# ESTRATEGIAS DE LITIGIO DE INTERÉS PÚBLICO PARA EL AVANCE DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS SISTEMAS DOMÉSTICOS DE DERECHO

Vinodh Jaichand



Basado en el tema del coloquio “El Estado de derecho y la construcción de la paz”, este ensayo ha sido esbozado desde la perspectiva de una organización no gubernamental nacional que se ocupa de la legislación referida a los derechos humanos. Las observaciones parten de una premisa: para avanzar en el campo de los derechos humanos es necesario acudir a los tribunales, a fin de elucidar qué entienden por derechos humanos para grupos de personas. Se toman como referencias ciertas experiencias recientes ocurridas en Sudáfrica, algunas de las cuales no son necesariamente exclusivas de este país.<sup>1</sup>

En los últimos días, mucho se dijo sobre el desarrollo de la legislación internacional y la utilización de sistemas regionales de derechos humanos. En resumen, se puede decir que ha habido una evolución gradual de esta legislación que pasa de los sistemas internacionales a los regionales. Cuando las normas internacionales y regionales de derechos humanos se internalizan por medio de su incorporación en el sistema doméstico, se abre un campo fértil para el litigio de interés público.<sup>2</sup>

La expresión “litigio de interés público” ha sido definida como “una acción legal iniciada en un tribunal para exigir la aplicación del interés público o interés general, en casos en que el público, o un grupo de personas de la comunidad, tiene algún interés económico o de otro tipo, con relación al cual sus derechos o sus responsabilidades legales fueron afectados”.<sup>3</sup>

---

Ver las notas de este texto a partir de la página 149.

---

El Simposio sobre Derecho de Interés Público<sup>4</sup> realizado en Durban adoptó una visión más amplia de este campo del derecho, definiéndolo en términos de lo que no es: no se trata de derecho público, ni de derecho administrativo, ni de derecho penal, ni de derecho civil. La denominación fue empleada para designar una **forma de trabajar con la ley** y una **actitud ante la ley**. Se advirtió sobre el hecho de que llevar a los tribunales casos seleccionados no es la única estrategia de interés público, y que es posible incluir la reforma de la legislación, la educación legal, la alfabetización y la prestación de servicios jurídicos. No es un terreno reservado a los abogados, pues puede incluir actividades de lobby, investigación, defensa de intereses y educación en derechos humanos. Por último, el litigio de interés público constituye una tentativa expresa de legitimación en ese campo, que atribuye significado y contenido tangibles a los derechos humanos.

### El contenido de la estrategia

El derecho es muchas veces intimidatorio y desconcertante, y pareciera que nunca ve las cosas desde el punto de vista de los marginados, los vulnerables o los indigentes. La mayoría de la gente piensa que la ley está de su lado cuando los tribunales se pronuncian a favor de sus derechos, lo que fortalece la creencia de que los derechos humanos constituyen una realidad tangible. “Para crear tal sentido de inclusión se necesitan muchas cosas, incluso un marketing agresivo del concepto de justicia para los pobres”, dice un crítico.<sup>5</sup> Además, el éxito en los tribunales representa una significativa contribución para apoyar ese marketing, porque los marginados, los vulnerables y los indigentes se acostumbraron a la idea de que serán siempre derrotados.

Un buen punto de partida en lo que se refiere a la estrategia en litigios judiciales de real interés público puede encontrarse en el juicio que opondrá al ministro de Salud y otros, a la Campaña de Acción para el Tratamiento y otros<sup>6</sup> en el Tribunal Constitucional de Sudáfrica. El análisis de la estrategia empleada puede ayudar a formular una lista de los temas y de los interesados que es necesario atender para que la acción resulte exitosa. Un método simplista de división podría ser analizar al “público”, como representante de la opinión general; al “interés público”, en cuanto plataforma jurídica; y, finalmente, al “litigio”, en relación con las cuestiones legales presentadas al tribunal y sus resultados.

### *El público*

La Campaña de Acción para el Tratamiento convirtió la actitud del gobierno con relación al tratamiento de los pacientes portadores del VIH en una cuestión nacional.<sup>7</sup> Movilizó organizaciones no gubernamentales sensibilizadas por la indiferencia del gobierno ante las personas que sufren el sida, capitalizando la incapacidad del Estado para articular una postura coherente frente a la enfermedad.<sup>8</sup>

Un gran número de ciudadanos interesados salieron a la calle para mostrar su disconformidad con la actitud oficial.<sup>9</sup> Los portadores del VIH fueron vistos como víctimas de la incapacidad del gobierno para hacer frente a la enfermedad.

En consecuencia, cuando un agente de la Campaña de Acción para el Tratamiento introdujo clandestinamente en el país medicamentos genéricos contra el sida, por una fracción del precio de venta habitual, las amenazas de hacerle juicio cedieron lentamente ante lo que parecía ser el gesto de un individuo intrépido decidido a mostrar la hipocresía del sistema.<sup>10</sup> En una acción anterior, la Campaña de Acción para el Tratamiento se había opuesto, junto con el gobierno, a la demanda promovida por la Cámara de la Industria Farmacéutica para bloquear una legislación de apoyo a los medicamentos genéricos y más baratos. Bajo presión, la Cámara retiró su demanda del tribunal. Uno de los dirigentes de la Campaña, que también es seropositivo, rehusó tomar medicamentos antirretrovirales hasta que estos estuvieran a disposición de todos, en hospitales públicos y clínicas. La Campaña de Acción para el Tratamiento continuó cuestionando el letargo del gobierno, ahora apoyada en el “interés público”.

### *El interés público*

Surgió entonces un caso judicial ideal para ser capitalizado por la Campaña de Acción para el Tratamiento: la incapacidad política del gobierno para proveer a los establecimientos públicos de salud la Nevirapina, un antirretroviral altamente recomendado, usado para reducir la transmisión de madre a hijo. El medicamento estaba disponible nada más que en dos lugares por provincia. Y las víctimas de esta política estatal insensible eran inocentes bebés. Al juzgar una acción promovida en el Supremo Tribunal de Pretoria, el 14 de diciembre de 2001, el juez Chris Botha determinó que era un deber del gobierno proveer de Nevirapina

a las mujeres embarazadas seropositivas. El gobierno apeló esta decisión en distintas instancias, hasta que el Tribunal Constitucional examinó el caso el 2 y 3 de mayo de 2002. El “interés público” ganó relevancia por la aparente incapacidad del gobierno de aceptar la derrota con un mínimo de elegancia.

### *El litigio*

En relación con el “litigio”, la Campaña de Acción para el Tratamiento reunió a los mejores especialistas jurídicos en el abordaje de los derechos sociales, que en muchos países ni siquiera se consideran derechos. La campaña contó con el apoyo de varias ONG: Legal Resources Centre, Child Rights Centre, Community Law Centre,<sup>11</sup> Institute for Democracy in South Africa y Cotlands Baby Sanctuary. Los tres últimos eran *amici curiae*, o sea, especialistas designados para elucidar problemas técnicos ante el tribunal en base a sus conocimientos.<sup>12</sup> Tras la victoria de la Campaña de Acción para el Tratamiento en la Suprema Corte, el gobierno apeló ante el Tribunal Constitucional. Este, por su parte, falló a favor de la Campaña de Acción para el Tratamiento declarando que el programa del gobierno para evitar la transmisión de madre a hijo era inadecuado.

### **Los resultados más amplios del juicio**

El tribunal consagró otros varios principios importantes en el juicio de la Campaña de Acción para el Tratamiento, que serían igualmente valiosos para los marginados (víctimas del sida), los vulnerables (hijos y madres) y los indigentes (personas pobres que no pueden pagarse el tratamiento). Estos principios podrán usarse en otros casos futuros.

El Tribunal Constitucional, la corte más alta del país, reiteró<sup>13</sup> su poder de juzgar en casos referidos a los derechos sociales porque la Constitución le concedió tal poder. Dijo incluso que, en el debate sobre la separación de los poderes, estaba autorizado a examinar el problema aunque hubiese implicaciones financieras.<sup>14</sup> Ya antes, el Tribunal Constitucional había aplicado el criterio de razonabilidad a derechos sociales en cuestión, en el caso Grootboom:<sup>15</sup>

*Las formas y el contenido precisos de las medidas a ser adoptadas son fundamentalmente una cuestión de competencia de los poderes legislativo y ejecutivo. Estos deben, con todo, asegurar que las medidas adoptadas sean razonables. Un tribunal que examine la razonabilidad*

*no inquirirá sobre si se hubieran podido adoptar medidas más deseables o favorables o si el dinero público hubiera podido ser mejor usado. El problema se resume a determinar si las medidas tomadas fueron razonables. Es necesario reconocer que el Estado puede adoptar una amplia variedad de medidas para cumplir sus obligaciones. Muchas de ellas se ajustan a la exigencia de razonabilidad. Una vez demostrado que tales medidas lo hacen, esa exigencia se dará por cumplida.*

Se suele considerar que los temas de política social pertenecen a la esfera de actuación del poder ejecutivo.<sup>16</sup> El Tribunal Constitucional advirtió sobre el hecho de que la mayoría de sus decisiones tiene alguna implicación financiera. En el caso *Grootboom*,<sup>17</sup> el tribunal reafirmó lo que había dicho anteriormente:<sup>18</sup> si se ordenara la asistencia jurídica a un individuo acusado, como derecho civil, esto también tendría una implicación financiera.

El juez Albie Sachs, uno de los once jueces del Tribunal Constitucional, en una conferencia intitulada “La aplicación de la ley en relación con los derechos sociales y económicos”, en el Centro de Estudios de Derechos Humanos de la Facultad de Economía de Londres,<sup>19</sup> afirmó:

*La aplicación de la ley en relación con los derechos sociales y económicos no se basa en la indiferencia hacia todos los problemas planteados, porque estos son problemas legítimos. No se trata de una victoria de los derechos sociales y económicos sobre una filosofía conservadora que considera como función de los tribunales simplemente defender las libertades básicas. Se basa en la reconciliación de principios fundamentales profundos relacionados con el papel de los tribunales en el siglo XXI. [...]*

*Es muy posible que una afirmación que tuve la ocasión de escuchar recientemente en París se vuelva realidad. El siglo XIX fue el siglo en el que el poder ejecutivo asumió el comando del Estado. El XX fue el siglo en el que el Parlamento asumió el comando del poder ejecutivo. El XXI será el siglo en el que el poder judicial asegurará las reglas, los procesos y los valores básicos de funcionamiento tanto del Parlamento como del ejecutivo. Debo resaltar que fue un magistrado quien hizo este vaticinio. Pero pienso que estamos ingresando ahora en una nueva era, y la cuestión está dejando de ser si podemos o no exigir el cumplimiento de los derechos sociales y económicos por medio de los tribunales, para pasar a ser: ¿cuál es la mejor manera de hacerlo?*

En relación con la Campaña de Acción para el Tratamiento, el Tribunal Constitucional llevó debidamente en cuenta la adecuación de los tribunales para juzgar en relación con los derechos sociales y económicos al declarar: “Los tribunales no son instancias apropiadas para juzgar cuestiones en las que las órdenes judiciales podrían acarrear múltiples consecuencias sociales y económicas para la comunidad. La Constitución prevé un papel restringido y focalizado para el tribunal, a saber, exigir que el Estado tome medidas para cumplir sus obligaciones constitucionales y evaluar la razonabilidad de tales medidas. La determinación de la razonabilidad puede efectivamente tener implicaciones presupuestarias, pero no tiene por objetivo reordenar presupuestos. En este sentido, las funciones judiciales, legislativas y ejecutivas alcanzan un mayor equilibrio”.<sup>20</sup>

El Tribunal Constitucional llevó a cabo también un provechoso examen de la jurisprudencia de otras jurisdicciones, respecto de la cuestión de donación de medicamentos, en casos donde hubo violación de derechos, incluidos los socioeconómicos. El tribunal analizó las prácticas de los Estados Unidos, India, Alemania, Canadá y el Reino Unido, y concluyó que mientras tres países habían expedido algún tipo de interdicción estructural, el Reino Unido y Canadá se habían resistido a hacerlo, prefiriendo emitir órdenes declaratorias, por el hecho de que sus gobiernos suelen observar las decisiones de sus tribunales.<sup>21</sup>

En el caso Grootboom, la señora Irene Grootboom fue desalojada de su casa situada en un terreno que había sido destinado a la implementación de un proyecto habitacional de bajo costo para personas como ella y sus hijos. La señora ocupaba ese terreno junto con otras personas, cuyas casas, en la estación lluviosa, sufrían frecuentes inundaciones. El juez Yacob, del Tribunal Constitucional, determinó que la política del gobierno no se ajustaba al requisito de la razonabilidad. Afirmó que la razonabilidad puede comprobarse en el ámbito de la programación legislativa y en el de su implementación: “Las medidas legislativas en sí mismas no constituyen el cumplimiento de la Constitución. La mera legislación no es suficiente. Es obligación del Estado actuar para alcanzar el resultado pretendido y las medidas legislativas tendrán invariablemente que ser apoyadas por políticas y programas apropiados y bien dirigidos, implementados por el poder ejecutivo. El propio programa también debe ser implementado ajustándose a la razonabilidad. Un programa razonable que no sea implementado de manera

razonable no se puede considerar como cumplimiento de las obligaciones del Estado”.<sup>22</sup>

El juez Yacoob incluso agregó:

*La razonabilidad debe ser también entendida en el contexto de la Declaración de Derechos como un todo. El derecho de acceso a una vivienda adecuada ya está arraigado porque valorizamos a los seres humanos y queremos garantizar que se atiendan sus necesidades básicas. Una sociedad basada en la dignidad humana, en la libertad y en la igualdad debe procurar asegurar que todos tengan sus necesidades básicas vitales satisfechas. Para ser razonables, las medidas no pueden dejar de tener en cuenta el grado y la extensión de la negación del derecho que buscan hacer efectivo. Aquellos cuyas necesidades son más urgentes y cuya capacidad de gozar de todos los derechos corre mayor peligro no pueden ser ignorados por las medidas que buscan alcanzar la realización del derecho. Para la prueba de razonabilidad, puede no ser suficiente que las medidas se muestren capaces de representar un avance estadístico en la efectivización de los derechos. Además, la Constitución exige que todos sean tratados con cuidado y atención. Si las medidas, aunque exitosas en el aspecto estadístico, fallan al responder a las necesidades de los más desesperados, posiblemente no pasen la prueba.*<sup>23</sup>

Los principios sistematizados en la Campaña de Acción para el Tratamiento y en el caso Grootboom son aplicables en acciones futuras sobre derechos económicos, sociales y culturales.

### El abordaje en red

De modo general, la estrategia del esfuerzo combinado, o abordaje en red, es un proceso ventajoso que permite, además, establecer un área definida de atención de casos adecuados de interés público.

### *Acceso a la justicia*

Los abogados no siempre son eficientes en la movilización de la opinión pública; los líderes comunitarios suelen hacerlo mejor. En Sudáfrica, una figura importante en este aspecto es la del paralegal comunitario, que es un individuo oriundo de la comunidad en la cual actúa. En un futuro próximo, es posible que el medio jurídico de Sudáfrica admita la profesión del paralegal como proveedor de servicios jurídicos, en los términos propuestos por la Legal Practice Bill.

Aunque la definición de paralegal no sea del todo clara y los abogados estén en contra de que los paralegales representen un cliente sin supervisión, estos pasaron a ser conocidos como los “abogados descalzos”, que ofrecen asesoramiento jurídico al ciudadano en temas legales o casi legales. Reciben capacitación sobre la mecánica de una determinada legislación y orientan a los ciudadanos en lo relativo a ella.

Aunque esto amplíe el acceso a la justicia, pues permite educar a la población sobre sus derechos, el aspecto de la prestación de servicios jurídicos plantea problemas de calidad e igualdad: los ricos pueden pagar por el mejor servicio, mientras que los pobres se quedan con los paralegales. Los pobres no conocen la diferencia entre un abogado y un paralegal, y los resultados prometidos por algunos paralegales son notoriamente extravagantes.

Si, como propone la Legal Practice Bill, la mayoría de los paralegales migra hacia el ejercicio legal del derecho, se romperá un vínculo muy importante con la comunidad. Esto significaría una gran pérdida porque los paralegales llevaron adelante buenos casos, como el de la señora Grootboom.

Las organizaciones no gubernamentales que prestan asistencia jurídica también son vitales para la estrategia de acciones de interés público. En Sudáfrica hay algunas que brindan este servicio. El ya referido Legal Resources Centre es una ONG de interés público muy exitosa y que actuó como parte en el caso de la Campaña de Acción para el Tratamiento. Otras ONG incluyen la Black Sash, la más antigua de las que se dedican a los derechos humanos en Sudáfrica, y la Lawyers for Human Rights. Si consideramos la definición de derecho de interés público dada por el Simposio de Durban, la ONG Lawyers for Human Rights se ajusta a muchos de los criterios para la práctica de este derecho. La organización ofrece asesoramiento jurídico, llevar adelante litigios, instrucción y defensa en cuestiones de derechos humanos.

Lawyers for Human Rights también tuvo participación en casos muy significativos de interés público, incluido el caso Makwanyane,<sup>24</sup> que abolió la pena de muerte, en el cual actuó como *amicus curae*. Más recientemente, tuvo el éxito de obtener una declaración de inconstitucionalidad en la nueva ley de inmigración, para aspectos centrales referidos a la prisión y a la detención de extranjeros.<sup>25</sup> Con su Proyecto para la Seguridad de los Trabajadores Rurales, estableció el precedente que permite al marido adquirir el derecho de permanecer en una hacienda a partir del derecho de su esposa, basándose en el derecho a la vida familiar.<sup>26</sup>



### *Centros de educación jurídica*

El asesoramiento y la asistencia jurídicos son componentes vitales del derecho de interés público, pero se trata de un servicio caro. Para las organizaciones no gubernamentales que no se dedican a cuestiones legales, es vital tener acceso a una asesoría jurídica consistente. En varias partes del mundo, estudiantes de derecho se encargan de prestar este tipo de servicio, supervisados, en centros universitarios de atención jurídica, a modo de entrenamiento. Por fuera de los Estados Unidos, no hay muchos otros países en que los reglamentos de entrenamiento profesional permitan tal procedimiento.<sup>27</sup> En Sudáfrica, los diversos centros de atención formaron una asociación propia, que ofrece su trabajo a los pobres y compite con las ONG por financiamientos para la mejora del servicio.

### *Asistencia legal*

Aunque haya alguna forma de asistencia jurídica en la mayoría de los países, hay dificultades para atender la demanda con los recursos disponibles, y esto limita el trabajo a ser realizado. En Sudáfrica, el Legal Aid Board (consejo de asistencia jurídica) pasó por una gran transformación, de un sistema de *judicare*<sup>28</sup> a un modelo remunerado, con centros de justicia implantados en todas las grandes ciudades y en algunas áreas rurales. El modelo *judicare* se volvió inviable en la medida en que las acciones promovidas por los abogados no se llegaban a analizar a tiempo.<sup>29</sup> El sistema de verificación de las reivindicaciones era incómodo y lento. Por eso, el consejo decidió reducir los honorarios y muchos abogados se sintieron traicionados. Concebían el sistema como una forma de incrementar sus ingresos, no como una prestación de servicios de atención a los sectores pobres, marginados y vulnerables de nuestra sociedad. Jeremy Sarkin<sup>30</sup> afirma que durante “el ejercicio 1997-1998, 196.749 personas recibieron asistencia legal al costo de 210 millones de rands. De estas, 193.177 fueron representadas por abogados particulares”.

Los centros de justicia emplean actualmente abogados remunerados y mantienen empleados que desempeñan la representación jurídica solo de algunos tipos de caso, a un costo fijo y previsible. Dado que, según los patrones del Legal Aid Board, para recibir asistencia estatal hay que tener un nivel de ingresos muy bajo, son muchos los que no pueden acceder a tal servicio.

Estos son la mayoría dentro de los grupos con necesidades de asistencia y son conocidos como el “grupo laguna”.

### *Pro bono público*

Una manera de enfrentar la inmensa falta de orientación de calidad es la introducción o, en muchos casos, la reintroducción del concepto de trabajo *pro bono*, que se convertiría en una parte integral de la responsabilidad social de todo abogado.<sup>31</sup> El vicepresidente del Tribunal Superior de Sudáfrica resumió así esta necesidad: “Nuestra sociedad necesita confiar en nuestros tribunales y en las otras estructuras destinadas a la ejecución de la justicia. Esta confianza se intensificará por la habilidad de los tribunales en llegar y ayudar a los más pobres entre los pobres y los más débiles entre los débiles. La capacidad de la justicia y los tribunales para hacerlo se verá gravemente perjudicada si el compromiso en la interacción entre los tribunales y las personas que necesitan los servicios jurídicos es insuficiente e ineficiente”.<sup>32</sup>

La práctica del servicio gratuito está presente en muchos sistemas legales, generalmente como acto de caridad, pero raramente está institucionalizada. Se podría crear para los abogados la obligación de emprender este tipo de trabajo. Una asociación de abogados (o el órgano estatal competente) podría dejar de emitir la habilitación para la práctica profesional, en determinado año, si no fuera prestada una cantidad mínima de horas de trabajo en favor de la población pobre, marginada y vulnerable. Otro dispositivo sería exigir que, para participar en una licitación pública, el abogado presentara su ficha de trabajo de asistencia jurídica gratuita.

La profesión jurídica debería considerar el trabajo gratuito “no como un acto de caridad, ni como una herramienta de marketing, sino como un paso deliberado en la construcción del tipo de sociedad que queremos, en la cual todo el pueblo pueda ejercer sus derechos”.<sup>33</sup> Pero deben encontrarse medios de reconocer la contribución dada, siempre que los abogados fueran más allá de lo mínimo exigido, estableciéndose premios o la publicación de sus nombres en los periódicos.

Para el buen resultado de este trabajo, es fundamental que se realice una operación organizada que reúna los datos referidos a las necesidades y una lista de los proveedores de servicio. Vinculados a esto podrían estar las ONG no jurídicas, el sistema

de asistencia legal, los paralegales y las ONG jurídicas destinadas a casos que se ajustan a los procesos de interés público. El sistema no debe montarse para eximir al Estado de su responsabilidad de proveer representación legal sino para complementar el sistema existente de asistencia jurídica. Algunas conferencias sobre la abogacía gratuita en la Argentina, Sudáfrica y Chile examinaron minuciosamente muchas de estas ideas. Y se están planeando conferencias similares que serán realizadas en el Brasil y en Australia.

### Algunas observaciones finales

El papel desempeñado por las organizaciones de la sociedad civil en Sudáfrica, en cooperación con la profesión jurídica organizada, es una buena ilustración de cómo sus contribuciones para los derechos humanos mejoraron y fortalecieron los derechos de un grupo específico de personas. El impacto de las victorias legales en el campo de los derechos socioeconómicos en una jurisdicción nacional repercute en todo el mundo en solidaridad con otras poblaciones pobres, vulnerables y marginadas. Un comentarista hizo la siguiente observación:

*Uno de los desdoblamientos más alentadores, con todo, es la consideración de los derechos económicos y sociales como cuestiones justiciables en el plano nacional. En Canadá y en Europa se pueden encontrar ejemplos de aplicación de la ley para el cumplimiento de derechos culturales, pero los derechos económicos y sociales se ven desde hace mucho tiempo como materia de políticas y, por lo tanto, sujetos a un bajo nivel de prioridad. Elevarlos de la arena de las políticas al dominio de los derechos abre una nueva dimensión, que le puede conferir un significado sustantivo al concepto de la indivisibilidad de todos los derechos humanos.<sup>34</sup>*

El desafío en muchas otras jurisdicciones tal vez sea más importante: crear alguna medida para dar vigencia a los derechos socioeconómicos, mediante la protección constitucional. Pero las constituciones son marcos que supuestamente contemplan todos los derechos: los interdependientes e indivisibles derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales. No nos dejemos confundir y pensar que no hay cuadro si no hay marco. Los Estados asumieron la obligación, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “de

utilizar todos los medios de que dispongan para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto. A este respecto, hay que tener presentes las prescripciones fundamentales de la legislación internacional sobre derechos humanos. Por eso, las normas del Pacto han de ser reconocidas en el ordenamiento jurídico interno a través de los medios adecuados; las personas individuales o los grupos agraviados han de disponer de medios adecuados de reparación, o de recurso, y se han de establecer mecanismos adecuados para garantizar la responsabilidad de los gobiernos”.<sup>35</sup>

Un examen más atento de muchas jurisdicciones puede revelar que hay protección para algunos de estos derechos en el derecho administrativo o en piezas específicas de la legislación.<sup>36</sup> Esto fue lo que sostuvo el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al afirmar: “El derecho a un recurso efectivo no debe interpretarse necesariamente en el sentido de que exige siempre un recurso judicial. Los recursos administrativos en muchos casos son adecuados, y quienes viven bajo la jurisdicción de un Estado Parte tienen la expectativa legítima de que, sobre la base del principio de buena fe, todas las autoridades administrativas, al adoptar decisiones, tendrán en cuenta las disposiciones del Pacto”.

Aclarar el contenido de los derechos requiere una estrategia parecida a la que hemos examinado. Para eso es fundamental asegurar el acceso a la justicia, incluso con la colaboración de los distintos actores de la sociedad civil, como lo ilustran las experiencias recientes en Sudáfrica. Algunos pueden querer darle categoría de movimiento social al abordaje de la Campaña de Acción para el Tratamiento del sida. Al respecto, Neil Stammers dice: “Los movimientos sociales fueron típicamente definidos como actores colectivos formados por individuos que consideran la alternativa de compartir algún interés común y que se identifican unos con los otros, por lo menos hasta cierto punto. Los movimientos sociales están principalmente interesados en defender o cambiar por lo menos algún aspecto de la sociedad, y cuentan con la movilización de masas, o la amenaza de la movilización, como su principal sanción política”.<sup>37</sup>

Prosigue afirmando que hay una función potencial para los movimientos sociales en la reconstrucción de los derechos humanos,<sup>38</sup> y finalmente cita las palabras de Richard Devlin: “Si los derechos humanos llegasen a ser entendidos como un desafío al poder, como una forma de resistencia a la dominación, entonces necesitamos enfrentar al poder en todas sus manifestaciones”.<sup>39</sup>

## NOTAS

1. El litigio de interés público está bien establecido en los Estados Unidos, Canadá y la India, por ejemplo. En relación con la experiencia de la India, ver "Circle of Rights" en <<http://www1.umn.edu/humanrts/edumat/IHRIP/circle/justiciability.htm>>. Consultado el 15 de abril de 2004.
2. Es interesante notar que "el sistema internacional tuvo un mayor impacto donde las normas de los tratados fueron incorporadas a la ley nacional de forma más o menos espontánea (por ejemplo, como parte de la reforma constitucional y legislativa), y no como resultado del cumplimiento de la norma (por informes individuales, quejas, o procedimientos de investigación confidencial)". Christof Heyns y Frans Viljoen, "The Impact of the United Nations Human Rights Treaties on the Domestic Level". *Human Rights Quarterly*, 23.3, 2001, 483-6.
3. *Black's Law Dictionary*.
4. Realizado entre el 29 de junio y el 8 de julio de 1997, bajo el auspicio de Public Interest Law Initiative, Columbia University, patrocinado por la Ford Foundation y el Open Society Institute en la Universidad de Natal, Durban, Sudáfrica. Ver <<http://www.pili.org/publications/durban/preface.html>>. Consultado el 15 de abril de 2004.
5. Hernando de Soto, "The Economist versus the Terrorist", en <[http://www.economist.com/people/displayStory.cfm?story\\_id=1559905](http://www.economist.com/people/displayStory.cfm?story_id=1559905)>. Consultado el 15 de abril de 2004.
6. Minister of Health et al. vs. Treatment Action Campaign et al. Caso número CCT 8/02; 2002 (5) SA 721 (CC); 2002 (10) BCLR 1033 (CC).
7. Se informó que el presidente Thabo Mbeki había cuestionado la relación entre VIH y sida, lo que parece haber tenido impacto sobre el programa de combate a la enfermedad por parte del Ministerio de Salud.
8. "Las autoridades de salud y el presidente Thabo Mbeki fueron el centro de las críticas por no haber reconocido la magnitud de un problema que podría devastar la población, según algunos pronósticos médicos." Claire Keeton, "South African Government Ordered to Provide Nevaripine", en <<http://www.q.co.za/2001/2001/12/14-tacwins.html>>. Consultado el 15 de abril de 2004.
9. Sally Sara, de Australian Broadcasting Corporation, registró una de las muchas manifestaciones, el 27 de noviembre de 2001, cuando habría una audiencia sobre el tema en el Supremo Tribunal de Pretoria: "Los manifestantes traían cruces blancas en memoria de las personas que ya habían muerto como consecuencia de la epidemia [...]".

**10.** Se hizo una película sobre la vida de Zackie Achmat intitulada *It's My Life*. Ver <<http://www.q.co.za/2001/2001/11/28-STEPszachie.html>>.

Consultado el 15 de abril de 2004.

**11.** Una nota de prensa emitida por el Community Law Centre, el 30 de abril de 2002, afirmaba que "creían que las mujeres embarazadas infectadas por el VIH tienen derecho al tratamiento sobre la base del derecho esencial de que todos deben tener acceso a un nivel básico de asistencia médica, incluso de medicina reproductiva, congruente con la dignidad humana. Los ricos gozan automáticamente de ese servicio, pero los pobres solo pueden disponer significativamente de él si el Estado lo suministra gratuitamente. Los niños también tienen derecho a la asistencia médica necesaria para reducir el riesgo de transmisión del VIH por parte de la madre".

**12.** La Comisión de los Derechos Humanos, citada originalmente como *amicus* en este caso, "brilló por su ausencia, de hecho, bajo alegaciones de que se había retirado por presión del gobierno", según la doctora Rachel Murray, de la Birkbeck College, de la Universidad de Londres. Ver "Is the HRC Playing Fair?" de Michael Morris, en

<<http://allafrica.com/stories/200303210601.html>>.

Consultado el 15 de abril de 2004.

**13.** Soobramoney vs. Minister of Health, KwaZulu-Natal 1998 (1) SA; 1997 (12) BCLR 1969 (cc) y Government of the Republic of South Africa et al. vs. Grootboom et al. 2001 (1) SA (CC); 2000 (11) BCLR 1169 (CC).

**14.** Ver nota 18.

**15.** Ver nota 13, párrafo 41.

**16.** Ver Kevin Hopkins, "Shattering the Divide – When Judges Go too Far", en <<http://www.derebus.org.za/archives/2002Mar/articles/divide.htm>>.

Consultado el 15 de abril de 2004.

**17.** Ver nota 13.

**18.** *Ex parte* Chairperson of the Constitutional Assembly: *in re* Certification of the Constitution of the Republic of South Africa 1996 (4) SA 744 (CC).

**19.** "Enforcement of Social and Economic Rights", 27 de febrero de 2003.

Centre for the Study of Human Rights, London School of Economics. Borrador de la transcripción.

**20.** Ver nota 6, párrafo 38.

**21.** Ver nota 6, párrafos 107 a 111.

**22.** Ver nota 13, párrafo 42.

23. Ver nota 13, párrafo 44.
24. 1995 (3) SA 391 (CC).
25. Nota de prensa datada el 22 de abril 2003: Lawyers for Human Rights et al. v. Minister of Home Affairs et al.
26. *Conradie v Hanekom LCC 8 / RR.*
27. Jeremy Sarkin, "Promoting Access to Justice", 41. *Indicator SA*, vol. 19, n. 3, diciembre de 2002, 44.
28. Se contrataron abogados particulares para representar a determinados clientes que cumplían ciertos requisitos en cuanto a su nivel de ingresos. Fueron remunerados por el Legal Aid Board, que se basó en el análisis caso por caso.
29. Jeremy Sarkin, nota 27, 42.
30. *Idem*, 41.
31. Vinodh Jaichand, "A Social and Moral Responsibility". 37 *Indicator SA*, vol. 19, n. 3, diciembre de 2002; y "LHR Calls on Lawyers to Embark on Pro Bono Work". *De Rebus*, febrero de 2002.
32. Juez Pius Langa, "Making Rights a Reality". 38 *Indicator SA*, vol. 19, n. 3, diciembre de 2002, 39.
33. Geoff Budlender, "Proposals for a New System". 50 *Indicator SA*, vol. 19, n. 3, diciembre de 2002, 51.
34. Roland Rich, "Solidarity Rights Give Way to Solidifying Rights". *Academy of Social Sciences*. 2002, 25, 31.
35. Párrafo 2º, General Comment Number 9 (Nineteenth Session, 1998). Informe del Committee on Economic, Social and Cultural Rights, UN doc.E/1999/22, pp. 117-121.
36. *Idem*, párrafo 9º.
37. Neil Stammers, "Social Movements and the Social Construction of Human Rights". *Human Rights Quarterly*, 21.4, 1999, 980 a 983.
38. Ver nota 37, 1003/4.
39. Ver nota 37, 1008.

PAUL CHEVIGNY

Profesor de la cátedra Anne B. and Joel S. Ehrenkranz  
en la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York.

#### RESUMEN

El objetivo de este trabajo es evaluar la forma en que el gobierno de los Estados Unidos aprovechó la situación posterior al 11 de septiembre de 2001 para aumentar el control sobre las actividades de los individuos en el ámbito local y nacional, para llevar a los tribunales personas que antes eran dejadas en libertad, para ejercer detenciones de extranjeros y ciudadanos estadounidenses, y para detener a sospechosos de terrorismo, en carácter indefinido, sin juicio e incluso sin defensa legal.



# LA REPRESIÓN EN LOS ESTADOS UNIDOS DESPUÉS DEL ATENTADO DEL 11 DE SEPTIEMBRE\*

Paul Chevigny



El ataque al World Trade Center en Nueva York, en 2001, fue un acto execrable, un hecho atroz, de proporciones sin precedentes. Representó un golpe devastador para el pueblo estadounidense, que literalmente, en muchas generaciones, jamás había sufrido una agresión de proporciones tan graves de agentes extranjeros dentro de su propio país.

Todo esto es indiscutible. La cuestión que planteamos aquí es que las autoridades públicas de los Estados Unidos, tanto en el ámbito local como nacional, se aprovecharon de la indignación y del miedo causados por los atentados para intentar asumir el control de la población, e incluso de la política del país. Las críticas como esta, que hago hoy aquí, se consideran actos de deslealtad. Tres meses después de los ataques, el secretario de Justicia de los Estados Unidos declaró: “A aquellos que intimidan al pueblo amante de la paz con el fantasma de la libertad perdida, mi mensaje es el siguiente: esta táctica únicamente ayuda a los terroristas, pues corroe la unidad nacional y debilita nuestra determinación; provee de munición a los enemigos de América y de incertidumbre a sus amigos”.<sup>1</sup>

A pesar de los operativos efectuados contra terroristas y contra extranjeros en general, desde el 11 de septiembre, creo que el objetivo de controlar al pueblo norteamericano y crear una rutina doméstica represiva está bien configurado,

\* Ponencia presentada en el Instituto Brasileño de Ciencias Criminales, octubre de 2003.

1. Declaración de John Ashcroft, 6 de diciembre de 2001.

y que se está llevando a cabo con la disminución de la privacidad y, de modo general, de los derechos de quienes de alguna forma pueden ser considerados sospechosos. Los mecanismos usados incluyen la discriminación sistemática contra extranjeros de origen árabe y musulmán, la persecución penal y la limitación en las garantías de los hábeas corpus. Sin embargo, no quiero exagerar: felizmente, el alcance de la represión ha sido limitado, gracias a una cierta resistencia popular, en los tribunales e incluso hasta dentro de la propia administración pública.

Queda en evidencia que muchos de los mecanismos de represión son anteriores al 11 de septiembre, e incluso ya existían antes de que la actual Administración asumiera el poder. Los instrumentos represivos se crearon con base en las leyes antiterroristas promulgadas durante la Administración Clinton, en la antigua legislación de inmigración, que siempre fue represiva, y también en las leyes relacionadas con el servicio de información sobre extranjeros. Es verdad que el gobierno federal adoptó nuevas leyes, como por ejemplo el USA Patriot Act, sobre el cual ya deben haber oído hablar, y sobre el cual hablaré más adelante; pero leyes como estas traen solamente cambios adicionales. Los gobiernos locales y nacionales se aprovechan principalmente del potencial represivo de la legislación que ya existe; organizaciones no gubernamentales como la American Civil Liberties Union nos vienen advirtiendo, desde hace años, sobre los peligros de estas leyes.

En el Brasil, como en otras naciones, la mayoría de la población no enfrenta problemas de ese tipo, ni ha sido directamente afectada por los mismos. Son noticias extranjeras, a veces interesantes, pero de cierta forma remotas. Sin embargo, en la medida de lo posible, trataré de relacionar los problemas con las experiencias latinoamericanas. Las actuales actitudes del gobierno de los Estados Unidos no pueden compararse con la represión, legal e ilegal, existente en el Cono Sur de veinte años atrás. Sin embargo, muchas de ellas son preocupantemente familiares para muchos de nosotros. La detención de centenas de personas durante largos períodos, sin el conocimiento de la opinión pública, la táctica de aislar a los detenidos, manteniéndolos bajo custodia militar en nombre de la seguridad, impidiendo inclusive que se los deje en libertad

a través de recursos de hábeas corpus, sometiéndolos además a interminables interrogatorios, son una evidencia de la gravedad de la situación.

Puede, inclusive, parecerles familiar la reacción de algunos juzgados. En varios casos, los jueces rechazan las medidas represivas tomadas por el gobierno. Sin embargo, en líneas generales, se empeñan en aprobar tales acciones siempre que sea posible aunque, en algunos casos, personalmente las reprueben. Los jueces optan por no interferir en las medidas del ejecutivo, pues temen ser desobedecidos. No ven ninguna ventaja en debilitar la legitimidad de sus actos emitiendo sentencias que no serán acatadas en nombre de la guerra contra el terror.

En algunos casos, las acciones del gobierno estadounidense entran en conflicto con el derecho internacional humanitario o con los derechos humanos. Estas medidas jamás son mencionadas por el gobierno y raramente por cualquier otra persona que se encuentre en el país, excepto por especialistas en derecho internacional.

### **Violación de la privacidad**

La gran ola de manifestaciones públicas contra la violación de la privacidad por parte del gobierno ocurrió a finales de la década de 1960 e inicios de la de 1970. En aquella época, cuando el gobierno reivindicaba la legitimidad de poder efectuar escuchas telefónicas de determinados grupos militantes del país, la Suprema Corte de Justicia sostuvo que, para tales medidas, la autoridad pública estaba obligada constitucionalmente a requerir una autorización judicial fundamentada y capaz de demostrar la posibilidad de que un crimen hubiera ocurrido o pudiera ser cometido.<sup>2</sup> Sin embargo, en ese momento quedaba claro que las informaciones sobre extranjeros, que no serían usadas en un proceso penal interno, podrían obtenerse con menos restricciones, ya que la Constitución no se aplica a extranjeros que no se encuentran en el país. Se estableció un tribunal especial para expedir mandatos para obtener informaciones en el exterior, basándose en un nivel de exigencias muy inferior, bastando muchas veces una simple solicitud gubernamental. A lo largo de los años, millares de estas órdenes han sido concedidas.

2. US vs. US District Court, 407 US 297 (1972).

3. "Final Report of the Select Committee to Study Gov'tl Operations with Respect to Intelligence Activities", informe del Senado 94-755 (1976).

4. USA Patriot Act, sección 218. Nancy Chang, "How Democracy Dies: The War on Our Civil Liberties". En: Cynthia Brown (ed.), *Lost Liberties*. Nueva York: New Press, 2003, p. 43.

Alrededor de la misma época, en la década de 1970, se establecieron algunas restricciones al espionaje realizado por la policía contra grupos políticos en los Estados Unidos. Un famoso informe del Senado describió los abusos de agentes federales que incitaban al crimen, promovían divergencias en grupos políticos y difundían informaciones nocivas para fuera de esos grupos.<sup>3</sup> Se detectaron prácticas de este tipo en dependencias de la policía estatal y federal, incluso en Nueva York. Tras varios procesos judiciales, se firmó una especie de tregua, en la que se reconocía como regla general que no se permitiría que la policía practicara espionaje solo por razones políticas, sino únicamente en aquellos casos en que fuera constatada la posibilidad o práctica de un delito.

Las administraciones locales y federales se aprovecharon del temor público generado después del 11 de septiembre para permitir un grado mayor de violación a la privacidad, sea por medios electrónicos, o recurriendo a la infiltración. Esto no solo ocurrió en la esfera de la inteligencia internacional, sino también en casos criminales y contra activistas políticos nacionales.

En la actualidad se admite que el gobierno use órdenes judiciales del Foreign Intelligence Court (tribunal de recursos de la inteligencia internacional) en delitos domésticos. Uno de los artículos del USA Patriot Act, promulgado después del 11 de septiembre, establece que ese tribunal puede autorizar escuchas telefónicas, tanto en las investigaciones domésticas como en las extranjeras. Este dispositivo era casi invisible en el texto de la ley porque solamente fue necesario alterar dos palabras de la legislación anterior, que permitía la escucha telefónica para fines del servicio de inteligencia internacional.<sup>4</sup>

El Foreign Intelligence Court puede inclusive ser usado para fines generales de espionaje político. El USA Patriot Act permite que los juzgados emitan órdenes judiciales para la producción de documentos relacionados a una investigación. Esta medida, aparentemente inocente, puede ser usada, por ejemplo, para que las bibliotecas informen cuáles son los libros que retiran los lectores, sin ni siquiera informar a estos de que están siendo investigados.

Después de la gran ola de críticas, en septiembre de este año [2003], el secretario de Justicia, John Ashcroft, anunció que el Departamento de Justicia jamás había "usado" esta ley

para obligar a las bibliotecas a entregar sus registros, y agregó que se oponía a las “deturpaciones y a las informaciones erróneas” adjudicadas a dicha ley.<sup>5</sup> Es posible que sea verdad, que en el sentido literal el gobierno nunca haya ido a un tribunal para solicitar una orden judicial que obligue a las bibliotecas a suministrar cualquier tipo de datos sobre sus lectores, pero un estudio previo reveló que el FBI obtuvo informaciones sobre cientos de ellos.<sup>6</sup> Si existe una ley que permite que las autoridades obtengan ese tipo de información por coacción, parece bastante poco probable que un bibliotecario se niegue a un requerimiento “voluntario”. No es preciso agregar que los bibliotecarios están asustados y confundidos.

Al mismo tiempo, el gobierno está modificando los patrones de vigilancia e infiltración política de la policía, intentando anular los cambios realizados en la década de 1970. El secretario de Justicia modificó las directrices del FBI en relación con el inicio de las investigaciones sobre grupos internos, exigiendo tan solo una “indicación razonable” de alguna actividad delictiva, y menos aún en el caso de un proceso preliminar.

Los esfuerzos para debilitar la protección contra el espionaje político llegaron al ámbito local en varias ciudades, Nueva York es el caso más reciente. En la década de 1970, se abrió un proceso judicial contra la policía de la ciudad, alegando que se había cometido abuso de poder por motivos políticos. Este fue uno de los innumerables casos que llevaron a la “tregua” descrita anteriormente.<sup>7</sup> El caso se resolvió una década después. La policía aceptó no indagar a los grupos políticos y religiosos, a no ser que tuviera datos concretos que los incriminaran. Estas investigaciones deberían ser aprobadas por una comisión constituida por dos oficiales de policía y un civil. También se concordó en limitar la divulgación de informes sobre actividades políticas. Además, el Tribunal Federal se dispuso a hacer cumplir el acuerdo de lo que llamamos en nuestra legislación “decreto consentido” (*consent decree*). La orden judicial perduró durante diecisiete años, y aparentemente funcionó bastante bien.

Muchos años después, en el segundo semestre de 2002, la policía volvió al Tribunal Federal para invalidar el acuerdo. Se alegó que, ante la amenaza de terrorismo, no se podía más condicionar las investigaciones a la necesidad de una

5. Eric Lichtblau, “US Says It Has Not Used New Library Records Law”. *New York Times*, 19 de septiembre de 2003, A20.

6. USA Patriot Act, sección 215. Nancy Chang, op. cit., p. 44.

7. Chevigny, “Politics and Law in the Control of Local Surveillance”, *Cornell Law Review*, 69: 735-84, 1984, describe la situación tal como era hace veinte años

información específica que apuntara a la posibilidad de un crimen o con restricciones a la divulgación de datos. Los abogados querellantes, entre los cuales me incluyo, luchamos contra esto, pero el Tribunal aprobó directrices de investigación similares a las del FBI y después se retiró de escena, sin ni siquiera haberlas incorporado a su decisión.

Hubo, entonces, un pequeño pero significativo escándalo. La policía de Nueva York detuvo a algunos participantes de una manifestación contra la guerra, en el primer semestre de este año [2003]. Los detenidos fueron intimidados e interrogados acerca de sus actividades políticas. No tenían nada que ver con el terrorismo ni nada que ver con la influencia extranjera. Eran apenas ciudadanos que se oponían a la actual política externa. En Nueva York, manifestantes pacíficos eran tomados por sorpresa e intimidados; muchos de ellos quisieron realizar un reclamo. Estábamos entonces otra vez en los tribunales, y el juez, sumamente perturbado por las tácticas policiales, incorporó las nuevas directrices en su decisión, dándoles inclusive fuerza de orden judicial.

Todas estas modificaciones en la protección de la privacidad son sumamente significativas: poco nivel de exigencia para obtener un mandato judicial que permita realizar escuchas telefónicas en casos criminales, la obtención de informaciones en las bibliotecas y otras instituciones y el debilitamiento de la protección contra el espionaje. Pero lo más importante de todo esto, el punto que quiero resaltar, es que las modificaciones no estaban dirigidas fundamentalmente contra el terrorismo extranjero. Los decretos del Foreign Intelligence Court pueden ahora ser aplicados a asuntos domésticos. Las modificaciones en las directrices del FBI, a las que me referí, no sirven para investigar el terrorismo extranjero. El FBI tiene, desde hace años, un conjunto de directrices secretas y específicas para tales fines, las cuales desconozco. Las directrices que fueron modificadas son las que tratan de la criminalidad interna y de otros asuntos. En el momento en que escribo, el *New York Times* informa que los nuevos poderes fueron ampliamente usados en delitos internos.<sup>8</sup> La historia que relaté sobre los cambios en Nueva York es un ejemplo de que estas alteraciones se realizaron con el único objetivo de alcanzar a los ciudadanos estadounidenses que no están de acuerdo con la política del gobierno.

8. Eric Lichtblau, "US Uses Terror Law to Pursue Crimes from Drugs to Swindling". *New York Times*, 28 de septiembre de 2003, A1.

## Procesos criminales posteriores al 11 de septiembre

Son pocos los procesos instaurados por crímenes posteriores a los hechos de septiembre de 2001, en parte, porque solamente han transcurrido dos años desde aquella fecha. Además, porque a pesar de que hayan estado involucradas centenas de personas, las detenciones hechas por el gobierno revelan poquísimos crímenes graves. Pese a que el gobierno lo intentó, no logró encontrar muchos casos significativos que pudiera llevar a juicio, lo que de alguna forma generó el incidente que paso a relatar. O por lo menos, es lo que me parece.

Este caso se refiere a una abogada de Nueva York, Lynne Stewart, acusada en 2002, junto con dos abogados más, de proporcionar “apoyo material” a una organización terrorista extranjera, cometer fraude y mentir al gobierno de los Estados Unidos. Son acusaciones sumamente graves. La acusación de suministrar apoyo material a una organización terrorista proviene de las leyes antiterroristas promulgadas en la Administración Clinton, que consideran un delito el apoyo a cualquier organización que haya sido calificada por el gobierno como entidad terrorista extranjera. La configuración como crimen no depende de ningún auxilio concreto a terroristas y ni siquiera de ninguna intención de ayudar al terrorismo. Lo único que es preciso es que el acusado haya apoyado una de las organizaciones prohibidas. Así, por ejemplo, si una institución de beneficencia musulmana envía donaciones a organizaciones en Palestina y si alguna de estas se posiciona violentamente contra Israel, dicha institución será automáticamente rotulada como organización terrorista extranjera. Consecuentemente, el envío de dinero será considerado crimen, lo que de hecho ocurrió con varias organizaciones musulmanas.

Una de las organizaciones calificada como terrorista por esta ley se llamaba Grupo Islámico, con sede en Egipto. El sheik árabe Abdel-Rahman, líder religioso musulmán supuestamente activo en el grupo, era un refugiado egipcio. En 1995, el sheik y varios acusados más fueron condenados por conspirar. Su presunto objetivo era bombardear lugares públicos en Nueva York, inclusive el World Trade Center. Su defensa se basó en parte en la afirmación de que su discurso era meramente retórico, porque trabajaba en una

mezquita, y que en realidad no había planeado ningún acto de violencia. El jurado no se convenció, y lo condenó a pena de prisión perpetua y algunos años más. Lynne Stewart, la abogada que participó de su defensa, tenía antecedentes de apoyo a “causas radicales” y simpatizó con el sheik.

Mientras trabajaba en la apelación a la sentencia, en 2000, Lynne Stewart visitó al sheik en la prisión acompañada de un traductor árabe. La visita fue grabada electrónicamente, así como sus charlas telefónicas con los seguidores del sheik. Como se lo consideraba un prisionero político peligroso, la abogada se vio obligada a firmar una “medida administrativa especial”, debido a que al sheik no le era permitido comunicarse con personas de afuera. Durante la visita, el detenido escribió una declaración que más tarde su abogada divulgó a la prensa. Ella fue acusada de haber hablado en inglés en voz muy alta para tratar de cubrir la charla en árabe entre el sheik y el traductor, impidiendo de esta forma que las autoridades pudieran entender lo que se hablaba. La acusación alegó que, por teléfono, ella había consentido que se divulgara la mentira de que no se le brindaban al prisionero todos los cuidados médicos adecuados. Supuestamente le habría dicho a uno de los seguidores del sheik que nadie descubriría la verdad.

Según la teoría oficial, la visita de Lynne Stewart, así como su declaración a la prensa y la llamada telefónica, constituyeron “apoyo material” para el Grupo Islámico. El delito de mentir y cometer fraude contra el gobierno se configuró porque la abogada había firmado la disposición “administrativa especial”. Las autoridades alegaron que jamás tuvo intención de cumplirla, y por lo tanto había cometido fraude al firmar el acuerdo con esta.

Tomemos un poco de distancia para examinar el aspecto político del caso. Todo el proceso penal tomó como base las leyes que estaban en vigor antes de la Administración Bush. Sin embargo, lo más importante es que estos hechos también eran anteriores a este gobierno. Los hechos ocurrieron durante la Administración Clinton, y en esa época no se consideraron lo suficientemente importantes para que se instaurara un proceso penal. Después del 11 de septiembre, el gobierno pasó a darles la suficiente importancia como para justificar la apertura de un proceso penal. En 2002, Ashcroft, secretario de Justicia, fue personalmente a Nueva York para anunciar la acusación.



No es necesario agregar que muchos defensores en los Estados Unidos se sintieron agraviados cuando se instauró este proceso. No había duda de que estaba basado en actos imprudentes, pero por otra parte, muchos abogados harían lo mismo por sus clientes. Además, la mayoría de las pruebas estaban armadas en base a la escucha electrónica de Lynne Stewart, en la prisión y por el teléfono.

Aparentemente la escucha telefónica fue autorizada como una investigación sobre extranjeros, del tipo que ya mencioné. Es probable que la escucha sea técnicamente aceptable, pero de alguna forma ilustra el problema de dichas prácticas. En un momento de descuido, la mayoría de nosotros puede haber dicho algo como “seguramente afuera nadie sabrá lo ocurrido”, sin siquiera suponer que esto podrá ser utilizado para una acusación por conspiración. La escucha telefónica compromete la eficacia en el trabajo de un abogado. Nos intimida y nos deja en permanente estado de alerta contra el espionaje estatal. Ashcroft reforzó este punto, introduciendo una regla general que autoriza al gobierno a monitorear las comunicaciones entre los prisioneros y sus abogados en todos los casos, tengan o no alguna vinculación con el terrorismo o con las relaciones exteriores.<sup>9</sup> Una vez más el 11 de septiembre se usa como excusa para restringir de manera general el trabajo de los abogados defensores.

Uno de los mejores abogados del país accedió a defender a Lynne Stewart, y convenció al jurado de que rechazara algunas de las acusaciones. En agosto, el tribunal consideró que las palabras y los actos de la abogada no constituían “apoyo material” para una organización, como sería una contribución con fondos. Agregó que, si el significado de las palabras incluyera actos como los de Lynne Stewart, la ley sería demasiado vaga para lograr definir un crimen. Sin duda, fue un gran alivio para la defensa; pero aún hoy a la abogada se la acusa de mentira y fraude en relación con la “medida administrativa especial”. Hasta el momento no sabemos cuál será el alcance del crimen de “apoyo material” para una organización terrorista extranjera.

Mientras preparaba el proceso contra Stewart, la Administración Bush también se apuraba para expandir el alcance de las leyes contra el terrorismo. El USA Patriot Act define como “terrorismo doméstico” a los actos criminales

9. 28 Code of Fed. Regulations, sección 501. 3d. Chang, op. cit., p. 38.

10. USA Patriot Act, sección 802; 18 US Code sec. 1331.

que amenacen la vida “con el objetivo [...] de influenciar la política del gobierno mediante coerción”.<sup>10</sup> Hasta ahora no se implantaron procesos por esos delitos, pero queda claro que el gobierno intenta usar el temor creado por el terrorismo internacional para incluir las protestas domésticas violentas, como los incidentes en Seattle en torno del comercio y de las instituciones financieras internacionales.

### Las detenciones ocurridas desde el 11 de septiembre

Las detenciones fueron más generalizadas que los procesos criminales. Tal vez sean hasta el momento la mayor señal de represión, pero tenemos que tener en cuenta que ha pasado muy poco tiempo para que se pueda evaluar lo que vendrá en el futuro.

Inmediatamente después del 11 de septiembre, el gobierno efectuó la captura de centenas de personas, sobre todo de extranjeros, y aún más de los que tenían apellido árabe y musulmán. Por ejemplo, dos ciudadanos estadounidenses con nombres que parecían árabes fueron detenidos al volver de un viaje a México, e inclusive uno de ellos permaneció detenido por más de dos meses.<sup>11</sup>

11. Kate Martin, “Secret Arrests and Preventive Detention”.

En: Cynthia Brown, op. cit., p. 77.

Estas centenas de personas fueron detenidas bajo varios pretextos: pequeños delitos, cuestiones de inmigración o inclusive la vaga excusa de ser “testigo material”, expresión usada por la legislación estadounidense que autoriza la detención de presuntos sospechosos. Sin embargo, la verdad es que no sabemos exactamente el número de personas detenidas, los motivos que se alegaron, quiénes son o qué ocurrió con ellas, ya que el gobierno se negó a suministrar cualquier tipo de información al público. Individualmente, si sus familias lograran encontrarlas y comunicarse con ellas, podrían contratar los servicios de un abogado. El secretario de Justicia aumentó el sigilo decretando que, en estos casos, los procedimientos de inmigración no estarían disponibles ni para la prensa ni para el público.<sup>12</sup> A pesar de los reclamos por parte de varios organismos de derechos humanos, la táctica del gobierno tuvo bastante éxito, lo que probablemente no sorprendería a un abogado latinoamericano, ya que en la medida en que los procesos gubernamentales son mantenidos en secreto es muy difícil para el público acompañar lo ocurrido. Esas centenas de presos despertaron muy poca simpatía por parte del público,

12. Id., pp. 79-80.

pues constituían tan solo un vago grupo de personas no identificadas, se suponía que eran en su mayoría extranjeros y que serían deportados por haber transgredido su condición de inmigrantes. En verdad, cientos de ellos fueron dejados en libertad dentro de los Estados Unidos. La condición de estas personas era apenas un pretexto y, según parece, las mismas prácticas sigilosas se habrían adoptado si la mayoría de los detenidos hubieran sido ciudadanos estadounidenses.

En los Estados Unidos, algunas ONG, con el apoyo de la prensa, iniciaron un proceso para obligar al gobierno a revelar los nombres y las acusaciones de los detenidos, y en principio un juez determinó que lo hiciera. Sin embargo, el poder público presentó un recurso ante el tribunal de apelaciones en Washington, que decidió que las ONG no tenían derecho a conocer los nombres. Al tomar esta decisión el tribunal declaró: “Es papel del ejecutivo mejorar y ejercer su pericia en la protección a la seguridad nacional. No les cabe a los tribunales cuestionar las decisiones del ejecutivo tomadas en función de las atribuciones propias de ese poder”.<sup>13</sup>

El tribunal de apelaciones se apoyó en casos recientes juzgados por otros tribunales que habían adoptado la misma postura de no interferir en las disposiciones del ejecutivo. El resultado fue desastroso para centenas de personas detenidas después del 11 de septiembre. Cuando el gobierno esconde sus actos al público, o cuando sus actos no son transparentes, es posible que se estén escondiendo abusos contra aquellos que se mantienen bajo custodia, como los abogados de América Latina saben por su propia experiencia. Era exactamente esto lo que la prensa y las ONG temían en el caso de estos detenidos, y con razón. A pesar de que en el momento la mayoría recuperó la libertad –algunos fueron deportados de los Estados Unidos pero cientos de ellos fueron dejados en libertad dentro del país– en la primavera de 2003, el inspector general del Departamento de Justicia emitió un documento en el que criticaba el trato a los detenidos.

Parece ser que el inspector general se tomó la tarea de redactar un documento detallado, con más de trescientas páginas, en parte debido a la falta de información pública sobre la situación de las prisiones. Los abusos que identificó eran exactamente los que esperaríamos en esas

13. Center for National Security Studies vs. US Dept. of Justice (DC Cir 2003). Caso nº 02-5254, 02-5300.

circunstancias. En general, los motivos de sospecha eran casi nulos. El inspector general ejemplifica con el caso de un hombre de Oriente Medio que encargó un automóvil a una concesionaria, en septiembre de 2001. Fue detenido por no aparecer a buscarlo y solamente se lo dejó en libertad seis meses después. En otro caso, unos hombres también originarios de Oriente Medio, que trabajaban en la construcción de una escuela de Nueva York, fueron detenidos casualmente a causa de una infracción de tránsito. Quedaron arrestados porque, obviamente, tenían en su poder el plano de la escuela adentro del vehículo. El gobierno sostenía que nadie podía ser dejado en libertad hasta que se descartara la sospecha de terrorismo, de manera que había una gran resistencia a liberar a quien fuera. El período de detención era extremadamente largo: un promedio de más de ochenta días, de lo que se deduce que a menudo era mucho mayor. Los tres organismos públicos involucrados en los procesos –Federal Bureau of Investigation (FBI), Central Intelligence Agency (CIA) y el Servicio de Inmigraciones– no disponían de personal suficiente para procesar un número tan elevado de personas, y además no estaban acostumbrados a coordinar sus trabajos. Sin vigilancia de la población, no tenían ningún incentivo para agilizar los procesos.

El inspector general relató muchos casos en los que los detenidos fueron tratados por las autoridades como si ya hubieran sido condenados por actos terroristas, aunque la mayoría ni siquiera había sido acusada de ningún crimen. Muchos permanecieron confinados en la sección de seguridad máxima de la Penitenciaría Federal de Manhattan. Las celdas eran pequeñas, las luces y las cámaras de video estaban permanentemente prendidas y los prisioneros siempre salían esposados de sus celdas. Durante las dos primeras semanas después del 11 de septiembre, se les impidió que entraran en contacto con sus familias y abogados, y ni siquiera tuvieron autorización para realizar llamadas telefónicas. Algunos contaron que los guardias los amenazaban con frases del tipo: “nunca más irán a salir de aquí”.<sup>14</sup>

En síntesis, el informe del inspector general es un documento oficial extraordinario. Recomienda varios cambios en los procedimientos de los organismos del

14. US Dept. of Justice, Office of the Inspector General, “The September 11 Detainees: A Review of the Treatment of Aliens Held on Immigration Charges in Connection with the Investigation of the September 11 Attacks” (Washington DC, abril de 2003).

gobierno, aunque dos meses después informara que muchos de los mismos aún no habían sido adoptados.

La detención de este primer grupo de centenas de individuos, por peor que haya sido, no puso fin a los problemas enfrentados por los extranjeros después del 11 de septiembre. El servicio de inmigración creó un sistema especial de registro para hombres y niños de varios países, en su mayoría árabes o musulmanes.

Se obligó a miles de hombres a presentarse ante las autoridades para registrarse, siendo que muchas veces eran detenidos sin previo aviso. En Los Ángeles, en diciembre de 2002, las autoridades de inmigración detuvieron a cuatrocientas personas, manteniendo a muchas de ellas en duras condiciones y en celdas abarrotadas.<sup>15</sup>

Las detenciones en masa, que tenían como única justificación el hecho de que los detenidos eran originarios de Oriente Medio, generaron pánico y desconcierto entre la comunidad musulmana esparcida por todo el territorio estadounidense.

Si las detenciones en los Estados Unidos afectaron a miles de personas, la prisión de los llamados “combatientes enemigos” provocó cuestiones legales más serias. En estos casos el gobierno omitió, o se rehusó a presentar acusaciones, e inclusive se opuso a llevar a estas personas ante los tribunales.

En acciones antiterroristas emprendidas fuera del territorio estadounidense, sobre todo en Afganistán, el ejército y otros organismos detuvieron a centenas de personas, la mayoría fue encaminada a la base estadounidense de Guantánamo, en Cuba. Aunque teóricamente el gobierno cubano es soberano sobre este territorio, fue arrendado a los Estados Unidos durante cien años para que estableciera una base militar.

Algunos de los detenidos en Guantánamo alegan que fueron capturados por casualidad, en operativos realizados por tropas locales de Afganistán y que jamás lograron que se los escuchara en tribunal alguno. El gobierno de los Estados Unidos adoptó varias medidas que no son totalmente compatibles con las leyes internacionales pero que tuvieron buena repercusión en los tribunales locales y ante la opinión pública. Aquellos que fueron capturados durante una guerra, así parece, deberían ser tratados como prisioneros de guerra, de acuerdo con la Convención de Ginebra de 1949. En los

15. Lawyers Comm for Human Rights, “Imbalance of Powers”, 43 (2003).

términos del artículo 5° de la Tercera Convención de Ginebra, los detenidos cuyo status legal fuera discutible deberían tener derecho a una audiencia en un “tribunal competente” para determinar ese status. Sin embargo, los Estados Unidos jamás aceptaron que algún detenido fuera denominado “prisionero de guerra”. En nombre de los prisioneros se presentó una denuncia a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; y el 12 de marzo de 2002, la Comisión adoptó medidas cautelares, exigiendo que los Estados Unidos “tomaran los recaudos necesarios para que un tribunal competente determinara el status legal de los prisioneros en la base de Guantánamo”. Por lo que me consta, hasta ahora los medios de comunicación y el gobierno siguen ignorando esta importante decisión.

En vez que un tribunal determinara el status legal de los prisioneros, el gobierno de los Estados Unidos los designó “combatientes enemigos”, término desprovisto de un significado exacto en la ley internacional. Algunos intentaron obtener un hábeas corpus para aclarar su situación, alegando que cualquier persona privada de la libertad por funcionarios estadounidenses en zona controlada por los Estados Unidos tenía ese derecho. El gobierno sostuvo que Guantánamo se encontraba fuera de la jurisdicción de los Estados Unidos, y agregó que como los prisioneros no tenían derechos de ciudadanos, no había una jurisdicción habilitada para emitir un hábeas corpus. El tribunal de apelaciones acató los argumentos del gobierno y rechazó la petición.<sup>16</sup>

16. *Al Odah vs. US* 321 F.2d 1134 (DC Cir. 2003).

Por lo que parece, el gobierno confinó a estas personas en Guantánamo para poder alegar que los tribunales estadounidenses no tenían jurisdicción sobre ellas, táctica que obtuvo éxito. Creo que los tribunales están aliviados por haber podido evitar la revisión de las decisiones estatales sobre el motivo de las prisiones. Sin embargo, esto solo deja abierta la cuestión sobre lo que el gobierno pretende de los prisioneros, y en ese punto la cuestión es muy clara: quiere saber todo sobre el terrorismo. Quiere interrogar a los prisioneros hasta estar seguro de que consiguió todas las informaciones posibles. El gobierno dejó en libertad a algunas personas que aparentemente no sabían nada. Queda clara la razón por la cual el gobierno no encuadra a los detenidos como “prisioneros de guerra”; si así fueran denominados, no tendrían obligación de suministrar informaciones a sus captores.

Existen dos casos de ciudadanos detenidos en los Estados Unidos calificados como “combatientes enemigos” que enviaron pedidos de hábeas corpus. Pero sus casos no pueden ser descartados con tanta facilidad como los de Guantánamo, porque exponen perfectamente la cuestión de los poderes del ejecutivo. Incluso siendo tan pocos, son jurídicamente significativos.

El primer caso, Hamdi, involucra a un ciudadano estadounidense que efectivamente combatió en Afganistán al lado del Talibán. El presidente lo declaró “combatiente enemigo” y lo envió a un centro de detención militar. Su padre presentó un pedido de hábeas corpus para que se determinara su status legal, pero el tribunal de apelaciones emitió un dictamen restricto.<sup>17</sup> El tribunal decidió que, tratándose de un ciudadano, tenía derecho a requerir el hábeas corpus. Pero, según el tribunal, en tiempo de guerra es el presidente quien tiene el poder de calificar a un sospechoso como “combatiente enemigo”, determinación que los tribunales no pueden rever. De esta forma, el tribunal no podría concederle el hábeas corpus ni ayudarlo de ninguna manera. Con relación al argumento de que Hamdi tenía derecho a una audiencia en los términos de la Convención de Ginebra, el tribunal simplemente sostuvo que la Justicia Federal de los Estados Unidos no tenía jurisdicción para examinar casos comprendidos por la Convención. Este quizás sea un caso menos alarmante, porque aparentemente Hamdi participó de un ejército enemigo.

El caso que sigue es mucho más perturbador. Nadie alega que José Padilla, ciudadano estadounidense, haya participado de algún combate contra los Estados Unidos, en cualquier sentido relevante del término. Primero se lo detuvo como testigo, bajo sospecha de que tuviera conocimientos sobre actividades terroristas. Se designó a un abogado para que lo representara. Nada de especial en los días de hoy. Repentinamente, como el gobierno sospechaba de una importante conexión con conspiradores terroristas, Padilla fue declarado “combatiente enemigo” y puesto bajo custodia militar. Ni su abogado ni cualquier otra persona tuvieron autorización para contactarlo, de modo que estaba permanentemente incomunicado. Su abogado presentó un hábeas corpus. Como en el caso anterior, el tribunal sostuvo

17. Hamdi vs. Rumsfeld, 316 F. 2d 450 (4th Cir. 2003).

18. Padilla ex. rel. Newman vs. Bush, 233 F. Supp. 2d 564 (S.D.N.Y. 2002).

que Padilla tenía derecho a hacer la petición y que el presidente tenía poder para declararlo “combatiente enemigo”.<sup>18</sup> Pero el tribunal también agregó que el acusado tenía derecho a cuestionar la base de tal decisión y que precisaría consultar a su abogado; o sea, no se lo podía mantener incomunicado. Fue este el punto que suscitó el conflicto con el ejecutivo.

El gobierno se negó a cumplir la orden e intentó que el juez cambiara de idea. El magistrado, un juez de primera instancia de la Justicia Federal, se quedó evidentemente frustrado e incluso enfurecido. Sin embargo, el gobierno jamás permitió que Padilla viera a su abogado y el juez desistió y encaminó el caso como recurso extraordinario, que aún no ha ido a juicio. Mientras intentaba mantener a Padilla incomunicado, el gobierno finalmente explicó lo que sus interrogadores querían. Aquí cito la declaración de un comandante de la Defense Intelligence Agency (DIA):

*Desarrollar el tipo de relación de confianza y dependencia necesaria para realizar interrogatorios eficientes es un proceso que puede llevar mucho tiempo. Existen muchos ejemplos de situaciones en las que los interrogadores fueron incapaces de obtener valiosas informaciones durante meses, incluso años, después de iniciado el proceso.*

*Cualquier cosa que amenace la confianza y la dependencia establecidas entre el interrogado y el interrogador amenaza directamente el valor del interrogatorio como instrumento para obtener informaciones. Hasta las interrupciones aparentemente inofensivas pueden ejercer un impacto psicológico en las delicadas relaciones entre el interrogado y el interrogador. Cualquier inclusión de consejos en las relaciones entre interrogado e interrogador –aún por un tiempo limitado o para un fin específico– puede echar a perder meses de trabajo e interrumpir permanentemente el proceso de interrogación.*

Creo que el significado de todo esto está claro. Las autoridades alegan que el presidente tiene poder para excluir a una persona de un proceso en tribunales y recluirla bajo custodia militar. En verdad, se va más lejos aún, se alega que un hombre no será torturado, sino solamente interrogado, hasta que dé las respuestas esperadas. Si el tribunal afirma que las autoridades no pueden actuar de ese



modo, sencillamente desobedecerán la determinación judicial.

Esta situación muestra semejanzas con las condiciones jurídicas vividas durante las dictaduras militares en América Latina. El gobierno afirma que puede detener y dejar bajo custodia militar a cualquier individuo cuando lo considere necesario. En esta condición permanecerá incomunicado y a merced de interminables interrogatorios. Un recurso de hábeas corpus o cualquier otro similar se torna inútil, aunque técnicamente sea plausible. El acusado puede presentar la solicitud, pero si el tribunal lo acata el gobierno desafiará al tribunal. Esto deja a los tribunales en una situación embarazosa, pues no poseen medios para que se cumplan sus determinaciones sin el auxilio del poder ejecutivo, y si se desafían sus determinaciones, quedan en condiciones peores de las que tendrían si jamás hubieran acatado el pedido. Es probable que busquen los medios que eviten diferir tal petición.

El triste historial de las detenciones durante períodos represivos anteriores llevó al sistema interamericano de derechos humanos a establecer una instancia específica para recursos de hábeas corpus. Como posiblemente ya saben, en la década de 1980 la Corte Interamericana determinó que el hábeas corpus es un derecho básico de tal importancia que no puede ser suspendido, incluso en situación de emergencia nacional; es decir, no se puede derogar.<sup>19</sup> Creo que no hay duda de que la corte busca dejar claro para los gobiernos de Occidente que el modelo de detención e interrogatorios que mantiene a los individuos incomunicados y sin recursos legales, es una herramienta esencial de la represión. Si el poder de los tribunales de acatar las peticiones de hábeas corpus es reconocido, el poder de la represión será ampliamente disminuido. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no es tan preciso; manifiesta que la protección del hábeas corpus puede ser suspendida en situaciones de emergencia nacional, pero solo si se presenta una declaración minuciosa de las condiciones de emergencia ante el Secretario General de las Naciones Unidas.

Naturalmente, el gobierno de los Estados Unidos no hizo tal declaración y es muy poco probable que lo haga. La Constitución de los Estados Unidos determina que el

19. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 8/87 y 9/87.

20. US Constitution, artículo 1º, sección 9, cláusula 2.

derecho al hábeas corpus no puede ser suspendido, excepto “en casos de insurrección o invasión, cuando la seguridad pública así lo exija”.<sup>20</sup> El gobierno estadounidense no asumió la actitud oficial de suspender el hábeas corpus o cualquier otro derecho, ya que políticamente sería muy difícil que adopte tal postura. En cambio, evitó enfrentar el problema asumiendo la postura de que, en efecto, aquellos que son declarados “combatientes enemigos” no tienen derecho a los beneficios de esta disposición, ni siquiera en los casos en que sean ciudadanos. Sin duda, el gobierno diría que está involucrado en una guerra contra el terrorismo y que Padilla participó de esta guerra, lo que implica que a cualquier persona acusada de conexión con el terrorismo extranjero se la puede detener y mantener incomunicada, sin derecho a un recurso eficaz. Se trata de una posición asombrosa y peligrosa.

¿Qué lecciones podemos extraer de estas experiencias análogas en las dos mitades del hemisferio? Las mismas nos dan a entender que las respuestas de los gobiernos a las graves amenazas contra la seguridad nacional probablemente serán similares. El gobierno no aprovecha la amenaza solamente para reaccionar contra sus enemigos, sino también para controlar y disciplinar a la mayoría de la población, sean ciudadanos del país o extranjeros. De este modo, estará justificando las violaciones a la privacidad, los procesos políticos y las detenciones en masa. Intentará mantener su actuación en secreto, tanto como le sea posible, para que haya menos protestas políticas, y el propio sigilo tanto ocultará como reforzará los abusos. Más importante aún, el gobierno dejará claro a los tribunales que, si se desafía al ejecutivo, el ejecutivo en contrapartida los desafiará. Es posible que incluso un Poder Judicial totalmente independiente dude de su eficiencia en tales circunstancias.

Por otro lado, no quiero pintar un panorama totalmente negro. Seguramente, hay problemas en los Estados Unidos que apuntan para un cuadro de represión. Las violaciones a la privacidad, el aumento de la vigilancia política, la interferencia en el trabajo de los abogados, el asedio a individuos a causa de sus relaciones con árabes o musulmanes, el sigilo gubernamental y las detenciones sin derecho a recurso y que apuntan a interrogatorios

indefinidos, son problemas perturbadores. En verdad, son intimidatorios, tanto para el Poder Judicial, como para todos nosotros en los Estados Unidos.

Sin embargo, hay una oposición muy fuerte contra las medidas adoptadas hasta ahora. Miles marchan en manifestaciones contra el gobierno y decenas, como yo, escriben artículos criticando al gobierno. Hasta el momento no se tomó ninguna medida seria contra nosotros. El secretario de Justicia ha viajado por el país, intentando contraponerse a las críticas, lo que significa que la cuestión empieza a preocupar al gobierno. Algunos jueces, sobre todo los de primera instancia, han rechazado la argumentación jurídica del gobierno, aunque no han sido muy afortunados en las apelaciones. No obstante, el proceso de apelaciones no terminó, y algunos funcionarios del gobierno ya se manifestaron contra los abusos gubernamentales, como en el caso del inspector general frente a la detención de extranjeros.

Aunque el Congreso no haya hecho nada para resistir al USA Patriot Act en 2001, rechazó algunos intentos para implantar otros programas represivos en los dos últimos años. Algunos de los mecanismos más avasalladores de fiscalización incrustados en esta ley serán derogados en 2005.<sup>21</sup>

Además, el USA Patriot Act no mostró ser una medida completamente represiva. Para aplacar la polémica que suscitó, el Congreso determinó en uno de los artículos de la ley que el inspector general del Departamento de Justicia debería recibir los reclamos contra la violación a la libertad civil e informar al respecto.<sup>22</sup> Fue ese dispositivo lo que le permitió al inspector general conducir las investigaciones. Podría haber ignorado la determinación, o simplemente efectuar la investigación superficialmente, y muy pocos lo habrían notado. Al contrario, se tomó el trabajo en serio. Mientras haya ciudadanos conscientes y funcionarios responsables, los poderes de la represión permanecerán restrictos.

21. USA Patriot Act, sección 224.

22. USA Patriot Act, sección 1.001.



## SERGIO VIEIRA DE MELLO

Nació en Río de Janeiro, en 1948. A los 21 años, cuando cursaba filosofía y ciencias humanas en la Sorbona, comenzó su brillante carrera en las Naciones Unidas, a lo largo de la cual acumuló un admirable historial de exitosas misiones.

Trabajó la mayor parte del tiempo para el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), en Ginebra. En 1981, fue nombrado asesor político principal de las fuerzas de las Naciones Unidas en el Líbano. Posteriormente desempeñó distintas funciones importantes en la sede del ACNUR en Camboya y en África Oriental, hasta ser nombrado Alto Comisionado Asistente en 1996. Por un breve período, actuó como representante especial del Secretario General en Kosovo y como administrador provisional en Timor del Este. El 12 de septiembre de 2002, fue nombrado Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, función que debió suspender en mayo de 2003 para actuar como Representante Especial del Secretario General Kofi Annan en Irak. Cuando desempeñaba esta última misión falleció, en circunstancias trágicas, el 19 de agosto de 2003.

Presentamos aquí dos textos de su autoría. El primero comenta el papel de las Naciones Unidas ante el conflicto en Irak y las graves amenazas actuales a los derechos humanos y la seguridad internacional. El segundo aborda cuestiones cruciales para la comprensión de los derechos humanos en la actualidad.

## REDEFINIR LA SEGURIDAD

Sergio Vieira de Mello



La preponderancia militar de los Estados Unidos y Gran Bretaña no debe inducirnos a pensar que la estabilidad internacional pueda garantizarse por la fuerza. Si el sistema internacional quiere basarse en algo distinto al poder, los Estados tendrán que volver a la institución que construyeron: las Naciones Unidas. Esta institución atraviesa una grave crisis. Debemos encontrar formas de resolverla, o nos enfrentaremos con terribles consecuencias. Los debates acerca de Irak antes de la guerra y ahora, en el período subsiguiente, han demostrado que las potencias del mundo son incapaces de dialogar en un lenguaje común. Esto se ha visto de la manera más dramática en las instituciones internacionales. Desde el principio de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad ha sido responsable de la seguridad, y la Comisión de Derechos Humanos ha aspirado a proteger los derechos humanos. Sin embargo, en el caso de Irak, el Consejo ha sido, y al parecer sigue siendo, incapaz de ponerse de acuerdo acerca de la seguridad y el papel de las Naciones Unidas. De modo similar, la Comisión de Derechos Humanos está demostrando ser casi incapaz de discutir sobre los derechos humanos.

¿Existe una forma de renovar, o de redescubrir, un lenguaje común que nos permita salir del actual punto muerto? Creo que sí la hay, siempre que podamos cambiar de forma radical

la relación entre seguridad y derechos humanos. El debate del Consejo de Seguridad versó sobre las armas de destrucción masiva, una cuestión clásica de seguridad y sumamente familiar para el Consejo desde su inicio. Pero no fue capaz, o no tuvo la voluntad, de reconocer que su mandato es más amplio, que se extiende más allá de los límites de esa estrecha base. El debate del Consejo no trató sobre las muchas otras cuestiones de interés evidente para sus miembros, como la falta de democracia en Irak o los horrores sistemáticos infligidos por su Gobierno a los oponentes políticos, reales o imaginarios. El Consejo de Seguridad se mostró incapaz de hablar acerca de un tema más amplio: cómo ocuparse de los riesgos para la seguridad planteados por un Gobierno que violaba flagrantemente los derechos humanos de sus ciudadanos y que, dada la tendencia que tiene la brutalidad a forzar sus límites, a continuación se dedicó a atacar a sus vecinos. En fin, dió la impresión de que los principales participantes en el debate hablaban de una cosa mientras en mente tenían otra.

Quizá los miembros del Consejo de Seguridad pensaron que sería más apropiado abordar las cuestiones de derechos humanos en la Comisión de Derechos Humanos. Pero en el actual período de sesiones de la Comisión, muchos de los 53 Estados representados han alegado que esta no debería considerar la cuestión de Irak, puesto que el Consejo de Seguridad ya lo estaba haciendo. Algunos argumentaban que los asuntos iraquíes tenían que ver principalmente con la seguridad, no con los derechos humanos, y por tanto debían seguir siendo competencia del Consejo. Otra línea de argumentación sostenía que los derechos humanos en Irak eran esencialmente una cuestión relacionada con la guerra, dado su penoso costo en vidas de civiles, y no con las violaciones de los derechos humanos que precedieron durante largo tiempo el conflicto bélico. Sin embargo, el deseo manifiesto de la mayoría de los Estados, tanto en Ginebra como en Nueva York, ha sido evitar abrir una discusión sobre los derechos humanos en Irak.

En las semanas anteriores al comienzo de la guerra en Irak, hablé con muchos de los protagonistas del debate del Consejo. Debería ser algo obvio, pero quizá merezca la pena mencionar que ninguno de ellos sentía animadversión hacia las Naciones Unidas; ninguno quería que el Consejo de Seguridad no

alcanzase un consenso sobre Irak. Lo que les faltaba era encontrar la manera de hablar acerca del problema –de enmarcarlo políticamente–, de modo que el Consejo de Seguridad pudiera llegar a un consenso. El atolladero en la Comisión de Derechos Humanos fue similar, y quizá peor. Ambos foros de discusión carecieron de un modo de conceptualizar la seguridad como una cuestión de derechos humanos, y tampoco pudieron reconocer que las violaciones graves de los derechos humanos constituyen, muy a menudo, el núcleo de la inseguridad interna e internacional.

No es un problema nuevo. Consideremos la lista de los últimos fracasos de las Naciones Unidas, muy especialmente su incapacidad para evitar el genocidio en Ruanda y la masacre de Srebrenica. ¿Qué tenían estos casos en común? Fueron emergencias graves, más tarde horribles matanzas, cuya naturaleza no encajaba en los esquemas conceptuales del Consejo de Seguridad y ni siquiera en los de la Comisión de Derechos Humanos. No eran amenazas a la seguridad internacional en el sentido en que el Consejo las reconoce y entiende convencionalmente, y la Comisión de Derechos Humanos tampoco fue capaz de producir alguna acción que frenara su terrible avance. Este es el fracaso político distintivo de nuestra era: la incapacidad de comprender la amenaza para la seguridad que suponen las violaciones graves de los derechos humanos, y la incapacidad de lograr consensos prácticos a la hora de actuar contra la amenaza. Sin duda, ahora podemos ver, al contemplar la pérdida de miles de vidas en Irak, que el precio de nuestro fracaso se está haciendo mayor. Y ya era trágicamente alto.

Debemos recurrir a los Estados miembros de las Naciones Unidas, especialmente a los que se sientan en el Consejo de Seguridad y sobre todo a China, los Estados Unidos, Francia, el Reino Unido y Rusia, para lidiar con este fracaso y superarlo de alguna forma que se base en el examen de sus responsabilidades, no de sus rivalidades. Criticar a las Naciones Unidas como tal por no haber alcanzado un consenso sobre Irak es equivocarse de plano.

Cuando los Estados miembros enredan sus propias normas o desbaratan su propia arquitectura política colectiva, es un error culpar a las Naciones Unidas o a su Secretario General, cuyos buenos oficios no se emplean lo bastante a menudo. Kofi Annan ha abogado incansablemente en pro del consenso

sobre estas cuestiones vitales, pero no puede forzarlo. Y tampoco estoy yo en la situación de poder hacerlo en la Comisión de Derechos Humanos, cuyos mandatos lleva a cabo mi oficina, pero que yo no dirijo ni controlo. En ambos lugares, el poder reside justamente en los Estados miembros, que deben encontrar un modo de usarlo para tratar los derechos humanos como un factor esencial de la seguridad interna e internacional.

Los Estados miembros de las Naciones Unidas tienen una oportunidad única. Con sus últimas acciones han puesto aún más de manifiesto algunas de las carencias de la institución que crearon (pero también han puesto de relieve algunos de sus puntos fuertes). Todos los Estados, especialmente los miembros del Consejo de Seguridad, deberían aprovechar esta oportunidad para examinar sus relaciones como es debido y estudiar los medios disponibles para llevar a cabo una reforma. Las definiciones disfuncionales de la seguridad han revelado su inutilidad ante la crisis que envuelve hoy a nuestro mundo. Actualmente, el pueblo de Irak, que ha sufrido durante tanto tiempo, es quien soporta principalmente el dolor, primero, de la guerra y ahora de una paz refutada y polémica.

Tiene que quedar claro que ha llegado la hora de que todos los Estados redefinan la seguridad mundial, para situar los derechos humanos en el centro de este concepto. Al hacerlo, todas las naciones deben ejercer su responsabilidad de manera acorde con su fuerza. Solo entonces los Estados responsables, en lugar de los meramente fuertes, serán capaces de aportar una estabilidad duradera a nuestro mundo.



# CINCO CUESTIONES SOBRE DERECHOS HUMANOS\*

Sergio Vieira de Mello



Me abocaré aquí a solo cinco cuestiones para las cuales no tengo respuestas; o tal vez tenga un principio de respuesta para cada una. Por cierto, podría haber agregado otras más. Pensé en esa hipótesis, pero decidí limitarme a estas cinco, que Scott Malcolmson, recién llegado a mi gabinete, me ayudó a concatenar.

## 1. Terrorismo no estatal

En este simposio, innumerables conferencistas han abordado esta cuestión, a la que Mary Robinson<sup>1</sup> se refería como la “cuestión T”: el terrorismo no estatal.

Hace dos años, difícilmente alguien hubiera sido capaz de imaginar cuán agradecidos podríamos llegar a estar de la previsibilidad del terrorismo de Estado, y esto era relativamente comprensible. Y difícilmente alguien hubiera podido imaginar cuán desorientados e impotentes nos sentiríamos, después de septiembre de 2001, ante esta nueva y horrible forma de criminalidad internacional. Tales crímenes asumieron características irreconocibles en relación con el terrorismo de Estado, porque este puede ser contenido, por decirlo de alguna forma. El terrorismo no estatal no puede ser contenido de maneras similares; no por lo menos con algunos de los medios que vienen siendo utilizados. Volveré sobre este punto más adelante.

\* Conferencia pronunciada en el simposio del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Nueva York, 18 de febrero de 2003.  
[Texto editado]

1. Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 1997-2002.

Al observar los actos recientes de terrorismo no estatal, se tiende a dar explicaciones muy amplias, ninguna de ellas demasiado convincente. Cuando el terror es de Estado, vamos en busca de aquel Estado. Con el terrorismo no estatal, tendemos a buscar causas más evidentes, como la jerarquía del poder mundial o la gravedad de la situación en las regiones más miserables del mundo. Tendemos incluso a considerar lo que sucede en los territorios ocupados en Israel. Con todo, aun cuando se articularan todas estas explicaciones, no seríamos capaces de esclarecer la génesis y la lógica de esas formas de terrorismo.

En otras palabras, lo cierto es que el terrorismo no estatal no es totalmente nuevo. De algún modo, sería visto como una categoría en la cual algunos Estados pueden situar a sus opositores y después hacer lo que quieren, con la explicación de que esos terroristas, por no ser estatales, están fuera del alcance de la ley. Los riesgos de este tipo de abusos son grandes, conforme Mary Robinson y yo relatamos al comité antiterrorista del Consejo de Seguridad, al que someteré un informe sobre el tema basado en la comprensión oportunista de la novedad que representa un grupo como Al Qaeda.

A pesar de todo, no es fácil incluir el terrorismo no estatal en las categorías de los derechos humanos. Por ejemplo, se ha señalado que el asesinato de civiles en gran escala por motivaciones políticas, con la intención de infundir el terror, tiene como objetivo amenazar o socavar los derechos humanos. Llegué incluso a oír a uno de los principales patrocinadores de nuestra oficina y de la causa de los derechos humanos decir que yo no debería usar la expresión “grave violación de los derechos humanos” cuando me refiriese a actos terroristas, pues tales violaciones estaban restringidas a la práctica estatal; solo los Estados podrían actuar contra los derechos humanos.

Ahora bien, aunque yo aprecie estos razonamientos cuidadosamente elaborados, y hay de hecho razones poderosas, también creo que la mayoría de la gente encontraría curioso este tipo de discurso, cuando no evasivo. Y creo que tal preciosismo no impresionaría a un gobierno decidido a repeler estos ataques.

Estos son problemas reales. Como defensores de los derechos humanos, cuando nos enfrentamos con algo nuevo debemos encontrar nuevas respuestas que sean plausibles para los Estados, pero también para los activistas de los derechos humanos y para las personas que se encuentran del lado de afuera de esos dos

círculos, o sea, la vasta mayoría, que puede buscarnos para que le brindemos una orientación. Debemos ser cautelosos, es verdad, pero también rápidos y enérgicos.

## 2. Límites de crecimiento de los derechos y pactos de derechos

La segunda cuestión se refiere a los límites de crecimiento de los derechos humanos. ¿Cuántas categorías de derechos humanos puede haber en el mundo? Tal vez estemos ilusionándonos, particularmente en cuanto a los mecanismos de la Comisión de Derechos Humanos.

Sospecho, obviamente, que aún hay otras categorías o áreas a ser descubiertas. En otras palabras, la expansión de los derechos o, de modo más preciso y modesto, la expansión de las categorías de derechos, han hecho de los últimos 25 años un período particularmente inspirador. [...]

Creo que esto ha sido real, principalmente en relación con los derechos de la mujer. Es muy verdadero para los derechos al desarrollo, a los cuales tal vez no hayamos prestado la debida atención aquí, pero que continuarán siendo un motivo de discordia en los mecanismos de la Comisión de Derechos Humanos, como pude atestiguar en el encuentro del Grupo de Trabajo sobre el Derecho al Desarrollo, que tuvo lugar por cuarta vez en Ginebra, recientemente. [...]

Estuve presente el día que asumió nuestro nuevo presidente en Brasilia, el 1 de enero, y necesito contarles que me sentí orgulloso de ser brasileño cuando lo oí afirmar, en su discurso ante los parlamentarios, que sentía “vergüenza” (esa palabra tan fuerte), y que todos los brasileños deberían sentir lo mismo, de que otros brasileños padecieran hambre y fueran excluidos de derechos económicos y sociales fundamentales, como el acceso a la salud, a la educación y al trabajo.

A la mañana siguiente, me concedió una audiencia. Pasamos gran parte del tiempo discutiendo la separación más que anacrónica entre derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales. El presidente me dijo que en el Brasil, paradójicamente, habíamos recuperado la mayoría de los derechos civiles y políticos (la mayoría, debo resaltar), antes de ser capaces de adquirir los derechos económicos y sociales, cuando tal vez, lógicamente, debiera ser lo contrario.

Aun así, hay un límite para la expansión de esas diferentes categorías de derechos, así como hay un límite para la

proliferación de pactos, mecanismos y procedimientos especiales.

Curiosamente, en ese encuentro del Grupo de Trabajo sobre el Derecho al Desarrollo al que me referí, Japón llegó a sugerir que el derecho al desarrollo estaba siendo usado de manera inadecuada, y que podría llevar a una inútil retomada del concepto de un Nuevo Orden Económico Internacional, de las décadas de 1960 y 1970, o sea, que básicamente estábamos perdiendo el tiempo.

Yo sugeriría que no es exactamente así y que, al contrario, hemos ido mucho más allá de los debates algo fútiles de los años sesenta y setenta sobre el nuevo orden económico internacional, claramente vinculados a los días de la guerra fría. Y, si nos estamos engañando, no es por tratar cuestiones fundamentales, como el derecho al desarrollo, sino tal vez por desviar nuestra atención hacia otros temas que son de algún modo secundarios.

Estoy plenamente convencido [...] de que deberíamos trabajar, aún más que mis predecesores –y en estos pocos primeros meses es lo que he venido haciendo–, con las dirigencias de las instituciones financieras internacionales y, sin duda, con el nuevo director general de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Es particularmente en estas áreas donde residen algunos de los obstáculos fundamentales para la realización de estos derechos, además de las necesarias reformas de ámbito nacional, que en mi opinión los países en desarrollo deberían realizar. Digo esto porque todos sabemos qué es lo que está bloqueando el acceso a medicamentos baratos para combatir el virus del sida. Sabemos qué es y dónde está siendo bloqueado, y es en Ginebra, en la OMC. [...]

### 3. Religión

Pasemos a la tercera cuestión: ¿puede el campo de los derechos humanos mejorar sus relaciones con la religión?

Aunque la libertad de religión sea reconocida como un derecho humano, salvaguardada por tratados internacionales, la libertad de culto es probablemente el derecho humano más antiguo de todos, que estableció el modelo para el concepto de derechos de grupo, así como los patrones para los derechos transnacionales y supranacionales. [...]

Sin embargo, en los círculos que tratan de derechos humanos, se tiene hace mucho tiempo la sensación de que la libertad de culto es al mismo tiempo un vestigio y un precursor. Se tiene la

sensación de que, aunque la vida religiosa, por su propia característica, sitúe sus objetivos mucho más allá de lo cotidiano, constituye al mismo tiempo una de las actividades humanas más ricas desde el punto de vista local e histórico.

Hay una coexistencia inestable de la religión con las principales corrientes de pensamiento de los derechos humanos. Así, por ejemplo, la religión es, a menudo, una forma de entrada demasiado agresiva para encuadrarla bien en la categoría de la diversidad cultural.

Me he debatido con estos conceptos en las últimas semanas, pero todavía no encontré una respuesta satisfactoria.

A lo largo de las últimas décadas, parece que nosotros, los del universo de los derechos humanos, tuvimos que admitir que hubo un aumento, y no una disminución, de la fuerza del sentimiento religioso. Si basamos nuestro abordaje de la religión en la idea de que la fe irá, a su debido tiempo, desapareciendo o volviéndose políticamente insignificante, pienso que estaremos condenados al fracaso y engañándonos a nosotros mismos.

¿Defendemos la libertad de religión o la libertad de formas extremas de religión, como el fundamentalismo?

No es muy simple trazar esta distinción, pues cristianos, judíos o musulmanes, y posiblemente también otras religiones (aunque yo haya buscado, pero no logrado encontrar formas de extremismo en la religión budista), conocieron distintos modos de extremismo. ¿En qué momento la defensa de la libertad de culto o, en realidad, de la diversidad cultural, cruza la línea para pasar a defender algo que quiere o pretende restringir aquellos derechos más generales por los cuales luchamos?

#### 4. Intereses de Estado

Paso ahora a la cuarta cuestión: ¿podremos perfeccionar nuestra comprensión del interés de los Estados? En la medida en que los Estados pasaron a integrar a sus prácticas la preocupación con los derechos humanos (lo que sin duda ha sucedido), también aprendieron a manipular los derechos humanos para servir a sus propios fines.

Los peligros aquí son grandes. Al fin y al cabo, no obstante, o los Estados entenderán que los derechos humanos son útiles o, mejor incluso, fundamentales para su interés nacional, o los derechos humanos conocerán un futuro algo limitado y agotado.

El discurso de los derechos humanos muchas veces parece

aspirar a la desaparición final de los Estados en favor de los derechos humanos universales, o, por lo menos, esta es la visión simplista que algunos tienen de la retórica de los derechos humanos. Por analogía con la religión, el gobierno mundial es la escatología de los derechos humanos. Pero en nuestra área, como en teología, el final de los tiempos todavía está en un futuro distante, y podemos decirlo con toda franqueza.

Los derechos humanos no pueden ir muy lejos sin los Estados, y debemos enfrentar la cuestión del interés de Estado si queremos que los derechos humanos figuren en la agenda principal. Esto no es un consejo inspirado por la desesperación; antes, creo que nos irá mucho mejor si pensamos de modo tangible en Estados específicos y épocas específicas y planeamos nuestra intervención teniendo esto en mente. Y debemos siempre tratar de articular los derechos humanos en términos de oportunidades, así como de obligaciones. [...]

## 5. Resultados prácticos en derechos humanos

Finalmente, la cuestión de los resultados prácticos, que está relacionada con las otras cuatro. Nuestra actuación debe producir un impacto sobre las vidas mientras estas son vividas. Digo esto claramente, porque entiendo que es algo que se puede ver claramente, como ocurrió conmigo a lo largo de estos 34 años que pasé sirviendo a esta organización –felizmente, durante la mayor parte del tiempo, en el frente de batalla, y no solo en Nueva York o Ginebra.

Al lidiar con derechos humanos, lidiamos con el poder que se manifiesta en lo cotidiano. Nos oponemos, es verdad, a muchas formas de poder y a abusos de poder, pero también, inevitablemente, recurrimos al poder. Puedo concebir motivos estratégicos para fingir que las cosas se procesan de otro modo –tenemos, sin duda, esa capacidad–, pero también puedo pensar que no hay razón para creer que las cosas sean diferentes.

Como Alto Comisionado, estoy tratando de enfatizar de qué modo la presencia en campo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos puede afectar a esta situación. Este ha sido el centro de mi propia experiencia. “¿Cómo puedo hacer para que esto funcione ahora?": esta es la cuestión difícilísima que intento responder. ¿Cómo puedo fundir el más elevado nivel de sofisticación, del que creo que disponemos, y de consistencia jurídica, de

la que me parece que no disponemos, con las vidas cotidianas de personas que desesperadamente necesitan nuestra ayuda y no pueden quedar esperando? Seguramente no necesitan *workshops*, aunque este aquí sea particularmente útil, pues estamos en medio de una crisis.

Digo esto porque he observado que muchas de las actividades de campo de la que ahora puedo denominar mi oficina están volcadas a acercar a las personas, organizando seminarios y *workshops*. Estas pueden ser útiles a corto plazo, pero no creo que tengan un verdadero impacto de largo plazo en la vida de aquellos que nos necesitan. Y habrá un cambio significativo en el uso de nuestros recursos en este sentido.

Ahora bien, si nuestras reglas y debates no protegen a los débiles, entonces ¿qué valor tienen, cuál es la importancia de encuentros como este? Claro está que no pretendo sugerir que trabajar por el avance de los derechos humanos constituya un mero ejercicio de poder, pues el movimiento por los derechos humanos no se resume a ganar o perder. Se trata de un proyecto abierto. No puedo jamás darme el lujo de cantar victoria, ni tampoco ustedes. Al contrario, precisamos renovar nuestro compromiso con esta lucha y seguramente no podemos anunciar el fin de nada. Si existe algo que podemos anunciar, es solo el inicio.

He oído decir que el así llamado discurso de los derechos humanos está desgastado y que la ola de los derechos humanos ya pasó. Me parece ridículo, tal como a ustedes les debe parecer también. Me imagino que podría ser verdadero si algún día creyéramos que tenemos todas las respuestas. Estoy convencido de que encaramos muchas de las cuestiones acertadamente y de que tenemos algunas de las respuestas. Rescaté respuestas antiguas y reelaboré algunas de ellas. No les ofrecí, deliberadamente, ninguna respuesta. Quisiera poder hacerlo.

Sin embargo, juzgo que, al levantar aquí para la discusión estas cinco cuestiones fundamentales, es posible que ustedes proporcionen algunas pistas, algunas recomendaciones, que me harían querer proseguir en esta tarea al finalizar el día. No creo que debamos ser tímidos, de modo alguno, y este, por cierto, no es un público tímido. Los tiempos no están para la complacencia o el cinismo. Y déjenme repetir lo que dije antes: cuento con ustedes.

---

Traducción: Miriam Osuna

---

Sur – Red Universitaria de Derechos Humanos fue creada en 2002 con el objetivo de nuclear académicos que actúan en el campo de los derechos humanos y de promover la cooperación de estos con agencias de las Naciones Unidas. La red cuenta hoy con más de 130 asociados de 36 países, entre los que se incluyen profesores e integrantes de organismos internacionales y de agencias de las Naciones Unidas.

Sur busca profundizar y fortalecer los vínculos entre académicos que se ocupan de la temática de los derechos humanos ampliando su voz y su participación en órganos de las Naciones Unidas, organizaciones internacionales y universidades. En este contexto, lanza *Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos*, con el objetivo de consolidar un canal de comunicación y de promoción de investigaciones innovadoras. La revista pretende aportar otro punto de vista sobre los temas involucrados en este debate desde una perspectiva que contemple las peculiaridades de los países del hemisferio sur.

*Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos* es una publicación académica semestral editada en inglés, portugués y español, y disponible también en formato electrónico en el sitio <<http://www.surjournal.org>>.

