

***Por el Imperio del Derecho***

---



***La Revista***

---

***Comisión Internacional de Juristas***

***Mundialización,  
Derechos Humanos e Imperio del Derecho***

***Director: Adama Dieng***

---

***1999  
Nº 61***

## ***Cómo asociarse a la Comisión Internacional de Juristas***

La Comisión Internacional de Juristas (CIJ) es una organización no gubernamental dedicada a promover la comprensión y observancia del Imperio del Derecho y la protección jurídica de los derechos humanos en todo el mundo.

Su sede central está ubicada en Ginebra, Suiza. Posee 85 secciones nacionales y organizaciones jurídicas afiliadas. Goza de estatuto consultivo ante el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, la UNESCO, el Consejo de Europa y la Organización de la Unidad Africana.

Sus actividades incluyen una serie de publicaciones periódicas y no periódicas; organización de congresos y seminarios; realización de estudios sobre temas que involucran el Imperio del Derecho y la publicación de informes sobre ello; el envío de observadores internacionales a juicios penales; intervenciones ante gobiernos y difusión de comunicados de prensa referidos a violaciones del Imperio del Derecho; el patrocinio de propuestas dentro de las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales para promover mecanismos y redactar tratados y convenciones tendientes a la protección de los derechos humanos.

Si usted simpatiza con los objetivos y la labor de la Comisión Internacional de Juristas, lo invitamos a apoyar su labor asociándose a ella, en calidad de:

Protector, contribución anual de .....	1000 Francos suizos
Simpatizante, contribución anual de .....	500 Francos suizos
Contribuyente, contribución anual de .....	220 Francos suizos

Los Socios cualquiera sea su categoría, recibirán por correo aéreo ejemplares de todos los informes y publicaciones especiales hechos por la CIJ, incluyendo La Revista, el boletín trimestral (ICJ Newsletter) en el que se da cuenta de las actividades de la Comisión (en inglés), y el Anuario CIJA (Centro para la Independencia de Jueces y Abogados) (en español, francés e inglés).

### ***Suscriptores***

Alternativamente, puede usted suscribirse solamente a LA REVISTA:

Tarifa anual de suscripción, para la edición en español, francés o inglés (se edita dos veces al año):

Por correo aéreo .....	24.00 Francos suizos
Correo aéreo preferente .....	33.00 Francos suizos

El pago puede hacerse en Francos suizos o en su equivalente en otras monedas, sea mediante cheque o a través de la Société de Banque Suisse, Ginebra, Suiza, cuenta N° 142.548; National Westminster Bank, 63 Piccadilly, London W1V 0AJ, cuenta N° 11762837; o Swiss Bank Corporation, 4 World Trade Center, New York, N.Y. 10048, cuenta N° 0-452-709727-00.

El Secretario General, responsable del editorial, actúa de conformidad con la política general definida por la Comisión.

Los artículos expresan la opinión de sus autores; su publicación por la Comisión implica que los mismos han sido considerados de interés general. No obstante, la Comisión se reserva el derecho de no aprobarlos en su totalidad. Los artículos no firmados, excepto el editorial, y bajo indicación expresa, han sido elaborados por el personal de la Comisión, bajo la dirección del Secretario General.

**Comisión Internacional de Juristas**  
P.O. Box 216 CH-1219 Châtelaine/Genève, Suisse  
Tel. (41 22) 979 38 00 - Fax (41 22) 979 38 01  
E-mail: [info@icj.org](mailto:info@icj.org)  
[www.icj.org](http://www.icj.org)

© COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS  
P.O. Box 216 CH-1219 Châtelaine/Genève, Suisse  
Tel. (41 22) 979 38 00  
Fax (41 22) 979 38 01  
E-mail: [info@icj.org](mailto:info@icj.org)  
[www.icj.org](http://www.icj.org)

Primera edición, 1400 ejemplares  
Lima, Perú

Hecho el Depósito Legal Registro N° 2000-3478  
ISSN: 0020-6393

# Contenido

## Artículos

- El Imperio del Derecho en un mundo cambiante  
*Adama Dieng* 7
- La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y el Imperio del Derecho  
en un mundo en transformación  
*Kamil Idris* 11
- La Mundialización y el Imperio del Derecho  
*Andrew Clapham* 17
- Aplicación directa de las normas de derechos humanos a y por las empresas  
transnacionales  
*Laurence Dubin* 39
- Incidencia de la mundialización en los derechos humanos: desafíos,  
oportunidades y cuestiones a investigar por la Comisión Internacional de Juristas  
*Marco Sassoli* 75
- Los derechos de la defensa en la ley y la práctica de los tribunales penales  
internacionales  
*Carlos López Hurtado* 93

## Textos Básicos

- Comisión Internacional de Juristas y el Compromiso de Ciudad del Cabo 123
- Principios Rectores de los Desplazamientos Internos Introducción:  
Alcance y Finalidad 127
- C182 Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 137

## Artículos

### El Imperio del Derecho en un mundo cambiante

Adama Dieng\*

La CIJ ha obrado invariablemente en favor de la integración, la comprensión mutua e, incluso, la armonización de concepciones jurídicas, con independencia de las civilizaciones y filosofías de las cuales éstas derivan. Por tal motivo, tras haber difundido y discutido la Declaración de Bangalore y el Plan de Acción que está en elaboración desde la última Conferencia trienal<sup>1</sup>, pensamos que el paso lógico a seguir era invitar a juristas de todos los continentes a que discutiesen entre sí sus ideas y experiencias, permitiéndonos así enriquecernos con sus conocimientos e interacción. Este proyecto, que surgió en nuestras mentes con todo fervor, se ha transformado hoy en una realidad. Sin embargo, una

empresa tan ambiciosa como la de explorar las diversas cuestiones que se plantean en torno a la *mundialización y el imperio del Derecho* habría continuado siendo un sueño si no hubiésemos recibido tan amplio aliento, asistencia y apoyo<sup>2</sup>.

Al proponer el tema de la mundialización y el imperio del derecho, sabíamos que nos embarcábamos en una peligrosa travesía por aguas agitadas. Parfraseando a nuestro antiguo Presidente, el juez Kéba Mbaye, puedo decir que en cuanto juristas, a todos nos toca consolidar y descubrir los asuntos que permitan a nuestros legisladores, tanto nacionales como internacionales, elaborarlos con confianza.

\* Secretario General de la Comisión Internacional de Juristas. Este artículo ha sido adaptado de un discurso pronunciado durante la sesión inaugural de la Conferencia de la CIJ en Ciudad del Cabo en julio de 1998 sobre «El Imperio del Derecho en un mundo cambiante».

<sup>1</sup> Celebrada en Bangalore, India en octubre de 1995.

<sup>2</sup> La Conferencia de la CIJ sobre el tema «Mundialización y el Imperio del Derecho» tuvo lugar en Ciudad del Cabo, Sudáfrica del 20 al 22 de julio de 1998. Precedió a la Reunión Trienal de la CIJ celebrada al mismo tiempo. El Sr. Dieng expresó su agradecimiento en particular al Comité organizador de la Conferencia compuesto de colegios de abogados sudafricanos y dirigido por NADEL, afiliada de la CIJ. Agradeció asimismo al juez Arthur Chaskalson, Presidente del Tribunal Constitucional de la República de Sudáfrica, todos sus esfuerzos para el éxito de esta reunión. Recordó al mismo tiempo la generosa contribución del Gobierno sueco para esta reunión a través de la agencia sueca internacional de desarrollo (SIDA). El Sr. Dieng también tuvo palabras de gratitud para con el Presidente de la Comisión Sudafricana de Derechos Humanos, Sr. Barney Pitso, por haber establecido las bases de una estrecha colaboración entre las dos organizaciones.

En vísperas del tercer milenio hay a la vez esperanza y temor por el futuro de la raza humana. Hemos sido testigos de violaciones graves, masivas y sistemáticas de los derechos humanos, a menudo con un sentimiento de total impotencia para hacer algo. Ningún continente ha estado a salvo. Si el siglo XVIII fue el de las luces, el XX ha sido, desgraciadamente, el siglo de los genocidios. No obstante que los progresos de la ciencia y la tecnología hayan sido los mayores registrados hasta ahora, los gritos y llantos de millones de hombres y mujeres que sufren son interminables y resuenan cada vez más fuertes y desesperados que nunca. La extrema pobreza y la desigualdad económica y social nos enfrentan a una realidad que dista mucho de las esperanzas y deseos de prosperidad económica y social. La miseria extrema de la mayoría de los pueblos y la barbarie de los gobiernos son cada día más agobiantes y ante nuestros incrédulos ojos tales imágenes desfilan de continuo.

La comunidad internacional se ha vuelto impotente y fijada en una postura que lamentablemente ha fracasado en su intento de contener la marea de sufrimiento que devora a dos tercios de la humanidad del planeta. Si deseamos un mundo donde no se continúe ignorando la dignidad humana, es importante aplicar el artículo 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos:

Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.

Este orden mundial, ¿se realizará en el siglo XXI, cuya llegada se viene saludando en nombre de la mundialización? ¡Nada es más inseguro! Gérard Ramseyer, Presidente del Consejo de Estado de la República y Cantón de Ginebra tiene mucha razón al observar que:

Con el surgimiento de la globalización económica estamos jugando a los dados el destino de la humanidad. Si no ponemos cuidado, nos encontraremos en una sociedad que aislará cada vez más al individuo y promoverá el crecimiento de toda clase de fundamentalismos y, también, de la desigualdad.

Al destacar los avances hacia la "humanización" e incluso la "personalización" del derecho internacional, Alain Pellet<sup>3</sup> ha afirmado recientemente que también somos testigos de una "legalización" de la "humanidad" o de la "comunidad internacional en su conjunto", al confiar en el concepto de "patrimonio común de la humanidad" para aplicarlo al océano, el espacio, la cultura, el medio ambiente e incluso al genoma humano. Pellet además se refiere a nuestra adhesión al concepto de "normas perentorias del derecho internacional general",

<sup>3</sup> Académico francés y jurista, miembro de la Comisión Jurídica Internacional de Naciones Unidas.

definidas como aquellas que no admiten derogación por aceptación y reconocimiento del conjunto de Estados que forman la comunidad internacional (Artículo 53 de la Convención de Viena de 1969), es decir, el famoso *jus cogens*. Parece claro que al alborear el siglo XXI lo que estamos presenciando es la "mundialización" del derecho internacional o, por lo menos, su "desestatización".

No obstante, este eminente miembro de la Comisión Internacional de Juristas estima que el problema de la globalización continúa siendo el de estimar hasta qué punto cabe apoyarla y fomentarla.

Es opinión muy corriente que la globalización es irreversible. Entre otras esferas, ella abarca las finanzas, la economía, la cultura, las comunicaciones y la producción. En breve, sus tentáculos se extienden por doquier. Algunos llegan incluso a decir que la globalización niega los principios y valores que Europa venera. Si bien el mundo se define como un conjunto integrado, el mercado mundial supone la ausencia de organización (por lo menos en teoría) y una especie de pánico como forma de funcionamiento, sobre todo en materia financiera. El desarrollo de los mercados financieros y el poderío de ciertas organizaciones económicas, monetarias y financieras demuestran que la ausencia de un control democrático está implícita en la ideología de mercado. A juicio de Ber-

trand Renouvain<sup>4</sup>, la ideología de mercado pretende dar soluciones mundiales, pero estas soluciones ignoran los elementos históricos, culturales y psicológicos que dan al movimiento económico mundial sus características nacionales y locales distintivas. Más aún, utilizar una lógica puramente financiera puede a menudo tener como resultado la destrucción de industrias, producciones agrícolas y relaciones comerciales. Basta considerar la amenaza que se cierne sobre miles de pequeñas plantaciones de cacao y café de Costa de Marfil, que la liberalización agrícola amenaza de expulsar del mercado. En este momento, mientras os dirijo la palabra, los granos de café y cacao no vendidos se están pudriendo en las aldeas. Se trata de granos que no se ha podido vender porque los intermediarios y exportadores -a su vez en encarnizada puja- ofrecen precios inaceptablemente bajos. Esta situación se da, con igual carga de angustia, en muchos otros países.

Créanme, ya ni siquiera se respeta el deseo de seguridad y bienestar personal que parecía justificar el liberalismo económico y financiero pues la actual lógica del mercado resulta en desempleo, pobreza e infortunio. Tras haberlo dicho y hecho todo, lo que queda es el ser humano común privado de sus ideales, derechos y dignidad. Hace unos pocos años, en ocasión de una conferencia que pronuncié en Suecia sobre el tema 'for-

<sup>4</sup> Miembro del *Conseil économique et social* francés, muy conocido por su labor de información al Consejo sobre el tema de las relaciones culturales entre Francia y Europa central y oriental.

talecer el imperio del derecho desde el punto de vista de los derechos humanos', quedé estupefacto cuando un jurista, en tono perentorio, afirmó que 'el imperio del derecho equivalía a la ideología de mercado'. Hoy en día la mundialización se considera como una realidad necesaria e irreversible. Se dice que, en cuanto juristas, nos toca ocuparnos de este nuevo concepto -diría fenómeno- capaz de amenazar la observancia del imperio del derecho. Al igual que los documentos de varios expertos cuya presencia aquí deseo agradecer en este momento, el documento de fondo elaborado para esta Conferencia por Andrew Clapham plantea diversas cuestiones. Estoy seguro que al final de nuestros tres días de deliberación, la vasta familia de la Comisión Internacional de Juristas estará en condiciones de aportar su piedra a esa obra en curso que es el derecho, cuya construcción no conoce remate.

Si de verdad deseamos que el próximo siglo sea el de la dignidad humana, debemos redefinir las reglas del juego. Hace algún tiempo el presidente Bill Clinton realizó una gira por Africa. En esa época daba la impresión que deseaba desarrollar una política de geometría variable, centrada en la exigencia de respetar los principios de la democracia. Ulteriormente, las consideraciones econó-

micas fueron superando poco a poco la preocupación por el respeto de los derechos humanos. Los grandes países se vieron exentos de toda crítica. Al cabo de todo este proceso el espectro de la mundialización acecha a los países pobres del sur. Las preocupaciones que un senegalés confió a un periodista de *Libération* son, sin duda, compartidas por todos los oprimidos de esta tierra. Os leeré lo que dijo:

Quando los Estados Unidos sugiere reducir la ayuda a Africa si no se suprimen las barreras comerciales para poder así realizar negocios en pie de igualdad, es un poco como si Carl Lewis sugiriera que una carrera entre él y un lisiado sin piernas sería equilibrada.

Es importante no olvidar que hoy en día el progreso económico y social de un pueblo es imposible si no se establece también el imperio del derecho y de los principios democráticos. Una situación peligrosa se vendría a crear si no se coloca al ser humano en el centro del proceso de desarrollo, no sólo con respecto a la mejora de las condiciones de vida y otras preocupaciones económicas, sino también en relación con los conceptos más amplios de dignidad humana, justicia y equidad.

# La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y el Imperio del Derecho en un mundo en transformación

Kamil Idris\*

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) es una organización internacional fundada en el derecho. Somos los custodios de acuerdos internacionales que regulan el funcionamiento de la propiedad intelectual y ayudamos a los países que solicitan nuestra asistencia a desarrollar prácticas administrativas y jurídicas adecuadas y también, por cierto, una legislación adecuada *per se*.

En materia de propiedad intelectual, al igual que en otras, el cumplimiento del imperio de la ley que nos hemos fijado como objetivo requiere, a mi juicio, dos condiciones previas. La primera es una buena legislación, la segunda mecanismos de aplicación fuertes e integrados. Más adelante los trataré por turno.

## Evolución

Pero examinemos en primer lugar el contexto en que se sitúa el tema: la constante evolución global. Por cierto el mundo nunca ha sido estático, pero debo

subrayar que cuanto hoy presenciamos en materia propiedad intelectual no tiene *precedentes*.

Globalización, nuevas tecnologías digitales, *Internet* y progresos radicales de la biotecnología son sólo botones de muestra de los protagonistas de la revolución que estamos viviendo a fines del siglo XX. La contribución potencial de todos estos acontecimientos al progreso económico, educativo y cultural del mundo entero es enorme, diría casi inimaginable. Como ejemplo basta *Internet*: según ciertas estimaciones esta sola innovación podrá generar, para el año 2002, una riqueza comercial de 1.200 miles de millones de dólares de los Estados Unidos. Su éxito ha lanzado nuevas cuestiones a la comunidad de la propiedad intelectual. Por ejemplo, de repente se ha revolucionado la distribución de materiales con derechos de autor, como programas informáticos (*software*), música, libros e imágenes. ¿Cómo, pues, continuar protegiendo los derechos de autor sin estrangular las ex-

---

\* El Dr. Kamil Idris es Director General de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Este artículo es una adaptación de su alocución ante la Conferencia de la CIJ sobre *la Mundialización y el Imperio del Derecho*, celebrada en Ciudad del Cabo, Sudáfrica, del 20 al 22 de julio de 1998.

traordinarias oportunidades educativas implícitas en este medio de comunicación? Y además, ¿cómo hacerlo cuando las fronteras nacionales han perdido buena parte de su importancia? ¿Qué hacer para acortar la distancia cada vez mayor que separa los países ricos de los pobres con respecto a la revolución de la información? Considerando también la creciente importancia de proteger las marcas de fábrica y los nombres comerciales, ¿cómo podrían reglamentar en esta materia cuando basta apretar un botón para enviar, tal vez inocentemente, una marca de fábrica a miles de personas en docenas de países, algunos con protección y otros no?

Intrínsecos similares se dan también en los peligrosos sectores de la biotecnología que actualmente están surgiendo, como la ingeniería genética. El registro de genes, por ejemplo, puede fomentar la inversión de cuantiosos recursos en investigación y desarrollo cuyo resultado podría ser, por ejemplo, una revolucionaria cosecha genéticamente modificada. Pero las ganancias potenciales son también revolucionarias y, ¿cuáles serían las consecuencias para quienes no pueden costearse las patentes de esas nuevas cosechas o que se les ha prohibido hacerlo y que se ven expulsados del mercado?

Estas y muchas otras cuestiones que se nos plantean cada día exigen encontrar una política viable que permita su pronta solución. El potencial de las transformaciones en curso es, como ya

dije, enorme y también, en la misma medida, el peso de nuestra responsabilidad para asegurar, cuanto sea posible, que las normas internacionales que se desarrollen en el ámbito de la OMPI tengan la correspondiente amplitud, sabiduría y posibilidades de acuerdo para todas las partes.

## Normas

Los tratados internacionales más importantes para la propiedad intelectual son la Convención de París, para la propiedad industrial, y la Convención de Berna, para los derechos de autor, que datan de 1883 y 1886, respectivamente. Estos dos tratados continúan siendo las dos primeras piedras de toque del derecho internacional de la propiedad intelectual.

La longevidad y continua preeminencia de dichas convenciones parecería validar la tesis de no apresurarse en introducir nuevas normas toda vez que se produzca una innovación tecnológica o un giro de la conciencia social. Pero este argumento no es válido. Tanto la Convención de París como la de Berna han sido actualizadas periódicamente para recoger los nuevos acontecimientos mediante el añadido de nuevos elementos a las sólidas estructuras ya existentes.

Además, desde entonces se han introducido muchas convenciones nuevas que las complementan sin dejar de ser independientes. Algunas de las más específicas son el tratado de Budapest so-

bre el depósito de microorganismos, de 1977, y el Tratado de Washington sobre los circuitos integrados, de 1989.

Aún más recientemente, en 1996, se concluyeron en Ginebra el Tratado de la OMPI sobre derechos de autor y el Tratado de la OMPI sobre fonogramas e interpretaciones. Estos instrumentos refuerzan los estatutos en vigor, particularmente al tomar en consideración las lagunas de cobertura que se daban con respecto a las nuevas tecnologías de la información ya mencionadas.

Actualmente se está elaborando un tratado sobre el derecho de patentes y se está discutiendo un posible tratado sobre las bases de datos y un protocolo audiovisual al Tratado de la OMPI sobre fonogramas e interpretaciones.

## Aplicación

Pero el trabajo de la OMPI no termina con la introducción de nuevos textos legales ni mucho menos. Una parte cada vez más importante de este trabajo corresponde a nuestro sector de cooperación para el sector de desarrollo que, previa solicitud, proporciona:

- contribuciones a la modernización e informatización de las administraciones de la propiedad intelectual;
- formación en recursos humanos, comprendidos jueces y abogados, así como con quienes toman las decisio-

nes, los administradores y los funcionarios de aduanas;

- asistencia en la redacción de legislaciones nacionales.

Los recursos para este sector se aumentaron un 35 por ciento en el actual programa y presupuesto bienal de la OMPI, que le asigna más de 60 millones de francos suizos del monto total del presupuesto de unos 383 millones de francos suizos.

En 1977, un total de 124 países en desarrollo, dos territorios y 16 organizaciones intergubernamentales se beneficiaron del programa de cooperación para el desarrollo de la OMPI. El mismo año la OMPI contribuyó a más de 150 cursos y seminarios y ofreció visitas de estudio a 168 personas. De esta forma hemos efectuado y continuaremos haciéndolo, importantes contribuciones a los esfuerzos mundiales para introducir el imperio del derecho en la esfera de la propiedad intelectual.

## El imperio del derecho en la situación actual

Pero por más que os diga cuánto ha hecho la OMPI para elaborar normas que estimo como buenas y los ingentes recursos consagrados a la formación para aplicarlas, sería ignorar el fondo del asunto si no añadiera que aún falta mucho por hacer.

Según estimaciones recientes de la *International Planning and Research Corporation*, la piratería de *software* ha costado 11,4 mil millones de dólares estadounidenses por pagos de derechos no percibidos en 1997. Si bien no hay dudas de que la piratería ha venido disminuyendo desde 1994, descansar en los laureles no es ciertamente una buena decisión. En primer lugar no debemos olvidar que medios de comunicación como *Internet* prometen un incremento masivo del comercio de objetos con derechos de autor, que comprenden *software*, música grabada, vídeos y textos. En 1997 las ventas realizadas por red (tela) informática superaban 21,8 mil millones de dólares estadounidenses y, como dije antes, algunos predicen que las ganancias de Internet superarán el año 2002 los 1.200 miles de millones de dólares. En segundo lugar debe tenerse presente que la piratería puede reducirse a la simple acción de apretar unos pocos botones. Todo esto muestra la escala del desafío.

### Políticas y estrategia

Por lo tanto, ¿qué puede hacer la OMPI para instaurar el imperio del derecho? Mi primera respuesta es que, por lo menos en materia de propiedad intelectual, debemos aceptar que entramos en una era de cambios cuya rapidez y significación determinan una nueva importancia y una nueva responsabilidad. El potencial de los nuevos acontecimientos es admirable, pero también lo son los peligros. La complacencia es nuestro peor enemigo.

En segundo lugar debemos empeñarnos en producir normas adecuadas y oportunas. Sólo ellas nos brindarán el marco necesario donde podrá realizarse el potencial asombroso de las nuevas tecnologías. Ya he indicado mi convicción en que el derecho ha de evolucionar para ponerse la altura de los acontecimientos que se suceden en este mundo en transformación. Pero, sin embargo, necesitamos un fundamento, una base sobre la cual podamos edificar ese edificio normativo.

A mi juicio el fundamento ideal es la síntesis simple y elegante del artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos:

“Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten”.

y

“Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le corresponden por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”.

En breve, *toda* persona, sin excepción, tiene derecho a compartir libremente la vida cultural y el avance científico, así como a gozar de una recompensa adecuada por lo que haya creado o inventado. Se debe alcanzar un equilibrio que armonice deseos potencialmen-

te conflictivos como los del creador de obtener la máxima ganancia y los del resto de la comunidad de reducir sus gastos al mínimo. Es esencial que todas las partes se beneficien del potencial masivo de las nuevas tecnologías y que la distancia que separa ricos y pobres no se transforme en abismo, según el espíritu del artículo 27.

En tercer lugar la OMPI puede aumentar los recursos asignados a la cooperación para el desarrollo, como hasta ahora lo ha venido haciendo periódicamente, con miras reforzar el mecanismo y la formación de recursos humanos de manera eficiente y creíble. Al mismo tiempo la OMPI, y aprovecho esta oportunidad para declararlo en cuanto Secretario General, puede acercarse a otras organizaciones interesadas en el control y la aplicación del imperio del derecho y entre las cuales desempeña un papel clave la CIJ. Debemos forjar vínculos más sólidos, que no se limiten a reforzarnos mutuamente sino que sean capaces de generar una sinergia en pos de la meta común de realizar los derechos y reforzar el imperio del derecho.

Por último, en cuarto lugar, desearía decir que mucho depende de la difusión de informaciones. En breve, debemos sembrar la buena palabra que resalta la importancia de proteger los derechos de la propiedad intelectual y explicar al común de los mortales porqué los precios atractivos de los bienes pirateados sólo son, a largo plazo, ilusorios. Para alcanzar esta meta debemos recu-

rrir a las tecnologías de la información que tratamos de proteger, y explotar al máximo sus posibilidades.

En esta breve exposición de la situación esencial de la propiedad intelectual con respecto al imperio del derecho, por inevitables limitaciones de tiempo, he debido omitir muchas áreas que serían sin duda de interés. Por ejemplo, en su afán por llegar a todos los miembros de la comunidad internacional, la OMPI ha comenzado a investigar las necesidades, derechos y expectativas de grupos que hasta ahora han sido poco o incompletamente expuestos en el sistema de la propiedad intelectual. La atención se centrará en primer lugar en los poseedores de un conocimiento y una cultura indígena y tradicional, comprendido el folklore. Ya han comenzado misiones de comprobación y uno de los posibles resultados sería examinar la viabilidad de un nuevo tratado sobre las expresiones del folklore.

Cualquiera sea el desenlace de este empeño, sigo estando convencido de una cosa, a saber, que en un mundo cuya evolución apunta cada vez más hacia la globalización, la cooperación internacional es cada vez más necesaria. Esto significa, por un lado, una mayor cooperación entre países para elaborar normas que sean amplias, ilustradas y aceptables para todas las partes y, por otro lado, relaciones más estrechas entre las organizaciones internacionales con intereses comunes tales como la OMPI y la CIJ.



# La Mundialización y el Imperio del Derecho

*Andrew Clapham\**

## Introducción

La Comisión Internacional de Juristas (CIJ) ha elegido como tema de estudio la *mundialización* y su incidencia en el goce de los derechos humanos. Este documento pretende estimular la discusión sobre el papel que podría desempeñar la CIJ en este contexto y sobre cómo utilizar las capacidades de sus miembros, secciones y afiliadas para adaptar la nueva dinámica mundial a un nivel local. Además de provocar la discusión, este documento trata de esbozar opciones que, una vez elaboradas, puedan ser adoptadas como decisiones formales que integren el Compromiso de Ciudad del Cabo y constituir algunas de las prioridades concretas que la CIJ se fije para los próximos años. Este documento lo hemos preparado inspirándonos en la obra de la CIJ sobre el Imperio del Derecho y basado en el 'Acta de Atenas', la 'Declaración de Delhi', la 'Norma de Lagos' y la 'Resolución de Río', deseando ir 'más allá que Bangalore' y esperamos que él pueda proporcionar algunas ideas para el 'Compromiso de Ciudad del Cabo'.

"Mundialización" o "globalización"

son términos que han ido adquiriendo ciertas connotaciones relacionadas con el asombro y el temor que nos inspira la entrada en un nuevo milenio. Al parecer, el favor que gozan estos términos en casi todas partes se debe a que tienen múltiples sentidos. Para algunos son el símbolo de la influencia creciente de las empresas mundiales, las comunicaciones y el consumismo, facilitada por la liberalización cada vez más intensa de los mercados y de las reglas que gobiernan, la circulación de capitales y las inversiones extranjeras. Para otros, los mismos términos significan que las decisiones ya no son nacionales o locales sino que pertenecen a alguna congregación supranacional, de carácter mundial. Pero para la CIJ, el sentido tal vez más importante de estos términos es el que evoca las nuevas redes que están formando los ciudadanos y las relaciones cada vez más estrechas que mantiene el movimiento de derechos humanos, que está así en mejores condiciones para ejercer una influencia mundial. Pero estas tres dimensiones no son el fin del cuento. Pese a que en algunos casos sea concreta, nuestra comprensión personal de esta evolución suele ser vaga. Como señala Anthony Giddens:

\* El Dr. Andrew Clapham es Profesor Asociado de Derecho Internacional Público, graduado en el Instituto de Estudios Internacionales en Ginebra, Suiza.

La globalización no es sólo un fenómeno que se produce “externamente”. El término denomina no sólo la aparición de sistemas mundiales en gran escala, sino también transformaciones que afectan el tejido mismo de la vida cotidiana. Se trata de un fenómeno “interno” que afecta incluso a la intimidad del individuo. Vivir en un mundo en el que el rostro de Nelson Mandela resulta más familiar que el del vecino de al lado equivale a moverse en contextos de acción social completamente distintos de los que prevalecían anteriormente<sup>1</sup>.

A los efectos de este trabajo, podemos concentrarnos en las acepciones de que estos términos que indican el creciente aumento de las relaciones que se establecen entre personas del mundo entero, así como de la liberalización del comercio, las nuevas tecnologías y la actividad localizada en función de los mercados mundiales y que, en su conjunto significa la modificación en curso de la función del estado y de sus foros de “negociación”. Algunos comentaristas consideran que entre los nuevos protagonistas mundiales figuran las empresas mundiales de comunicaciones de masa, las organizaciones regionales y las no gubernamentales<sup>2</sup>. Y también se estima que el fulcro de la interacción internacional es hoy la Organización Mundial

del Comercio (OMC), y no las Naciones Unidas<sup>3</sup>. Por supuesto el hecho de que los sociólogos hayan pasado de un enfoque de la sociedad o de los estados nacionales al examen de las conexiones a través del tiempo y el espacio, no indica que el estado nacional se esté debilitando sino, simplemente, que el centro de interés se ha desplazado. Si la mundialización llevará a la desaparición del estado nacional o a una organización gubernamental más fuerte y fundada en el derecho internacional son preguntas que todavía no es posible contestar. Pero por cierto la evolución tecnológica y organizativa del sector no gubernamental está ya en marcha y muchos de los cambios que ella implica se suceden a un ritmo tan veloz que los abogados y los legisladores tienen dificultades para seguirlo. Por ejemplo, la viejas normas sobre la libre circulación de informaciones y datos por encima de fronteras no se han replanteado aún para regular el acceso a los sitios de Internet dedicados a la pornografía y la prostitución infantil. Los salarios y otras condiciones de trabajo los están fijando cada vez más agentes cuya localización y responsabilidad es difícil de establecer, tanto en el plano nacional como en el internacional. La pregunta que cabe formular es ¿qué medidas se están tomando en el mundo de los derechos humanos y del

<sup>1</sup> Giddens, A. “Affluence, poverty and the idea of a post scarcity society”, en el N° 27 de *Development and Change*, abril de 1996, págs. 365-378 de la versión inglesa, citado en el párrafo 13 del Informe del Relator José Bengoa (documento E/CN.4/Sub. 2/1997/9).

<sup>2</sup> Ramonet, Ignacio «La mutation du monde», en *Le Monde Diplomatique*, octubre de 1997.

<sup>3</sup> Ibid.

derecho internacional para hacer que algunas de esas fuerzas sean responsables de la observancia de las normas internacionales y para ayudar a los estados a respetar sus obligaciones internacionales con respecto a quienquiera esté bajo su jurisdicción? Si bien el concepto de empresa con actividad transnacional no es nuevo, los términos mundialización o globalización contribuyen a recordarnos que la nueva tecnología de las comunicaciones permite a las empresas tener un alcance realmente mundial sin necesidad de sedes regionales o nacionales determinadas. El hecho de que los grupos interesados en los derechos humanos no puedan identificar con facilidad a tales actores "sin estado" ni ubicarlos en un lugar geográfico determinado nos da la impresión que algunos de ellos están al mismo tiempo por doquier y en ninguna parte.

Además del mayor alcance que tienen ciertos actores transnacionales poderosos, estamos presenciando una redistribución de las tareas de los Estados en el plano internacional. Algunas funciones que los Estados solían realizar mediante la cooperación entre sí están actualmente a cargo de actores mundiales, regionales o privados a quienes es difícil hacer responsables en virtud de los procedimientos generales del derecho internacional y, en particular, de los procedimientos de derechos humanos tradicionales. Por ejemplo, los gobiernos de Sierra Leona y de Papua-Nueva Guinea han recurrido a mercenarios y ejércitos privados para mantener la paz; los Ministros de la Unión Europea determinan el

derecho de asilo en reuniones a puertas cerradas; ciertas organizaciones privadas conservan datos personales en condiciones que podrían eludir la legislación nacional o la internacional.

La tendencia a subcontratar funciones que otrora exigían una cierta legitimidad internacional y responsabilidad de quienes debían cumplirlas, resulta claramente demostrada por los nuevos modelos de mantenimiento de paz. Actualmente, la Naciones Unidas confía a las partes interesadas la realización de tareas cuyo fundamento imperativo era el desinterés y la imparcialidad de los participantes en la ejecución de sus mandatos. Actores tales como los Estados Unidos, Rusia y Francia, que son potencias mundiales, han sido autorizados a dirigir la realización de operaciones en Somalia, Haití, Georgia y Rwanda. Se ha alentado y contratado a fuerzas regionales para mantener la paz en Liberia, la República Centroafricana, Sierra Leona y Burundi. Del programa de renovación de las Naciones Unidas, que presentó en 1977 su Secretario General, Kofi Annan, surge claramente que las Naciones Unidas abandonan toda posible función en esta esfera:

En este momento de su historia, las Naciones Unidas carecen de la capacidad institucional necesaria para aplicar medidas coercitivas en virtud del Capítulo VII de la Carta. En las condiciones actuales, las coaliciones ad hoc de los Estado Miembros interesados constituyen el factor disuasivo más eficaz en

situaciones de agresión, escalada o difusión de un conflicto en curso. Como en el pasado, para que las medidas coercitivas cuenten con amplio apoyo internacional y tengan legitimidad, es indispensable que exista un mandato del Consejo de Seguridad que las autorice<sup>4</sup>.

Podemos pues apreciar que el respeto de la legitimidad internacional (el imperio del derecho internacional) continúa teniendo sentido en cuanto meta, pese a que ahora sería más exacto calificar a sus actores como mundiales o regionales que como internacionales. Estas reflexiones preliminares sobre algunas formas de concebir la mundialización, o globalización, tienen como objeto establecer el escenario para un análisis más selectivo de diversos temas. Para cumplir su propósito, este documento debe mantenerse a la vez centrado y selectivo en cuanto a los temas. Los tres que se abordarán a continuación son:

- 1) Las amenazas a la universalidad y los conceptos de responsabilidad que están surgiendo.
- 2) La justicia supranacional emergente y los nuevos desafíos para el imperio del derecho.
- 3) La liberalización del comercio y las inversiones y su incidencia en la observancia de los derechos humanos.

Situaremos estos temas en el nuevo

contexto mundializado o regionalizado y los examinaremos a través del prisma de algunos de los "principios del imperio del derecho" de la CIJ. En particular, tres aspectos de estos principios cabría destacar:

- a) la importancia de un sistema judicial que respete los derechos fundamentales y la dignidad humana;
- b) la necesidad de un gobierno responsable ante el pueblo;
- c) la participación pública en la concepción y la propagación de soluciones legales a los problemas de derechos humanos.

## 1. Universalidad y responsabilidad

Si bien se ha hablado mucho de la amenaza de la universalidad, muy poco se la ha analizado. Se pueden distinguir tres aspectos distintos de este tema. El primero es la forma selectiva de tratar los derechos humanos según posturas políticas o ideológicas, como aún hoy sucede, pese al fin de la guerra fría, cuando nuevas divisiones determinan que se ignoren algunas situaciones mientras que otras son objeto de un verdadero "bombardeo" de atención. Tal selectividad ha permitido siempre la predominancia de la acción política en materia de derechos humanos, pero las nuevas formas que hoy asume son aún más peligrosas pues amenazan la credibilidad y la universalidad.

<sup>4</sup> *Renovación de las Naciones Unidas: Un Programa de Reforma* (Doc. de las Naciones Unidas A/51/950, 14 de julio de 1997; párr. 107).

dad de los derechos humanos y su mensaje. Además la *regionalización* ha tomado la delantera, y ahora tenemos 'fuerzas africanas de mantenimiento de la paz para los problemas africanos'; la presunción de que los Estados Miembros de la Unión Europea son 'países de origen seguros' en materia de asilo; los valores "asiáticos" en la esfera de los derechos humanos y nuevos conceptos de 'compromiso positivo' y de no injerencia en el contexto de la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental (ASEAN).

En segundo lugar cabe mencionar el equilibrio entre la atención que las políticas de bloques en las Naciones Unidas solían prestar a los derechos civiles y políticos, por un lado y, por otro, a los derechos económicos y sociales. Actualmente, la universalidad del catálogo de derechos humanos está bajo nutrido fuego, pues los partidarios ideológicos de los derechos económicos y sociales ya no tienen necesidad de utilizarlos como garrote para golpear a sus adversarios. No obstante, hay nuevas posibilidades para diseminar los derechos económicos y sociales mediante las instituciones financieras internacionales, comprendidos los bancos regionales de desarrollo, que comienzan a prestar atención a la "dimensión social" de sus políticas. Los planes y programas regionales para Asia, las Américas, Europa, Africa, el Oriente Medio y Africa Septentrional pueden

permitir un progreso importante de los derechos económicos y sociales si se encuentran formas de incluir dichos derechos en los diálogos que se mantengan con las instituciones financieras internacionales pertinentes.

En tercer lugar cabe mencionar el intento de desvirtuar el mensaje de los derechos humanos, relacionándolo con los conceptos de comunidad, familia y responsabilidad individual, como lo demuestra el proyecto de Declaración Universal de las Obligaciones Humanas, que se presenta como un criterio "asiático" pero que, potencialmente, mina las nociones fundamentales de la responsabilidad del Estado en materia de protección de los derechos humanos y el carácter inalienable de estos últimos, que corren el riesgo de ser considerados como algo que puede ganarse por buena conducta. La CIJ ya está fuertemente comprometida en ciertos campos de los derechos humanos donde los gobiernos tratan de establecer la responsabilidad internacional de individuos y organizaciones que defienden los derechos humanos<sup>5</sup>. Una postura adoptada formalmente por una institución como la CIJ podría aportar cierta claridad y sentido a un debate que arriesga añadir confusión y no protección a los derechos humanos.

Echemos ahora una ojeada a algunas cuestiones a través del prisma del impe-

<sup>5</sup> El título completo de la «Declaración de los 'defensores de los derechos humanos» es 'Declaración sobre el Derecho y la Responsabilidad de Individuos, Grupos y Organos de la Sociedad para Promover los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales Reconocidos'.

rio del derecho. En primer lugar, debemos concluir que, pese a la insistencia con que se afirma que las instituciones financieras permiten asegurar un mayor respeto de los derechos sociales, económicos y culturales, faltan, lamentablemente, mecanismos judiciales facultados para examinar sus actividades a efectos de garantizar que dichos derechos no resulten vulnerados. Nuestra conclusión es que dicha carencia no se debe a ningún obstáculo legal importante. Resulta, en vez, de una falta de atención de los activistas y defensores de los derechos humanos, a raíz de la cual no ha sido posible encontrar medios para recordar a dichas instituciones que no sólo tienen el deber de promoverlos sino que también su funcionamiento está sometido al imperio del derecho. A este respecto, un considerable éxito del movimiento ecologista ha sido el establecimiento de un grupo de expertos de la Inspección del Banco Mundial encargado de regular las acciones del Banco que puedan afectar los derechos ambientales de las personas. Más aún, la falta de una judicatura especial u otras instancias ante las cuales sean responsables dichas instituciones obedece a que ellas realizan sus operaciones mundiales fuera del marco de las normas internacionales de derechos humanos. Esta situación repercute, por supuesto, en los principios de responsabilidad gubernamental y de participación popular en la adopción de decisiones. Al pa-

recer hay un enorme potencial para que la sociedad civil y las organizaciones no gubernamentales trabajen con los gobiernos y las distintas instituciones financieras internacionales y regionales y puedan mejorar así la planificación y la ejecución de proyectos en todo el mundo. Las posibilidades que se dan a este respecto podrían aprovecharse mejor, a largo plazo, de fijarse una estrategia centrada en la posibilidad de someter a examen judicial las acciones de las instituciones mencionadas, la responsabilidad de los gobiernos y la participación popular.

Entre las actividades de seguimiento de la Conferencia de Bangalore de 1995, la Comisión Internacional de Juristas organizó en Abidjan un seminario regional sobre los derechos económicos, sociales y culturales, en colaboración con el Banco Africano de Desarrollo. Las conclusiones de dicha reunión representan un trampolín útil para llegar a desarrollar un enfoque universal de algunos de los problemas allí discutidos. El pedido al Banco Africano de Desarrollo de que desempeñe un papel protagónico prestando apoyo a proyectos orientados a la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, la CIJ señala un caso de mundialización con rostro humano<sup>6</sup>. Pero las conclusiones van más allá y afirman que:

La corrupción y la impunidad de los

<sup>6</sup> Comisión Internacional de Juristas, *Report of the Regional Seminar on Economic, Social and Cultural Rights Organized by the International Commission of Jurists in Collaboration with the African Development Bank*, Abidjan, Costa de Marfil, del 9 a 12 de marzo de 1998.

autores de esta amenaza se dan junto a una búsqueda de buen gobierno y disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales. La corrupción y la impunidad determinan el mal uso de los recursos públicos y privados y reducen las posibilidades de todo desarrollo verdadero.

Las Recomendaciones de Abidjan declaran que los participantes estuvieron de acuerdo en comenzar una campaña contra la corrupción y la impunidad de los transgresores mediante el desarrollo de estrategias normativas junto con los lineamientos de la lucha contra el tráfico de estupefacientes. A este respecto se recomienda iniciar los procedimientos para elaborar una Convención contra la Corrupción, con la asistencia de la CIJ, así como el establecimiento de un sistema de control que asuma la forma de un 'observatorio'.

Al relacionar corrupción y disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, la CIJ ha salvado un importante obstáculo conceptual con consecuencias para esas clases de asociaciones que se dan en esta esfera. Si bien a breve plazo puede ser útil concentrar los esfuerzos en África, la corrupción también está siendo objeto de codificaciones y tratados normativos en otras regiones, pues actualmente es un fenómeno mundial que requiere una solución también mundial.

Peter Eigen, Presidente de Transpa-

rencia Internacional -un grupo de interés público con sede en Berlín que aspira a ser en materia de corrupción lo que Amnistía Internacional es en el campo de los derechos humanos- dice que la corrupción ya no afecta exclusivamente al tercer mundo. Las empresas transnacionales que aceptan practicar la corrupción en el extranjero la importan de regreso al hogar como un virus.

En el pasado muchos la estimaban como una necesidad para realizar negocios que se podía limitar a las prácticas de la empresa fuera del país. Por nuestra parte estimamos que en la actual aldea planetaria se trata de una ilusión mundial. Esta práctica, vuelve a su origen como un bumerán<sup>7</sup>.

Al considerar el combate contra la corrupción como parte de la defensa de los derechos humanos, la CIJ permite que su pericia en el imperio del derecho y en la observancia de los derechos económicos, sociales y culturales se utilice en nuevas esferas. Además de las nuevas oportunidades de colaborar con las ONG's interesadas en el control de la corrupción, la CIJ podría participar en ejercicios legislativos intergubernamentales que se están cumpliendo en África, la Organización de Desarrollo y Cooperación Económicos (OCDE) y el Consejo de Europa.

Antes de dejar la cuestión de asegurar la observancia universal de los dere-

<sup>7</sup> Hirsh, M. «Graft Busters», en revista *Newsweek*, edición de 25 de diciembre de 1996, pág. 57.

chos humanos reforzando la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, debemos mencionar la adopción y firma del nuevo Protocolo sobre la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. La CIJ puede reivindicar buena parte del éxito que representa la rápida elaboración del texto y las ingeniosas formas mediante las cuales el tratado permite la presentación de quejas por parte de las ONG y de individuos. Este nuevo Tribunal representa una de las mayores esperanzas para reforzar y concretar la aserción de que los derechos económicos, sociales y culturales son justiciables y, también, para promulgar el mensaje de que los gobiernos tienen obligaciones jurídicas internacionales con respecto a dichos derechos. Para garantizar que el mensaje sea oído y entendido claramente, sería útil comenzar a considerar qué clases de casos se podrían presentar ante el Tribunal.

Pasemos ahora al tercer aspecto del debate sobre la universalidad. En los últimos tiempos se ha vuelto lugar común asociar la cuestión de la universalidad con la aserción de que los derechos humanos deben reflejar los "valores asiáticos" y que es hora de revisar su Declaración Universal. Yash Ghai ha expuesto una teoría sobre cómo el fin de la guerra fría y el resurgimiento concomitante de los derechos se han encontrado con un desafío a la universalidad.

Sin embargo, la mayor importancia dada a los derechos no fue bien acogida por todos los Estados. Algunos de ellos, que estimaban que sus sistemas políticos autoritarios estaban exentos de investigación dado que la amenaza que representaba el comunismo para Asia oriental y sudoriental había servido como argumento de base para justificarlos, se encontraban ahora como un emperador desnudo. Su principal preocupación eran las consecuencias que para sus sistemas podía tener el nuevo impulso dado a los derechos humanos. También les ofuscaba toda condición relacionada con su observancia, que percibían como una imposición de normas propias del occidente. También les inquietaba la incidencia que estos derechos podían tener en la competitividad de sus países en el marco de un comercio internacional acompañado de la mundialización. Por lo tanto proclamaban que esta insistencia renovada en los derechos era una conspiración occidental para socavar el crecimiento de sus nuevas economías<sup>8</sup>.

Uno de los ataques más recientes y difundidos a la Declaración Universal de Derechos Humanos fue un discurso pronunciado en 1977 por Tun Daim Zainuddin, Consejero económico del gobierno de Malasia. Dicho Consejero afirmó que al proclamarse la Declaración, las Naciones Unidas contaban con unos 40 Miembros, mientras que hoy eran

<sup>8</sup> Ghai, Y., «Rights, Duties and Responsibilities» en revista *Human Rights Solidarity - AHRC Newsletter*, 7 (4), Human Rights in the Asian Context, 9, pág. 10 (Traducción libre).

más de 180 y, en consecuencia, abogó por una revisión de dicha Declaración que la adaptase 'a nuestra época' y la hiciese 'aceptable para la totalidad de las naciones y los pueblos'<sup>9</sup>. La respuesta de estudiosos y activistas de los derechos humanos fue reafirmar la pertinencia y legitimidad de la Declaración Universal pues estaba basada en distintas perspectivas culturales, pese a que no todos los Estados hoy constituidos estaban representados en cuanto tales. Ramcharan, por ejemplo, tras investigar la contribución efectiva de dirigentes de Asia, África y América Latina a la redacción de la Declaración, concluye:

Cabe sin embargo reconocer que en esa época buena parte del mundo en desarrollo estaba bajo tutela colonial. Pero también es verdad que esa parte del mundo puede sentirse orgullosa de los paladines y portavoces que la representaron en la redacción de la Declaración Universal que, sin ninguna duda, está enraizada en el *patrimonio intelectual de los pueblos del mundo entero*<sup>10</sup>.

Un segundo criterio consiste en considerar que la Declaración y Programa

de Acción de Viena de 1993 "no deja lugar a dudas ni ambigüedades sobre la universalidad de los derechos humanos"<sup>11</sup>. Francis Deng, al detallar este tercer criterio, nos recuerda que 'es importante tener presente que son siempre los violadores de los derechos humanos, y nunca las víctimas, quienes invocan el relativismo contra el principio de la universalidad'<sup>12</sup>. El autor prosigue destacando la importancia de afirmar como principio jurídico

que la relatividad cultural no puede utilizarse como pretexto para vulnerar las normas humanitarias internacionales y de derechos humanos. Por el contrario, las diversas culturas y patrimonios pueden considerarse como oportunidades únicas para reforzar las normas de derechos humanos con criterios culturales y métodos específicos para promover la dignidad humana por encima de toda diferencia de raza, etnia, cultura o religión<sup>13</sup>.

Ahora se trata de ir más allá de la Declaración Universal de 1948 y de la Declaración de Viena de 1993 para encontrar ideas y textos que correspondan a

<sup>9</sup> Curamaswamy, Dato P. en «La Declaración Universal de los Derechos Humanos - ¿Es realmente universal?» en *La Revista*, Comisión Internacional de Juristas, N° 58-59, diciembre de 1997, pág. 102.

<sup>10</sup> Ramchara, Bertrand G., «Universalidad de los Derechos Humanos», en *La Revista*, Comisión Internacional de Juristas, N° 58-59, diciembre de 1997, pág. 95.

<sup>11</sup> Curamaswamy, Doc. Cit., pág. 105.

<sup>12</sup> Deng, F., «Universal implementation» en *österreichische außenpolitische dokumentation*, en *The universal protection of human rights: Translating international into national action*, 40th International Seminar for Diplomats, Helbrunn Castle, Salzburg, Austria, 2 July - 1 August 1997, 56-81.

<sup>13</sup> Ibid, pág. 79 (Traducción libre).

los valores que nos unen, así como para percibir nuevas amenazas a la dignidad humana. El juez Richard Goldstone ha catalogado a quienes participan en este debate en cuatro grupos distintos. Forman el primero quienes conciben esta búsqueda 'como un complemento a los preceptos firmemente establecidos en los derechos humanos individuales que consagra la Declaración Universal de Derechos Humanos'; en segundo lugar está el grupo de quienes sostienen que 'la noción de obligaciones y responsabilidades humanas debe predominar si se desea que subsistan los intereses colectivos y la vida social'; el tercer grupo sugiere 'que acontecimientos tan asombrosos como la mundialización y el progreso tecnológico -sea en biología, sea en medicina, sea en las comunicaciones- hacen necesario enfocarlos de otra manera, de modo que se puedan definir nuevas normas y, en su caso, instrumentos internacionales. El último grupo comprende a quienes comparten la idea de que toda discusión de los deberes y responsabilidades equivale a una infracción al cuerpo de normas y declaraciones internacionales de derechos humanos en vigor'<sup>14</sup>. Estos comentarios se formularon rápidamente con respecto al Proyecto sobre deberes y responsabilidades humanas de Valencia, en vísperas de la adopción por la Asamblea General de la UNESCO de la "*Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futu-*

*ras*" (12 de noviembre de 1997). Nuestra adhesión a tales iniciativas, o su rechazo, dependerá fundamentalmente de la confianza que nos inspire el sistema normativo en vigor o de la convicción de que un mayor número de textos de derechos humanos sólo servirá para corroer la concreción de obligaciones ya establecidas. Correspondería examinar tal intento más detalladamente.

El 1º de septiembre de 1997, el *Inter-Action Council* lanzó una 'Declaración Universal de Responsabilidades Humanas'. Dicha institución, bajo la presidencia de Helmut Schmidt, había logrado que varios antiguos jefes de estado o de gobierno apoyaran su texto, por lo que se esperaba que resultase aprobado en el curso del período ordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1998, año de celebración del 50º aniversario de la adopción y proclamación de la Declaración Universal de Derechos Humanos. En vez de establecer derechos, deberes, reglas y principios obligatorios en virtud del derecho internacional, los redactores prefirieron enumerar 'normas éticas mundiales', afirmando que la Declaración Universal de Derechos Humanos reflejaba la filosofía y antecedentes culturales de las potencias occidentales victoriosas en la segunda guerra mundial. La nueva Declaración de Responsabilidades Humanas vendría a rescatar las nociones de responsabilidad y comunidad que, según se

<sup>14</sup> Goldstone, R., «Note to the High-level Group on Human Rights Duties and Responsibilities in the Third Millennium - Towards a Pax Planetaria».

pretendía, eran las predominantes en oriente.

Pero la importancia dada a la responsabilidad y a la comunidad no refleja el criterio propio del derecho internacional, según el cual el estado está obligado a hacer respetar ciertos derechos en el ámbito de su jurisdicción. Las nuevas nociones destacan la solidaridad transnacional e introducen una dimensión ética en las relaciones internacionales.

El *Inter-Action Council* cree que la globalización de la economía corre pareja con la mundialización de los problemas del mundo. Dado que la actual interdependencia planetaria nos obliga a vivir en armonía con los demás, los seres humanos necesitan reglas y restricciones. Las normas éticas son las que mejor hacen posible la vida colectiva. Sin ética, ni la autorrestricción que de ella deriva, la humanidad volvería a la supervivencia del más apto. El mundo necesita una base ética que lo sustente<sup>15</sup>.

Al redactar la Declaración, el *Inter-Action Council* aspiraba a representar a las principales religiones del mundo. En una primera redacción, el artículo 3 declaraba:

Ningún ser humano, clase social, grupo o corporación, ni ningún estado, ejército o policía está por encima del bien y

del mal, todos están sujetos a juicio moral. Cada cual debe, en todo momento, luchar por el bien y evitar el mal.

La redacción definitiva sustituyó la idea de juicio moral por una referencia más secular a las normas éticas. De tal modo, la frase del medio del artículo tiene actualmente el siguiente tenor: 'todos están sujetos a las normas éticas'. El artículo 13 recuerda nuevamente que:

Ningún político, funcionario público, líder comercial, científico, escritor o artista está exento de cumplir las normas éticas generales, como tampoco ningún médico, abogado ni cualquier otro profesional que tenga deberes especiales con sus clientes. Los repertorios de buena conducta de los profesionales y otros códigos de ética han de reflejar la prioridad de las normas generales, tales como la fidelidad y la ecuanimidad.

¿Qué abogado internacional de derechos humanos podrá aprovecharse de esta iniciativa y de esta nueva orientación? ¿Estamos abandonando el derecho para refugiarnos en la ética? Y ella, ¿qué nos podría decir sobre la situación de los derechos humanos en las relaciones internacionales? Por una parte, el alejarse de la clara afirmación de la responsabilidad jurídica de los estados podría conducir a una disolución del mensaje de los derechos humanos. Ellos pasarían a formar parte de una 'redacción creativa',

<sup>15</sup> Informe sobre las Conclusiones y Recomendaciones de un Grupo de alto nivel sobre Una Declaración Universal de Responsabilidades Humanas, párrs. 20-22; Viena, Austria, pág. 8 de la versión inglesa.

algo que corresponde acomodar a la propia moralidad personal. Las infracciones se podrían llamar "faltas a la ética" pero escaparían al oprobio de ser calificadas como "violaciones del derecho internacional". El empeño en hacer cumplir los derechos humanos en el plano internacional recurriendo a organismos internacionales de justicia penal, procedimientos de quejas, tipificación de crímenes sometidos al principio de jurisdicción universal y a la incorporación de las disposiciones de los tratados en el derecho nacional, podrían comenzar a deshilacharse y perder esa suerte de normativa concreta que permite considerarla como una variedad del derecho aplicable por los jueces.

Pero también, por otro lado, la Declaración Universal de Responsabilidades Humanas responde a un vacío ideológico. Tanto en las Naciones Unidas como en otros sitios, ha cesado la rivalidad entre ideologías que compiten en dar prioridad a la libertad y la igualdad pues ya no están obligadas a combatirse entre sí. Con el amainar de los vientos que impulsaban el enfrentamiento entre el bloque occidental y el socialista, el movimiento de los derechos humanos ha perdido parte de su impulso. Pero no ha encallado, aún boga hacia adelante. El autor desea sugerir aquí que la causa de su continuación se llama *solidaridad*. En la medida en que la Declaración Universal de Responsabilidades Humanas apela a un sentido de solidaridad transfronteriza, ella corresponde a un fenómeno más real que imaginario. Basta haber asis-

tido a algunas de las conferencias mundiales organizadas en los últimos diez años para darse cuenta del potencial de las 'redes mundiales'. El hecho de que este código normativo sea más *transnacional* que *internacional* es un reto para los juristas internacionales. Pero cualquier abogado común, familiarizado con calificativos tales como razonable, ecuánime y justo, no tendrá demasiadas dificultades en aceptar que la normativa internacional contiene algo que se describe como 'normas éticas generales'. El que estas normas no se ajusten fácilmente al tríptico de las fuentes del derecho internacional no debe disuadirnos de acordarles un cierto valor jurídico.

Pero en este tema, la última palabra corresponde a Theo van Boven:

Con toda buena fe podemos preguntarnos si una Declaración Universal de Responsabilidades Humanas como la que se ha propuesto responde a los retos que plantea la globalización, y en particular el actual debilitamiento del sistema mundial de derechos humanos. El texto de dicha Declaración contiene sin duda ciertos principios dignos de elogio. Sus secciones abarcan, respectivamente, los principios fundamentales de humanidad, no violencia y respeto de la vida; justicia y solidaridad; honestidad y tolerancia; respeto mutuo y asociación. Confía al pueblo, individual y colectivamente, la responsabilidad y la tarea de mejorar esos excelentes e indispensables ideales. ¿Cómo se puede no estar de acuerdo con los principios y preocupaciones del documento? Sin

embargo, lamentablemente, el texto omite señalar a los actores económicos y financieros que en el proceso de mundialización de la economía han adquirido cada vez más poderío y que deberían asumir su deuda y la cuota proporcional de responsabilidades y deberes que les corresponde cuando están en juego los derechos humanos. El reconocer derechos y atribuir responsabilidades y deberes humanos sólo es posible si se hace comprender y aceptar a las potencias políticas y económicas -y a sus dirigentes- la responsabilidad que tienen con respecto al bienestar común y si, además, proceden a revisar y ajustar en consecuencia sus políticas y prácticas. El documento propuesto descuida en gran medida esta dimensión esencial de la responsabilidad colectiva, salvo cuando declara que las potencias económicas y políticas no deben servir como instrumento de dominación sino estar al servicio de la justicia económica y del orden social (artículo 11). Para que la iniciativa del *Inter-Action Council* sea actualmente una respuesta a la globalización del mundo económico, su orientación y empuje deberían concentrarse mucho más en las consecuencias que tiene el mercado para los derechos en general y, en especial, para los derechos de los más vulnerables, así como en la responsabilidad de las entidades no estatales<sup>16</sup>.

El autor de estas páginas concuerda con van Boven en que los interesados en abordar la incidencia de la mundializa-

ción en los más vulnerables deberían concentrarse en obligar a los actores no estatales a respetar el imperio del derecho. Pasemos ahora a examinar los nuevos desafíos y las posibilidades de controlar las acciones de varios actores no estatales y de establecer su responsabilidad.

## 2. La justicia internacional emergente

La reunión de Ciudad del Cabo tuvo lugar con posterioridad a la celebración, en Roma en los meses de junio y julio de 1998, de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. Nuevamente la CIJ debe atribuirse parte del mérito de haber movilizado a la opinión para asegurar que la creación de esta Corte sea una prioridad política. Habiendo contribuido a la redacción del Estatuto de la Corte en todas sus etapas y colaborado con el movimiento mundial de ONG's para garantizar que la Corte tenga la mayor eficacia posible, la CIJ debe ahora hacer frente a una plétora de cuestiones. ¿Qué tipo de casos han de someterse a la atención de los estados, del Consejo de Seguridad y de la Fiscalía? ¿Qué clase de normas ha de seguir la Corte para garantizar un debido proceso a los procesados? Y, ¿como asegurar que la Corte y sus órganos se desarrollen de tal forma que representen un faro para las prácticas relativas a los derechos humanos?

<sup>16</sup> van Boven, T. «A Universal Declaration of Human Responsibilities», 1998.

La creación de la instancia judicial mencionada fue el centro de la reciente campaña internacional de la CIJ en favor del imperio del derecho y el fin de la impunidad. Por otra parte, el establecimiento de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y para Rwanda, ha permitido a la CIJ ponerse al tanto de las cuestiones de independencia, responsabilidad y participación que se plantean en esos nuevos foros. Debido a su administración del programa de asistencia jurídica y a su observación del juicio relativo al caso *Tadić*, la CIJ ha podido gozar de una forma especial de asociación con los Tribunales para la ex Yugoslavia y para Rwanda. Para el profano, la cuestión de «quién juzga a los jueces» permanece sin respuesta. Las alegaciones de procedimientos injustos en el plano internacional corren el riesgo de no ser oídas y, eventualmente, de minar el favor que gozan los juicios penales internacionales. La CIJ podría aprovechar parte de la experiencia así adquirida para examinar con cierto detalle las distintas clases de prácticas y cuestiones jurídicas planteadas en los últimos dos años y medio. La lucha contra la impunidad merece un debate sobre el imperio del derecho y la independencia de los jueces.

En el plano regional, podemos apre-

ciar que los tribunales regionales toman cada vez más importancia, tanto en asuntos de derechos humanos como comerciales. A veces estos sectores se superponen. Como parte de un esfuerzo de la CIJ para asegurar que la justicia internacional respete los principios del imperio del derecho, se sugiere que la CIJ examine ideas para reunir a los Miembros, Secciones y Afiliadas (así como a miembros de la judicatura nacional) de las distintas regiones para analizar las actuaciones de los tribunales regionales de carácter internacional<sup>17</sup>. Ya hemos aludido a la inminente creación de una nueva Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. El recurso al arbitraje, cada vez más frecuente en Africa, así como la perspectiva de confiar a tribunales regionales el trámite de las controversias que surjan en las uniones aduaneras subregionales, tienen consecuencias considerables para la protección de los derechos humanos y la observancia del imperio del derecho.

La tendencia a *regionalizar* la solución de controversias jurídicas, lejos de contradecir la dinámica de la *mundialización*, es una reacción necesaria. El hecho que tribunales de Africa y de las Américas puedan interpretar textos internacionales, y no sólo los regionales, abre nuevas perspectivas que la CIJ debería explorar.

<sup>17</sup> La experiencia del Comité Permanente de las Secciones europeas en la elaboración de una 'Posición de la Comisión Internacional de Juristas sobre la Conferencia Intergubernamental de la Unión Europea', que aborda las cuestiones de la responsabilidad y la competencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, podría aprovecharse para crear una red de actores interesados que estudien las consecuencias de esta suerte de regionalización.

El examen de algunas cuestiones de interés internacional en un contexto regional tendrá más posibilidades de éxito que si se realiza en el plano internacional (por ejemplo, la Carta Africana ofrece posibilidades interesantes de ampliar el sentido y el ámbito del derecho al desarrollo o del derecho a la autodeterminación).

Pero también la creación de regímenes jurídicos regionales puede socavar la deseada universalidad. La integración subregional intergubernamental no solo ha hecho resurgir ciertas identidades regionales, sino también nuevas formas de adopción de decisiones y de acción intergubernamental. Como ejemplo, debemos examinar las consecuencias del nuevo *Protocolo sobre Asilo de Nacionales de los Estados Miembros de la Unión Europea* al Tratado de Amsterdam que entró en vigor en 1997. Su 'artículo único' comienza afirmando que:

Dado el grado de protección de los derechos y libertades fundamentales por parte de los Estados Miembros de la Unión Europea, se considerará que los Estados Miembros constituyen recíprocamente países seguros a todos los efectos

jurídicos y prácticos en relación con asuntos de asilo<sup>18</sup>.

El texto del artículo continúa con varios casos de excepción en los cuales la solicitud de asilo presentada por un nacional de un Estado Miembro puede ser considerada por otro Estado Miembro<sup>19</sup>. Si bien este Protocolo no ha sido refrendado por la totalidad de los 15 Estados Miembros, sienta un precedente que es, obviamente, muy peligroso. En efecto, abre la posibilidad de que algún día otras regiones adheridas a tratados de derechos humanos puedan sentirse autorizadas a suspender de la misma forma el derecho internacional de asilo en vigor. Para disipar la impresión de que la Unión Europea socava las Convención de Ginebra, el preámbulo expresa que, "CONSIDERANDO que este Protocolo respeta la finalidad y los objetivos de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951, sobre el Estatuto de los Refugiados". No obstante, el ACNUR ha criticado dicho Protocolo en estos términos:

La decisión de la UE nos preocupa profundamente. Si la Unión aplica restricciones a la Convención, otros pueden

<sup>18</sup> Traducción libre.

<sup>19</sup> Cuando el Estado Miembro del que el solicitante sea nacional haya adoptado medidas que establezcan en su territorio un estado de excepción de conformidad con el artículo 15 de la Carta Europea de Derechos Humanos; cuando el Consejo estime que en el Estado Miembro existe una grave y persistente violación de los derechos humanos del cual es nacional la persona que solicita asilo en virtud del procedimiento del nuevo artículo 7 del Tratado de la Unión Europea y, si un Estado Miembro así lo decidiera unilateralmente respecto de un solicitante de otro Estado Miembro ... en este caso la solicitud se atenderá basándose en la presunción de que es manifiestamente infundada. La efectiva aplicación de estas excepciones carece de real interés para la cuestión aquí abordada; que es el mensaje que comporta la exclusión geográfica.

hacer lo mismo, debilitando así la universalidad del instrumento que brinda protección internacional a los refugiados. En consecuencia no podemos compartir la consideración del preámbulo que declara que el Protocolo respeta la Convención<sup>20</sup>.

La cuestión que ahora se plantea es la de saber qué consecuencias tendrá dicha decisión para el imperio del derecho y, en particular, para el principio de hacer cumplir los derechos humanos por medio de una justicia independiente. En este contexto, la falta de respeto al imperio del derecho presenta dos aspectos. El primero es saber si tal flagrante derogación de los derechos humanos en vigor puede ser atacada en juicio ante un tribunal de nivel regional encargado de velar por el respeto del derecho internacional y regional. Probablemente la respuesta será negativa. Ni el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ni el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estarían dispuestos a recibir una queja contra los Estados Miembros por haber concluido un Protocolo que vulnera el derecho internacional de derechos humanos. Estamos ante una situación paradójica. La Unión Europea invoca su adhesión al imperio del derecho y a la eficacia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para derogar la práctica internacional, mientras que ningún tri-

bunal podría contestar esa misma derogación.

El segundo aspecto es la disminución del respeto del imperio del derecho en el contexto de decisiones nacionales tomadas para cumplir las exigencias de una ley regional. Por ejemplo, la conformidad con las normas de derechos humanos de una decisión tomada por una autoridad pública de un Estado Miembro de la Unión Europea (UE) para cumplir las obligaciones contraídas en virtud de disposiciones jurídicas de la UE difícilmente podrá ser juzgada por los magistrados de un tribunal nacional o por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El fundamento lógico es que las autoridades nacionales no tienen facultades discrecionales en la materia y que la Comunidad o Unión Europea no es parte en la Convención Europea de Derechos Humanos. A pesar de que la Comisión Internacional de Juristas ha promovido activamente el acceso de la UE a dicha Convención<sup>21</sup>, tal solución parece cada vez más lejana y menos probable.

Este ejemplo europeo ha servido para ilustrar cuán poco se ha hecho para asegurar que, en los diversos pactos y uniones aduaneras o de seguridad que han ido apareciendo en las Américas y en África, las nuevas formas de adoptar decisiones estén sujetas a escrutinio judicial, no

<sup>20</sup> 'El ACNUR preocupado por el acceso restringido al asilo en Europa', en *Update on Europe* de 20 de junio de 1997.

<sup>21</sup> Comisión Internacional de Juristas, *The accession of the European Communities to the European Convention on Human Rights*, documento de trabajo, 1993.

sólo en cuanto a su conformidad con los tratados que han establecido dichas uniones sino también con respecto al derecho internacional de los derechos humanos, cuyo reconocimiento ha costado tantos sufrimientos y luchas. Más aún, las fuerzas de integración regional han dejado poco espacio a que se incremente el respeto de los dos nuevos principios del imperio del derecho antes mencionados. Los procedimientos de adopción de decisiones en el plano regional tampoco se han ocupado mucho de asegurar que quienes toman las decisiones en el plano nacional sean responsables ante el pueblo. (El nuevo concepto implica que el gobierno se vuelve una entidad irresponsable, que no debe rendir cuentas ante ninguna sociedad civil determinada). Y muy poco se ha hecho para asegurar la participación popular en el diseño y la elaboración de las soluciones legales de los problemas de derechos humanos.

### **3. La liberalización del comercio y las inversiones**

En vísperas del nuevo milenio, la posible transformación de sectores enteros provocada por una globalización creciente de la economía y también por la rapidez del progreso tecnológico es causa de gran preocupación y de no poca inquietud. Los empleadores y los inversionistas actúan ahora en un plano que trasciende las fronteras nacionales. Y además se teme que operen al margen del imperio del derecho. Al imaginar nuevas normas que aborden este fenómeno, los legisla-

dores enfrentan una doble oposición. En primer lugar la falta de confianza en las soluciones legislativas, por representar una forma de papeleo y burocracia que la ideología de la liberalización del comercio trata de evitar. En segundo lugar se teme que relacionar los derechos humanos con las cuestiones ambientales no sea otra cosa que una cortina de humo para disimular la continuación de programas proteccionistas, tanto en el mundo en desarrollo como en otros lugares. En los corredores de las sedes de Ginebra de la Organización Internacional del Trabajo y de la Organización Mundial del Comercio se está desarrollando la cuestión de la corrección comercial y el respeto de las normas del trabajo fundamentales, pero las soluciones se encontrarán probablemente en el plano nacional a lo largo del mundo.

El nuevo acuerdo para proteger las inversiones extranjeras pone en evidencia la vía que siguen los estados para reajustar la noción de soberanía en un mundo cada vez más integrado. Renato Ruggiero, Director de la OMC, ha llamado el proyecto de Acuerdo Multilateral sobre Inversiones (AMI) de la OCDE 'la Constitución de una única economía mundial'. La CIJ tiene seguramente una función que cumplir para asegurar que tal constitución sea compatible con principios del imperio del derecho tales como: i) los procedimientos judiciales para hacer cumplir los derechos humanos; y ii) la participación popular en la elaboración de soluciones legales a los problemas de derechos hu-

manos. Hasta ahora las organizaciones de derechos humanos han tratado las cuestiones de la liberalización del comercio y las inversiones como si pertenecieran a otro mundo. Kothari y Krause han echado las campanas al vuelo al afirmar que:

Según noticias que se han filtrado sobre el AMI, los colectivos que defienden el medio ambiente, la justicia social, el trabajo y el desarrollo han reunido cuantas fuerzas han podido alistar. Para esta coalición resulta claro que la nueva tendencia hacia una mundialización empresarial como la que encarna el AMI barrería solapadamente las obligaciones jurídicas internacionales contraídas por los estados en los últimos años, especialmente las relativas a los derechos humanos y el medio ambiente. Esta coalición amplia de ONG's no comprende sin embargo muchas agrupaciones de derechos humanos [...] Por su fracaso en actuar de concierto con otras fuerzas progresistas, el movimiento de los derechos humanos se está poniendo al margen por sí mismo. La facilidad con la cual el AMI ha alcanzado una etapa avanzada de preparación, y el poderío que representan los organismos paraestatales, debieran ser un despertador de las ONG's de derechos humanos<sup>22</sup>.

Para las ONG's la cuestión de los derechos humanos ha de comprender dos

aspectos. En primer lugar, cómo asegurar que los tratados multilaterales concluidos por los Estados en el contexto de la liberalización del comercio y las inversiones no impidan que esos mismos Estados cumplan sus obligaciones internacionales de derechos humanos. Por ejemplo, toda propuesta de un tratado de inversión encaminada a que un Estado permita realizar inversiones en un área que de otro modo estaría protegida a efectos de preservar la cultura de una población indígena ha de modificarse para garantizar que ese Estado conserve su facultad de protección de los derechos humanos. En segundo lugar, las organizaciones de derechos humanos deberían comenzar a desarrollar los instrumentos y códigos de derechos humanos en vigor para que permitan garantizar que las empresas comprendan que también ellas tienen responsabilidades en virtud de las normas de derechos humanos. Como recientemente señalaba Pierre Sané la introducción de la Declaración Universal de Derechos Humanos se proclama como

ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, con el fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Kothari, M. y Krause, T. «Human Rights or Corporate Rights? the MAI Challenge», en *Human Rights Tribune*, 5 (1-2), 16. (Traducción libre)

<sup>23</sup> Sané, P. «Indivisibles droits humains» en *Le Monde Diplomatique*, edición de mayo de 1998, pág. 32 (Traducción libre).

Hay por cierto un movimiento que trata de repensar las obligaciones de las empresas en tanto que órganos de la sociedad y transformar algunas de ellas en 'dedicadas servidoras del bien común'<sup>24</sup>. Para la CIJ, la cuestión que se plantea en términos de determinar si las empresas, incluidas las grandes transnacionales, han de considerarse como grandes entidades paraestatales, responsables a igual título que los propios Estados, o si es preferible comenzar a examinar los distintos tipos de códigos de buena conducta que promulgan los colectivos de consumidores y las propias empresas, para verificar si, de hecho, son más apropiados para garantizar el respeto de los derechos humanos.

Un aspecto de la responsabilidad empresarial que aún puede desarrollarse es la aceptación creciente de que las empresas pueden ser criminalmente responsables por violaciones al derecho penal internacional emergente, tales como el delito de genocidio u otros crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. Entre las partes del proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional que están entre corchetes, algunas se refieren a la competencia de la Corte para juzgar personas jurídicas. Esta noción se precisó en el curso de las dos primeras semanas de negociaciones, llegándose a definir dichas personas como las empresas cuyo objetivo real y concreto es priva-

do, excluyéndose a todo Estado u otro órgano público en ejercicio de la autoridad estatal y a los organismos públicos internacionales<sup>25</sup>. En ningún momento del debate se plantearon objeciones a que las empresas tuvieran los deberes internacionales mencionados. Las divergencias surgieron en torno a cómo garantizar la adecuada representación de las empresas a efectos procesales. Si la Corte tendrá o no jurisdicción sobre las empresas no cambia el hecho de que actualmente no caben dudas en que se debe considerarlas sujetas a las normas de derechos humanos y del derecho internacional.

## Conclusiones

Las fuerzas que se describen en este documento no sólo tienen la potencialidad de socavar los derechos humanos, también pueden liberar nuevas energías para formar nuevas alianzas regionales y planetarias. De alguna manera es justo ver la dinámica de la mundialización como creadora de nuevas constelaciones, tanto "arriba" como "abajo". Estas fuerzas, que Bengoa llama globalizaciones "por arriba" y "por abajo", pueden también ser percibidas como una relación simbólica compleja.

La "globalización de los estándares" es la consecuencia más importante de la globalización por abajo. Las comuni-

<sup>24</sup> Grossman, R.L. y Adam, F., «Exercising Power Over Corporations Through State Charter's» en *The Case Against the Global Economy: and for a turn toward the local*, Ediciones J. Mander and Goldsmith, págs. 374 a 389.

<sup>25</sup> Documento de Naciones Unidas A/CONF 183/WGGP/L.5/Rev.1.

dades locales junto con recibir los impactos del comercio internacional, reciben también los impactos de nuevas concepciones de justicia, equidad, que se intercomunican mundialmente. Esto significa que las antiguas formas de vida, soportables en el aislamiento y desconocimiento de alternativas, comienzan a ser cuestionadas localmente<sup>26</sup>.

Al concluir, debemos sin embargo recordar que la incidencia de la mundialización también puede traducirse en fragmentación y desintegración.

La disminución del poder del Estado, de su capacidad de control en materias económicas y no pocas veces también políticas, está conduciendo a desplazar [...] la cultura. Los mercados económicos, los mercados de productos, los sistemas de

intercambio tecnológico y de conocimientos se globalizan de manera muy rápida. Las culturas en cambio siguen un camino diferente y a veces opuesto<sup>27</sup>.

Debemos admitir que una parte del regreso a la identidad étnica o de otra clase parece constituir una reacción a la función disminuida del Estado Nación, así como a la búsqueda de la propia cultura en un mundo cada vez más uniformizado. Para la CIJ el desafío parece ser encontrar formas de conectarse con las fuerzas que están modelando el mundo y asegurar que tales entidades comprendan tanto sus responsabilidades en materia de derechos humanos como también que, en virtud del imperio del derecho, deberán rendir cuentas de toda violación que cometan.

## Bibliografía

BENGOA, J. (1997) Informe final del Relator Especial, Subcomisión de Prevención de la Discriminación y Protección a las Minorías, *La relación entre el disfrute de los derechos humanos, en particular los derechos económicos, sociales y culturales, y la distribución de los ingresos* (Documento E/CN.4/Sub.2/1997/9).

CUMARASWAMI, Dato' P. (1997) 'La Declaración Universal de Derechos Humana-

nos - ¿Es realmente universal?', en *La Revista* de la Comisión Internacional de Juristas; N° 58-59, pág. 102.

DENG, F. (1997) 'Universal Implementation' en *Österreichische außenpolitische Dokumentation*; número especial 'The universal protection of human rights: Translating international commitments into national action'; 40<sup>th</sup> International Seminar for Diplomats, Helbrunn Castle, Salzburg, Austria, 28 de julio-1 de agosto 1977; 56-81.

<sup>26</sup> Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1997/9, párr. 44.

<sup>27</sup> Ibid, párr. 38

- GHAI, Y. (4.9 1997) 'Rights, Duties and Responsibilities', en *Human Rights Solidarity*; AHRC Newsletter, 7 (4) Human Rights in the Asian Context, 9.
- GOLDSTONE, R. (1997) 'Note' to the High-level Group on Human Duties and Responsibilities in the Third Millennium - Towards a Pax Planetaria. (Clasificado por el nombre del autor).
- GROSSMAN, R.L. y F. Adams (1996) 'Exercing Power Over Corporations Through State Charters' en *The Case Against the Global Economy an for a turn toward the local*; J. Mander y E. Goldsmith (eds.), 374.
- HIRSH, M. (1996) 'Graft Busters' *Newsweek* 25 de diciembre de 1996.
- COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS (1993) *The Accesion of the European Communities to the European Convention on Human Rights*; documento de trabajo
- COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS (1998) *Report of the Regional Seminar on Economic, Social and Cultural Rights organized by the Inernational Commission of Jurists in Collaboration with the African Development Bank*; Abidjan, Costa de Marfil, marzo 9-12 de 1998.
- KOTHARI, M. y T. Krause (1998) '*Human Rights or Corporate Rights? The MAI Challenge*' 5(1-2) *Human Rights Tribune* 16.
- RAMCHARAN, B.G. (1997) 'Universalidad de los Derechos Humanos' en *La Revista de la Comisión Internacional de Juristas*; N° 58-59, pág. 89.
- RAMONET, I. (1997) 'La mutation du monde' *Le Monde Diplomatique*, octubre de 1997.
- SANÉ, P. (1998) 'Indivisibles droits humains' *Le Monde Diplomatique*, mayo de 1998; pág. 32.
- VAN BOVEN, T. (1998) 'A Universal Declaration of Human Responsibilities?' documento elaborado para una reunión celebrada en la Real Universidad de Brabante, Tilburg (Clasificado por el nombre del autor).



## Aplicación directa de las normas de derechos humanos a y por las empresas transnacionales

Laurence Dubin\*

En los últimos años se ha prestado gran atención a las empresas transnacionales (ETN) y su contribución, positiva o negativa, a los derechos humanos en los países donde operan.

La animada controversia mantenida en torno a las empresas transnacionales (ETN), frecuentemente se ha centrado en su poderío económico y a veces político, la movilidad y complejidad de sus operaciones, así como por las dificultades que crean a los Estados (tanto de origen como anfitriones) que tratan de ejercer su autoridad legítima sobre ellas<sup>1</sup>.

No obstante, la relación entre la protección de los derechos humanos y las actividades de las ETN, mediante mecanismos privados como los códigos de conducta o el etiquetado social, es un fenómeno nuevo.

Sería útil definir en primer término la realidad jurídica de las ETN.

También llamadas empresas multinacionales, estos actores típicos y bien conocidos de la economía mundial comprenden un grupo de empresas que tienen un propietario o control común que funcionan habitualmente (pero no siempre) con un propósito común o en sectores económicos afines y que, por lo general (pero no siempre), utilizan la misma marca de fábrica, a veces con variaciones locales<sup>2</sup>.

La mayoría de estos actores económicos mundiales se han implantado en países desarrollados. Sus nombres son conocidos en el mundo entero: Shell y Exxon (Esso), Nestlé, Philip Morris, General Electric, Mercedes-Benz, Fiat, General Motors, Philips, Nike, Reebok...

Estas entidades se caracterizan por la multiplicidad de sus filiales que, en algunos casos realizan negocios tan distintos que los no iniciados pueden ignorar que

\* Laurence Dubin está actualmente trabajando en una tesis de doctorado sobre la protección de los derechos del trabajo en el comercio internacional (con la supervisión del profesor Yves Daudet) en la Universidad de La Sorbona (París, Francia). En marzo de 1998 fue nombrada por la CIJ como experta en derechos humanos y su aplicación directa a las empresas transnacionales, como parte de sus actividades relativas a la incidencia de la mundialización en el imperio del derecho y los derechos humanos.

<sup>1</sup> Louis Henkins, Richard Crawford Pugh, Oscar Schachter y Hans Smit, *International Law, cases and materials*, segunda edición, ed. West publishing co., pág. 344 (Traducción libre).

<sup>2</sup> Instituto de Derecho Internacional, *Yearbook*, vol. 65, parte 1, Reunión de Milán de 1993, Trabajos Preparatorios; ed. Pedone, París, pág. 28.

pertenecen a un mismo grupo. Pero en la mayoría de los casos forman parte de una actividad integrada y realizada bajo la dirección de una administración o gestión común<sup>3</sup>.

El público suele identificar la filial con un país determinado. Pero las ETN no se vinculan necesariamente con el país donde tiene su sede la empresa matriz, que puede funcionar bajo una administración jerárquica o descentralizada. Como dice Robert Reich, "hoy en día las decisiones de las empresas se guían por los dictados de la competencia mundial y no de la lealtad nacional"<sup>4</sup>. Debe reconocerse que si bien es posible que algunas personas no miembros posean acciones de una filial, es característica esencial de la empresa multinacional que las acciones de las filiales no se dispersen. Más aún, la administración de tales filiales la ejerce la empresa matriz mediante el control directo o indirecto de las acciones o por otros medios<sup>5</sup>.

Es bien sabido que las actividades de las ETN tienen repercusiones globales favorables para los países donde se incorporan sus filiales pues, por lo general, ofrecen mejores condiciones de trabajo que las empresas locales. Pero el caso

que plantea un problema es el de los beneficios obtenidos por las ETN que aprovechan las condiciones de vida más pobres de un país para subcontratar o establecer filiales.

En este caso particular, las ganancias de una ETN no serán ilícitas si los subcontratistas o las filiales respetan el derecho local. A su vez, se podrá sostener que las ganancias serían ilícitas o inmorales si implican una inobservancia de los derechos humanos. No hay duda que el análisis moral de las empresas multinacionales reviste particular importancia dado que ellas, al revés de las entidades nacionales, están sujetas a diversos sistemas jurídicos, con exigencias contradictorias. Aun resulta muy poco claro si el derecho puede ser la base para fijar parámetros morales por la simple razón que muchos derechos nacionales contienen normas contradictorias entre sí. Esta falta de coherencia puede remediarse remitiéndose a los derechos humanos, un cuerpo uniforme de normas jurídicas internacionales.

Los derechos humanos forman parte del derecho nacional y del derecho internacional. Siempre se ha considerado que los Estados eran los actores princi-

<sup>3</sup> Instituto de Derecho Internacional, *op. cit.*, pág. 248 de la edición en inglés.

<sup>4</sup> R. Reich, "Who is them?", en la *Harvard Business Review* N° 69; 1991, pág. 77 (Traducción libre).

<sup>5</sup> El control consiste en la facultad de ejercer una influencia decisiva en las decisiones de una empresa, mediante el nombramiento de sus directores o gestores principales, o de otro modo; una entidad que controla es la empresa u otra entidad que detenta o ejerce el control de otro miembro del grupo de empresas que constituye una multinacional. Una entidad que controla puede ser, pero no necesariamente, la empresa matriz de una multinacional.

pales para hacerlos cumplir. Sin embargo el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) proclama que *“todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella [la Declaración Universal de Derechos Humanos], promuevan [...] el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, [...] su reconocimiento y aplicación universales y efectivos”*. En consonancia, el párrafo 1 del artículo 29 afirma que *“toda persona tiene deberes respecto a la comunidad”*. Por su parte, el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), al igual que el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), declara *“que el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, tiene la obligación de esforzarse por la consecución y observancia de los derechos reconocidos en este Pacto”*.

Sin embargo, mientras que dichos instrumentos internacionales se proponen obligar a los individuos a respetar los derechos humanos, ningún mecanismo internacional permite establecer una responsabilidad directa de las ETN a este respecto. En último término se considera siempre al Estado como responsable de toda violación de los derechos humanos. Por lo tanto, para aplicar directamente los derechos humanos a las actividades de las ETN se requiere un mecanismo interestatal o un foro con participación estatal cuyo objetivo común sea reglamentar dichas actividades.

Pese a que hasta ahora no hayan tenido el éxito esperado, las Naciones Unidas han desplegado considerables esfuerzos en este campo. Pero tal vez el problema podría encararse de otro modo, recurriendo al concepto de responsabilidad compartida entre el Estado y las ETN, que requeriría el consentimiento de estas últimas para asegurar que aplicarán los derechos humanos. Para concretar este concepto, sería particularmente apropiado referirse al derecho de las inversiones.

El derecho de las inversiones es la única rama del derecho internacional que permite reconocer derechos a las ETN, pero sólo cuando actúan como inversionistas (en adelante “inversores”). Las ETN rara vez están sujetas a cumplir obligaciones con respecto a la comunidad internacional, pero sí con los Estados anfitriones donde actúan. Los *Principios directores de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) en relación con las empresas multinacionales*, que son parte de la *Declaración sobre las Inversiones y las Empresas Multinacionales*, mencionan los deberes particulares de las ETN hacia sus empleados. Más aún, la OCDE está negociando la revisión de esos Principios con la intención de integrar en ellos normas de derechos humanos. También se ha previsto examinar las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio (MIC) en la Conferencia ministerial de la Organización Mundial del Comercio (OMC) de diciembre de 1999.

Paralelamente a la aplicación directa de los derechos humanos a las ETN surge la cuestión de la aplicación directa por parte de las propias ETN. En esta perspectiva ellas no sólo deberían cumplir con los derechos humanos sino también contribuir a salvaguardarlos.

El movimiento de ética empresarial, surgido en los Estados Unidos hace unos treinta años, sostiene que las ETN son los nuevos actores interesados en la protección de los derechos humanos. El constante crecimiento de este movimiento desde su creación nos permite contar con un cuerpo considerable de literatura sobre códigos de conducta y responsabilidad social de las ETN. Lamentablemente no se dispone de un análisis de los códigos basado en los derechos humanos. Es por lo tanto importante estudiar los diversos códigos de conducta de las ETN para determinar si ellos se basan en las mismas normas de derechos humanos.

El cumplimiento de los códigos de conducta privados en cuanto tales es voluntario y, por lo tanto, jurídicamente no vinculantes. Sin embargo, es posible relacionar los principios de derecho internacional público relativos a las ETN con los códigos de conducta privados en la medida que ellos se refieran a ciertos derechos humanos. Para establecer esta relación es indispensable fijar un conjunto de normas de derechos humanos que las ETN aceptan aplicar en sus actividades internacionales. A tal efecto, conveniría comenzar sintetizando los mecanis-

mos privados que utilizan las ETN para aplicar normas de derechos humanos.

Habida cuenta de estas observaciones, el presente estudio tratará de dar respuesta a estas dos preguntas: ¿con qué fundamento jurídico pueden las ETN aplicar los derechos humanos? y, ¿hay algún concepto o mecanismo que permita poner a cargo de las ETN una obligación jurídica de respetar los derechos humanos?

## 1. Posibilidad jurídica de una aplicación directa de las normas de derechos humanos a y por las ETN

A casi todos sus efectos, el derecho internacional considera a las ETN como nacionales de un Estado, sea el de incorporación, sea el de la casa matriz, sea el del negocio principal.

A primera vista parecería pues que la aplicación directa de las normas de derechos humanos a las ETN constituye un objetivo altruista pero irrealizable. Para lograrlo sería necesario que la totalidad de los Estados-Nación donde actúan las ETN estén de acuerdo en imponerles obligaciones internacionales. Sin embargo, las iniciativas tomadas por las ETN, en parte merced al movimiento de ética empresarial, constituyen una nueva fuente jurídica de aplicación directa de normas de derechos humanos por parte de las ETN.

Dado que las ETN no son una entidad jurídica única sino un grupo de personas jurídicas sometidas al derecho de los países donde actúan, la primera cues-

ción que se plantea en relación con estas iniciativas es determinar si promueven normas de derechos humanos equivalentes a las de la Carta de derechos humanos, es decir la Declaración Universal y los dos Pactos (el PIDCP y el PIDESC).

Esta cuestión comprende el tema de la realidad jurídica de un consenso internacional entre las Estados - Nación sobre ciertos derechos humanos apropiados a las actividades de las ETN. En los casos en que el estado anfitrión no haya aún aplicado los derechos humanos en su legislación, el consenso mencionado permitiría que las ETN lo hiciesen en forma independiente, sin referencia al derecho nacional del Estado donde realizan operaciones.

En consecuencia debemos investigar qué normas de derechos humanos pueden ser jurídicamente aplicables a y por las ETN y si las iniciativas del sector privado se basan en esas normas a efectos de determinar su legalidad.

#### **A. La aplicación directa de normas de derechos humanos a y por las ETN, ¿es jurídicamente posible?**

Se ha sostenido que "la naturaleza universal de los derechos (humanos) y las libertades (fundamentales) es indis-

cutable"<sup>6</sup>, y que los Estados deben incorporar todos los derechos humanos en su derecho nacional. En realidad la realización de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos es más compleja. Si bien debe promoverlos y protegerlos a todos, la importancia de las particularidades jurídicas nacionales y regionales, así como diversos factores históricos, culturales y religiosos, impiden que las normas de derechos humanos sean incorporadas de la misma manera en todos los países.

Para nuestro propósito, es decir la aplicación directa de los derechos humanos a y por las ETN, vincular las particularidades de cada Estado y la protección nacional de los derechos humanos es extremadamente importante. En efecto, no es posible que las ETN apliquen la totalidad de los derechos humanos de la misma forma en todos los países, dado que ellas se localizan en Estados muy diferentes (desarrollados o en vías de desarrollo; dualistas o monistas)<sup>7</sup>.

Entre estos derechos internacionalmente reconocidos, los inalienables, es decir los que no se pueden ser suspender aun en caso de emergencia nacional, tales como el derecho a la vida, no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, no estar

<sup>6</sup> Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Declaración y Programa de Acción de Viena, Documento de las Naciones Unidas, A/CONF.157/28, § 1, pág. 6.

<sup>7</sup> Los sistemas monistas distinguen entre el derecho nacional y el internacional. Para poder aplicar una norma jurídica internacional ella debe ser adoptada por la legislación del estado. Los monistas, por el contrario, no hacen tal distinción y consideran que el internacional y el nacional son manifestaciones de una única concepción del derecho.

sometido a esclavitud ni a servidumbre, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, pueden considerarse directamente aplicables a y por las ETN. Cabe también señalar que en la legislación europea de derechos humanos, la Convención Europea de Derechos Humanos reconoce que los de carácter inalienable pueden aplicarse horizontalmente (es decir entre los propios individuos y no sólo entre el Estado y el individuo). Estos derechos particulares son el derecho a la vida<sup>8</sup>, el de estar a salvo de torturas o de tratos crueles, inhumanos o degradantes<sup>9</sup> y el de verse libre de la esclavitud y el tráfico de esclavos<sup>10</sup>. Además, algunos derechos económicos y sociales, que tienen fundamental importancia para las ETN, también han sido considerados como internacionalmente reconocidos e independientes de las particularidades de los Estados.

Si bien la Conferencia de Viena sobre derechos humanos distingue el estatus jurídico de los derechos civiles y políticos por un lado y los derechos económicos, sociales y culturales por otro, esta distinción ya no es pertinente. Aun cuando se suele considerar que no es posible exigir compulsivamente el cumplimiento de estos últimos, la indivisibilidad de los derechos humanos significa que los económicos y sociales están en pie de igualdad con los civiles y políticos.

No obstante algunos sostienen que, pese al principio de indivisibilidad, la aplicación de los derechos económicos y sociales presenta problemas a causa de que su contenido no está claramente definido. Esta dificultad se podría resolver centrándose en las obligaciones fundamentales contraídas por los estados partes, que es, precisamente, el método elegido por la comunidad internacional desde comienzos del decenio de 1990.

Por ejemplo, la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social (Copenhague, marzo de 1995) adoptó unos compromisos y un Programa de Acción que reconoce los "*derechos básicos de los trabajadores*": la prohibición del trabajo forzoso y el trabajo de los niños, la no discriminación en el empleo y la libertad de asociación y de negociación colectiva. En 1966, en Singapur, en la Conferencia Ministerial los Estados miembros de la OMC, en la Declaración Ministerial de Singapur, renovaron su compromiso de respetar las normas fundamentales del trabajo internacionalmente reconocidas, con especial referencia a la liberalización del comercio. La parte pertinente de dicha Declaración afirma: "*renovamos nuestro compromiso con la observancia de las normas del trabajo internacionalmente reconocidas*". Más recientemente, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) adoptó, el 18 de junio de 1998, la

---

<sup>8</sup> Artículo 2.

<sup>9</sup> Artículo 3.

<sup>10</sup> Artículo 4, § 1.

Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento. Los cuatro derechos fundamentales allí mencionados son idénticos a los reconocidos por la Declaración y Programa de Acción de la Cumbre de Copenhague.

En consecuencia, mediante este proceso de acrecentamiento, la articulación y afirmación repetidas de ciertos derechos desempeña una función importante en la consolidación de un consenso internacional entre los países, a través del cual cada Estado reconoce que la observancia de los derechos económicos y sociales fundamentales no depende del nivel de desarrollo económico del país. Sin embargo, las disparidades entre los Estados significa que cada uno de ellos aplica los derechos mencionados de una manera adecuada a su situación particular.

Pero las diferencias en los métodos de aplicación no ponen necesariamente en tela de juicio el efecto deseado de las normas de derechos humanos. Se ha sostenido que los derechos fundamentales de los trabajadores no obligan al estado a adherirse a ciertas normas de conducta sino a alcanzar resultados que garanticen la no vulneración de los derechos económicos y sociales fundamentales.

Puede obtenerse un enfoque similar considerando inalienables los derechos que expresan prohibiciones, como la de no estar sometido a torturas ni tratos crueles, inhumanos o degradantes. De estas prohibiciones pueden ocuparse,

concomitantemente, tanto los Estados como entidades o individuos privados. Se llega así a la conclusión de que las ETN están jurídicamente obligadas a respetar dichas prohibiciones, pero tienen libertad para elegir los métodos de aplicación. En consecuencia las ETN pueden aplicar las normas de derechos humanos fundamentales eligiendo una práctica que les resulte adecuada, con independencia de las particularidades de los Estados donde se encuentran.

Otros derechos humanos requieren una acción positiva del Estado, especialmente los de tener una nacionalidad, salir de cualquier país, buscar asilo, casarse y fundar una familia, participar en el gobierno, descansar y disfrutar del tiempo libre, acceder a la seguridad social y a la educación, que deberá ser gratuita en lo que respecta a la instrucción elemental y fundamental. A primera vista estos derechos no parecen relevantes para las ETN. Para que lo sean es necesario darles una nueva formulación. Por ejemplo, Las ETN podrían aplicar el derecho a la educación elemental gratuita proporcionando a sus empleados la formación que requieren sus actividades. El derecho a salir de cualquier país podría determinar que las ETN permitan a sus empleados dejar el país donde se encuentra una determinada filial para ir a trabajar en otra incorporada en un país distinto. El derecho al descanso y disfrute del tiempo libre podrían aplicarlo directamente disponiendo vacaciones para su personal. También podrían aplicar el derecho a fundar una familia previendo licencias

de maternidad para sus empleadas. El derecho a la seguridad social presenta más dificultades y las ETN se verían obligadas a encontrar criterios adecuados para aplicarlo en cada país donde tengan filiales.

Pero cabe añadir que ninguna nueva formulación de los derechos de asilo, de participar en el gobierno y de tener una nacionalidad, podría hacerlos surtir efectos jurídicos en el ámbito de las ETN.

Resumiendo, puede decirse que las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas que no necesitan una nueva formulación para ser legítimamente aplicadas por las ETN son las relativas a los derechos a la vida, a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, a no estar sometido a esclavitud ni a servidumbre, así como la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio y del trabajo infantil, la no discriminación y la libertad de asociación y de negociación colectiva. A su vez las normas que necesitan una nueva formulación para poder ser aplicadas directamente por las ETN incluyen: los derechos a fundar una familia, a salir de cualquier país, a la educación, al descanso y disfrute del tiempo libre y a la seguridad social. Mediante un detallado análisis de los derechos garantizados por la DUDH y los dos Pac-

tos, es posible dar a los derechos humanos una formulación que los haga pertinentes y apropiados para las ETN.

Teniendo presentes las observaciones anteriores, examinaremos a continuación la concordancia entre dichas normas de derechos humanos y las iniciativas del sector privado. También trataremos de determinar si estas iniciativas ofrecen más protección que las actuales normas de derechos humanos.

### **B ¿Es legal que las ETN definan y apliquen por sí mismas normas de derechos humanos?**

Según la Oficina Internacional del Trabajo (OIT), la expresión *'iniciativas del sector privado'* se refiere a las acciones que, aunque no hayan sido urgidas por la legislación, tratan de mejorar o complementar los comportamientos que exige la ley<sup>11</sup>. Puede decirse que esas iniciativas privadas constituyen una nueva fuente de derecho internacional, específico a la realidad económica de las propias ETN y que permiten considerarlas como entidades jurídicas. Si bien un concepto uniforme de esta realidad jurídica es difícil de elaborar, diversas iniciativas del sector privado permiten intentarlo.

Estas iniciativas asumen diversas formas, que van desde los códigos de conducta hasta el etiquetado social o las ini-

<sup>11</sup> OIT, Consejo de Administración, 273ª reunión, Ginebra, noviembre de 1998, *Examen general de los acontecimientos globales y de las actividades de la Oficina en relación con los códigos de conducta, el etiquetado social y otras iniciativas del sector privado que revisten importancia para las cuestiones laborales*, Documento de la OIT, GB.273/WP/SDL/1 (rev. 1), párr. 26.

ciativas de los inversores. Los códigos de conducta son *una política formulada por escrito o una declaración de principios que se dirige a servir de base al compromiso de conducta de una empresa particular*<sup>12</sup>. Por su lado, el etiquetado social es *cualquier medio por el que se facilita información mediante una etiqueta física sobre las condiciones sociales que rodean a la producción de un producto o a la prestación de un servicio*<sup>13</sup>. Cabe además señalar las "inversiones socialmente responsables" que puede asumir dos formas: la selección de los fondos de inversión y las iniciativas de los accionistas.

Todas estas distintas iniciativas del sector privado pueden ser el resultado de asociaciones entre actores privados tales como inversores, consumidores, subcontratistas, empresas, asociaciones, sindicatos, organizaciones no gubernamentales (ONG), consultores profesionales y auditores. También pueden iniciarlas entidades públicas tales como los gobiernos, la Organización Internacional de Normalización (ISO) u otros organismos internacionales. Una vez que establecidas, las iniciativas se pueden llevar a cabo de distintas maneras. Por ejemplo, los códigos de conducta pueden aplicarse a niveles diferentes, como el de las filiales o el de los subcontratistas. Algunos de ellos pueden ser modelos que servirán para desarrollar nuevos códigos.

Pese a unos programas ambiciosos,

es aún difícil evaluar cuáles son las consecuencias de estas iniciativas. Se ha sostenido que mediante el sistema de etiquetado social los consumidores y todas las partes pueden verificar en qué medida se han respetado los derechos humanos en un determinado procedimiento de fabricación. A su vez, las iniciativas de los inversores pueden incidir en los derechos humanos, sea determinando el grado en que se cumplen en un país anfitrión que es necesario para proceder a la selección de los fondos de inversión, sea desalentando las inversiones en los países con un nivel de cumplimiento escaso. También en función del comportamiento de la empresa en materia de cumplimiento de los derechos humanos podrán excluirse títulos de sociedades que se cotizan en Bolsa de las carteras de inversiones. En consecuencia, tales mecanismos privados pueden establecer un boicoteo que, en último término, redunde en perjuicio de las empresas en cuestión.

Habitualmente en estas iniciativas del sector privado se definen las normas de derechos humanos que ellas tratan (autodefinition).

Por lo tanto es necesario examinar si las ETN formulan normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas en términos equivalentes a los de la DUDH o concordantes con su espíritu. En segundo lugar cabría evaluar si la aplicación de tales iniciativas es legítima. Esta

<sup>12</sup> OIT, Consejo de Administración, 273ª reunión, Ginebra, noviembre de 1998, *doc. cit.*, párr. 68.

<sup>13</sup> OIT, Consejo de Administración, 273ª reunión, Ginebra, noviembre de 1998, *doc. cit.*, párr. 68

cuestión reviste una importancia crucial pues también implica tratar los posibles efectos económicos de estas iniciativas. En otras palabras, si ellas son una nueva forma privada de proteccionismo a expensas de los países en desarrollo o si, por el contrario, perjudican a las ETN al punto de impedir su proliferación.

*i) Naturaleza jurídica de la ética empresarial*

Nos ocuparemos aquí de los códigos de conducta que se refieren a las normas de derechos humanos. *Los sectores que tratan directamente de los productos de consumo parecen ser más favorables a su desarrollo, y entre ellos cabe destacar los textiles, el vestido, el cuero y el calzado, así como el comercio (vendedores al por menor y fabricantes domésticos de productos de consumo), el sector de los productos alimenticios y las bebidas y las industrias químicas y de juguetes*<sup>14</sup>. Las ETN más voluminosas del mundo del sector textiles, vestido, cuero y cal-

zado (en adelante TVC) y afines, principalmente las radicadas en los Estados Unidos, han impulsado la tendencia hacia los códigos como medio de aprovisionamiento responsable. Para negociar y aplicar dichos códigos, las ETN de estos sectores suelen cooperar con sindicatos y organizaciones de defensa de los derechos humanos. En los Estados Unidos estos sistemas de códigos híbridos tratan casi exclusivamente de los derechos de los trabajadores, como resultado de una sensibilidad particular de la opinión pública nacional a la explotación de la mano de obra<sup>15</sup>.

Varios códigos de conducta también se están desarrollando en Europa. Por ejemplo, en el Reino Unido, la *Ethical Trading Initiative* (ETI) ha aprobado recientemente un código modelo (The ETI Base Code), para que a su vez las empresas afiliadas a la ETI lo adopten e incorporen a sus propios códigos.

<sup>14</sup> OIT, Consejo de Administración, 273ª reunión, Ginebra, noviembre de 1998, *doc. cit.*, párr. 32.

<sup>15</sup> Cabe recalcar que esta preocupación es específica de la sociedad estadounidense y no exclusivamente internacional. Los códigos de conducta se originaron a raíz del descubrimiento de un caso de explotación en la empresa *El Monte*, California, donde 72 personas de origen tailandés permanecieron prisioneros y fueron obligados a trabajar en condiciones próximas a la esclavitud durante siete años. El Ministro de Trabajo Robert Reich lanzó una campaña contra la explotación, acentuando la presión para que comerciantes al por menor y fabricantes asumiesen su responsabilidad por las empresas con quienes comerciaban. A partir de esta campaña, ONG's de derechos humanos y sindicatos comenzaron a tratar el tema de la responsabilidad de las ETN en materia de explotación. Por ejemplo, tras un intensa campaña contra *Gap*, liderada por la National Labour Committee and Unite, que había vendido productos elaborados en América Central en condiciones de explotación, el distribuidor aceptó examinar la posibilidad de un control internacional, traducir su código de conducta en los idiomas de los 47 países donde se producían las mercancías y exhibirlo en lugares bien visibles de cada fábrica; reconocer y respetar los derechos sindicales y empeñarse en que la producción en El Salvador estuviese exenta de explotación.

Además los gobiernos han comenzado a participar en la reglamentación de las ETN y sus códigos privados de conducta. Por ejemplo, en los Estados Unidos, durante el mandato del presidente Clinton, la Administración se ha encargado de supervisar a una asociación de empresas de prendas de vestir. la *Apparel Industry Partnership* (AIP) que asocia a Nike, Reebok, Liz Clairborne, L.L Bean, Patagonia y Philips-Van Heusen con ONG y sindicatos estadounidenses<sup>16</sup>. En Europa, estas iniciativas también se han vuelto más comunes, como la ETI del gobierno británico, quien aporta finanzas y observación a la Junta. Otro gobiernos han preferido desarrollar guías, directrices u orientaciones relativas a los códigos de conducta, como la Voluntary Codes Guide del Canadá, la Guide for Fair Trading Codes of Conduct publicada por el gobierno australiano y las Guidelines on Developing a Code of Practice de Nueva Zelandia.

El etiquetado social se da principalmente en el comercio al por menor para la exportación. Algunas etiquetas sociales sólo se aplican en sectores muy específicos, como el de la fabricación de alfombras anudadas a mano, pelotas de fútbol o prendas de vestir. Estas etiquetas fueron creadas como consecuencia de las presiones ejercidas por organizaciones de consumidores y campañas. Sin embargo también ciertas asociaciones gobierno/

empresa o una sola empresa dedicada a la fabricación, la exportación o la venta al por menor han desarrollado sistemas independientes de etiquetado social. Según la OIT, los programas de etiquetado social llevados a cabo por ONG's o asociaciones híbridas tienden a ser dominados por organizaciones de los países en desarrollo, cuya dirección está a cargo tanto de una sola empresa como de asociaciones entre el sector público y el privado. Los programas de dichos países suelen ser el resultado de coaliciones. Las etiquetas sociales pueden adherirse a los productos mismos, como es el caso del etiquetado de las carpetas "Rugmark" o pueden consistir en un nombre comercial, como "Conducta Responsable" (Responsible Care) que utilizan, mediante certificación, las empresas afiliadas.

La naturaleza jurídica de tales mecanismos del sector privado suele vincularse, en términos generales, con las normas de derechos humanos pues en ellos las ETN suelen asociarse con ONG de derechos humanos u organizaciones de trabajadores. Sin embargo, los códigos no suelen mencionar textualmente las normas internacionales de derechos humanos de la DUDH, prefiriendo darles una definición propia. No obstante, tales autodefinitiones pueden fijar objetivos que se relacionan con las normas de derechos humanos y coinciden con el espíritu de la DUDH.

<sup>16</sup> Las principales ONG's que participan en estas iniciativas contra la explotación de los trabajadores son: Business for Social Responsibility, Centro interconfesional de responsabilidad de la empresa, International Labour Rights Fund, Lawyers Committee for Human Rights y Unite.

A esta altura, nuestro propósito principal es determinar si las iniciativas del sector privado tienen debidamente en cuenta los derechos que las ETN tienen facultad de aplicar, según lo ya demostrado por este estudio.

*i.a) Derechos económicos y sociales*

Libertad ante la discriminación

Según la OIT, los mecanismos del sector privado tratan a menudo el tema de la discriminación, al que corresponde el segundo lugar entre los derechos económicos más frecuentemente abordados, después de la salud y la seguridad. Muchos códigos al ocuparse de este derecho se refieren al respeto de la dignidad de los trabajadores. Un ejemplo ilustrativo es el código de conducta de la empresa minera WMC, que declara *“todos tienen derecho a ser tratados como personas, independientemente de su función o de sus diferencias individuales”*<sup>17</sup>. Una rara excepción la constituye una empresa del sector TVC, que se refiere directamente a las normas internacionales en estos términos: *“todos los trabajadores que producen productos manufacturados para KappAhl o vendidos por ella han de recibir unos salarios correctos y unas condiciones de trabajo convenientes de conformidad con los Convenios Nos. 29, 87, 98, 100, 105, 111 y 138 de la Organización Internacional del Trabajo”*<sup>18</sup>. Algunos códigos,

como el de la empresa Reynolds, dan una nueva formulación a la libertad ante la discriminación, disponiendo específicamente la igualdad de oportunidades en materia de ascenso: *“nos comprometemos plenamente en una política de no discriminación en el empleo y en la causa de la igualdad de oportunidades de empleo y de ascenso para todos”*<sup>19</sup>.

Otros códigos se refieren al *derecho a igual salario por trabajo igual* reproduciendo el tenor del párrafo 2 del artículo 23 de la DUDH. Por ejemplo, incluyen este derecho en sus códigos o en sus etiquetas KappAhl, la Campaña francesa Ropa Limpia, la SA 8000 y el Código internacional de conducta para la producción de flores cortadas propuesto por la UITA, varios sindicatos locales y unas pocas ONG's.

Pero todos los códigos que tratan del principio de no discriminación se refieren a la legislación nacional de los países donde operan. En consecuencia se puede decir que dan una aplicación privada a este derecho internacionalmente reconocido sin modificar el sentido substancial de la formulación de la DUDH.

Trabajo infantil

Según la OIT, un 45 por ciento de todos los códigos de conducta destacan este tema. La principal cuestión relativa

<sup>17</sup> Código de conducta de la empresa minera WMC.

<sup>18</sup> Código de conducta, relaciones laborales, de KappAhl.

<sup>19</sup> Guía de conducta empresarial de la Reynolds Metals Company.

al trabajo infantil es la edad mínima requerida. La mayor parte de los códigos no definen al trabajo infantil y, por lo general, fijan por sí mismos la edad mínima en unos 14 o 15 años. Si bien estas edades no son incompatibles con el Convenio N° 138 de la OIT, los códigos de conducta no se ocupan de las condiciones ni de las salvaguardias previstas en dicho convenio. Más aún, al autodeterminar la edad mínima, los códigos pueden estar en conflicto con disposiciones jurídicas de los países donde las ETN se han incorporado. Por ejemplo, el *Acuerdo entre IKEA y la IFBWW* declara "No habrá trabajo infantil. Sólo podrán ser empleados los trabajadores de 15 años o más, o que hayan superado la edad de escolarización obligatoria, en caso de que ésta sea más alta, según el Convenio N° 138 de la OIT. Las excepciones a esta regla se producirán sólo si la legislación nacional dispone de otro modo". Mientras que la primera parte de este compromiso se refiere a las disposiciones del Convenio núm. 138 de la OIT y amplía *de facto* su alcance jurídico, la segunda parte cancela todo compromiso relativo a dicho convenio si la legislación nacional del país de incorporación es diferente, sea porque el estado no ha ratificado el convenio, sea por haberse acogido a derogaciones. Pero cabe señalar que aún si aplica plenamente este compromiso, IKEA no violaría la soberanía del Estado en el cual se encuentra pues este último está obligado a erradicar el trabajo infantil. Pero tal vez

sería más fácil y pertinente que las ETN se comprometan por sí mismas, en términos generales, a no interferir en la escolarización obligatoria. Por ejemplo, en los principios generales del código de conducta de Starbucks, la empresa declara: "*Pensamos que los niños no deberían ser ilegalmente empleados como trabajadores ... Creemos que si los niños trabajan, esto no debería interferir con su educación obligatoria*"<sup>20</sup>.

Puede pues decirse que sería mejor formular los compromisos de las ETN en relación con el trabajo infantil en términos negativos, como asegurar que los niños no trabajen si no alcanzan una cierta edad. Al expresarse de esta forma las ETN evitarían un riesgo de injerencia en la soberanía del Estado.

#### Trabajo forzoso

Según la OIT, un cuarto de los códigos prohíben el trabajo forzoso, en su mayor parte de empresas de los sectores TVC, comercio y juguetes. La OIT parece lamentar que esos códigos definan por sí mismos ciertos términos, en particular "trabajo forzoso", que prohíben sin precisarlos más detalladamente. Un ejemplo es el código de prácticas empresariales del Consejo Internacional de Industrias del Juguete (*International Council of Toy Industries*) según el cual habrá acuerdo en no emplear "*trabajo forzoso ni trabajo penal, y en que los tra-*

<sup>20</sup> OIT, Consejo de Administración, 273ª reunión, Ginebra, noviembre de 1998, *Op. cit.*, nota 58.

*bajadores sean plenamente libres para marcharse cuando termine su turno*". Puede decirse que este último derecho particular de los trabajadores a marcharse cuando termina el turno viene a complementar la prohibición del trabajo forzoso establecida por una norma internacional de derechos humanos con una la libertad que no figura en la DUDH ni en los dos Pactos. Sin embargo, tal derecho parece perfectamente pertinente a las actividades de las ETN, en especial las del sector industrial. Uno de los códigos (el de *Empire Stores Group-Redoute Group*) se refiere expresamente a los convenios de la OIT: "*Evitaremos subcontratar fabricantes de los que se pueda razonablemente suponer que explotan el trabajo ... de manera contraria a las normas y recomendaciones de la [OIT]*".

Pese a la falta de definiciones de los códigos -irrelevante para este derecho, ya claramente definido en el plano internacional- la manera en que se comprometen las ETN es más que satisfactoria pues ninguno de ellos se refiere al derecho nacional. Al aplicar la prohibición del trabajo forzado sin remitirse al derecho nacional, las ETN reconocen implícitamente el carácter imperativo de este derecho humano.

Pero cabe lamentar que sólo una minoría de códigos de conducta hayan incorporado prohibiciones relativas al trabajo forzado.

Libertad de asociación y negociación colectiva

La OIT señala que aproximadamente un 15 por ciento de los códigos contienen referencias a la libertad de asociación o a la negociación colectiva o a ambas cosas. El escaso tratamiento de este tema indica que esas normas internacionales no influyen automáticamente en el sector privado.

Pero cuando hay referencias, ellas suelen provenir de los sectores textil y comercial, y en menor medida de los productos alimenticios y bebidas, silvicultura, productos químicos, producción metalúrgica de base, agricultura, minas y hotelería<sup>21</sup>. Esta pluralidad de sectores indica la importancia de la libertad de asociación y del derecho de negociación colectiva para todos los sectores de actividad de las ETN.

También se debe señalar que las iniciativas unilaterales no se refieren a esta particular norma de derechos humanos. La explicación puede ser que la libertad de asociación y la negociación colectiva permiten a los trabajadores negociar sus salarios, cuyos niveles repercuten a menudo en los costes de producción. Con excepción de KappAhl, los códigos de conducta que se refieren a la libertad de asociación son los elaborados con participación de ONG y/o de organizaciones de trabajadores. Sin embargo, la for-

<sup>21</sup> OIT, Consejo de Administración, 273ª reunión, Ginebra, noviembre de 1998, *op. cit.*, § 56.

ma de referirse a dicha libertad muestra una cierta diferencia con respecto a la legislación de los Estados-Nación donde las ETN se han establecido. Por ejemplo, un código híbrido, la SA 8000, ha optado por un enfoque internacionalizado del tema, dejando a salvo las situaciones en que la legislación nacional restringe la libertad de asociación y la negociación colectiva. Si bien las ETN que han adoptado esta postura parecen aplicar la norma respetando al mismo tiempo los límites de la legislación nacional, en realidad este criterio conduce a una aplicación de las normas mínimas. En consecuencia cabría alentar a las ETN que apliquen este derecho humano internacional en toda su extensión, obviamente dentro de los límites impuestos por la legislación nacional.

#### Salarios

Menos de la mitad de los códigos de conducta han incorporado el derecho a un salario equitativo. La norma internacional sobre salarios es objeto de amplia controversia, especialmente a raíz de las múltiples interpretaciones del vocablo "equitativo". La OIT, en su *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social*, aconsejaba a las ETN con actividades en los países en desarrollo "que proporcionen los salarios, las prestaciones y condiciones de trabajo que sean al menos suficientes para

*satisfacer las necesidades básicas de los trabajadores y sus familias*". Pero esta Declaración no es jurídicamente vinculante. Por lo tanto se debe investigar si los códigos de conducta son el método más adecuado y eficaz para aplicar este derecho.

Los códigos de conducta que se ocupan de los niveles salariales o bien se remiten a la legislación nacional o bien optan por definir por sí mismos una fórmula que les resulte adecuada. Las normas autodefinidas de niveles salariales establecen una norma general que con frecuencia invoca el principio de "equidad". Más concretamente, la vaguedad del término equidad indica que el nivel de los salarios no puede imponerse recurriendo a un concepto de salario mínimo definido en términos absolutos. Por lo tanto muchos códigos contienen cláusulas tales como "*la compensación debe ser justa y adecuada*"<sup>22</sup>, "*deberían hacer frente a las necesidades básicas de los trabajadores*"<sup>23</sup>. La participación de las ETN en determinar el salario mínimo es completamente irrelevante para las normas de derechos humanos. En realidad, lo más importante es incluir en los códigos de conducta el derecho a la libertad de asociación y negociación colectiva.

#### Salud y seguridad

*La seguridad y la higiene en el trabajo* es un derecho reconocido en el artículo

<sup>22</sup> Johnson and Johnson, *Our Credo*.

<sup>23</sup> Dayton Hudson Corporation, *Standards of vendor engagement*.

7,b) del PIDESC. En vez, la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo no se refiere a la salud y la seguridad. Pero según la OIT aproximadamente las tres cuartas partes del total de los códigos se refieren a la salud y la seguridad profesionales, principalmente los de la industria química y de los tejidos, cueros y calzado, así como también los de transportes, minería, comercio, correos y fabricación de juguetes. Es significativo que la mayor parte de estos códigos de conducta definan por sí mismos el derecho a la salud y la seguridad en el trabajo; en efecto, la definición de las normas y su aplicación dependen de cada sector. Pero lo más importante es que tales autodefiniciones se propongan alcanzar un objetivo general que guarda relación con el PIDESC. Así, la *Shell* incluye en su Declaración de Principios Generales: "*mantener un lugar de trabajo seguro y saludable*". Al referirse a este objetivo general, los códigos no mencionan el derecho nacional de los países donde las empresas desarrollan sus actividades. Sin embargo, pese a que la Declaración de la OIT no interpreta este derecho, no resulta difícil comprender que por el hecho de aplicarlo las ETN no interfieren en el ámbito de la soberanía de los Estados. Más aún, como las ETN utilizan una formulación concordante con la del Pacto no podría haber conflicto de intereses.

Por otra parte, al participar en la aplicación de este derecho humano, las ETN pueden también contribuir a su potencial ensanche. De ser así, el derecho a la

salud y la seguridad en el trabajo podría incluirse entre los directamente aplicables por las ETN.

### *i.b) Derechos civiles y políticos*

No hay muchos códigos de conducta que traten de las normas de derechos humanos relativas a los derechos civiles y políticos. En algunos de ellos figura la libertad de conciencia y a la libertad de expresión. Por ejemplo, las normas empresariales de *Maquiladora* declara que la empresa "*se abstendrá de toda discriminación en el empleo fundada en ... la convicción política*". El derecho a participar en la vida pública figura en los Principios Empresariales de la Mesa Redonda de Caux, según los cuales la empresas han de "*respetar todo cuanto sea posible las instituciones democráticas y promoverlas por doquier*".

La reserva que guardan las iniciativas del sector privado con respecto a los derechos civiles y políticos podría indicar, a primera vista, un desinterés de las ETN por la aplicación de estos derechos. Por el contrario, en la realidad es más probable que se inste a las ETN a no mezclarse en cuestiones políticas, principalmente por los riesgos de injerencia en asuntos internos. Además, desde un punto de vista jurídico, la formulación de las normas internacionales relativas a estos derechos no se adecua directamente a las ETN. Se las debe pues expresar de un modo que sea adecuado a las actividades de las ETN. Pero esta reformulación de normas debe realizarse con circunspec-

ción para asegurar su adhesión al espíritu de la DUDH y evitar sustituirse a las iniciativas de los Estados.

Sin embargo, las ETN pueden aplicar directamente en sus programas privados los derechos a dejar un país y a fundar una familia. La formulación de estos derechos puede integrarse en sus iniciativas para reforzar la aplicación directa de los derechos humanos. Pero aún queda por determinar si estas iniciativas se ajustan al derecho internacional. A este respecto debemos tener presente la problemática cuestión de si el sistema normativo de la OMC sería aplicable a estas iniciativas privadas y, en tal caso, si ellas podrían causar distorsiones al comercio.

## *ii) La legitimidad de la ética empresarial*

Se ha argumentado que los sistemas de etiquetado social pueden conducir a un proteccionismo privado pues crean una distinción entre productos etiquetados y no etiquetados. El mismo riesgo se presenta con respecto a los códigos de conducta, pues el mero hecho de que una empresa dé a conocer su código al público establecería, con respecto a las empresas que no han hecho tal divulgación, una discriminación comercial, positiva o negativa. Este riesgo potencial se perfila en la creciente sensibilidad de los consumidores por las condiciones de producción. Por ejemplo, un reciente estu-

dio realizado en el Reino Unido señala que más del 30 por ciento de los consumidores estaban de acuerdo en apoyar el boicoteo de una empresa denunciada por sus prácticas poco atentas con los derechos humanos<sup>24</sup>. Como corolario de su principio fundamental de no discriminación comercial, el sistema normativo de la OMC prohíbe el proteccionismo de muchas maneras. Por lo tanto el tema que corresponde examinar aquí es si el alcance del mencionado principio constituye una base legal suficiente para controlar la tendencia al proteccionismo que se percibe en los códigos del sector privado. Una última cuestión a considerar es si el nuevo *Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio* (OTC) de la OMC aborda estas iniciativas.

Habida cuenta de estas cuestiones jurídicas, deberemos investigar de qué modo los sistemas de etiquetado social y los códigos de conducta cumplen con el conjunto de reglas de la OMC y, en particular, con el principio de no discriminación. También deberemos examinar de qué modo se pueden vincular las iniciativas del sector privado con el mencionado acuerdo de la OMC.

### *ii.a) Conformidad con el principio de no discriminación de la OMC*

Para comenzar, debemos tener presente que los acuerdos del GATT y de la

<sup>24</sup> Hines C. Worcester, *R.M Mory Business in the Community*; Reino Unido 1998, Informe de la encuesta sobre las actitudes del público y de dirigentes de empresa del Reino Unido con respecto a la necesidad de una responsabilidad social y de normas éticas de las empresas.

OMC distinguen entre las medidas que afectan la importación y las que afectan a las propias mercancías importadas.

Las iniciativas del sector privado no afectan la importación de mercancías, es decir la recepción real de productos en el territorio de los estados importadores, pero sí las ventas internas. Esta distinción ha sido intencionalmente prevista por la cláusula relativa al trato nacional del artículo 10 del Acuerdo General, que es una manifestación más del principio de no discriminación.

El párrafo 4 del artículo III comienza diciendo que:

“Los productos del territorio de toda parte contratante importados en el territorio de cualquier otra parte contratante no deberán recibir un trato menos favorable que el concedido a los productos similares de origen nacional, en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de estos productos en el mercado interior”.

En cuanto al concepto de *productos similares*, las iniciativas del sector privado no se aplican al producto final sino a los métodos o procedimientos de su fabricación. El grupo especial del GATT encargado del caso Tuna recogió esta misma distinción al afirmar que el principio de trato nacional “obliga a com-  
par el trato concedido a los productos nacionales y a los similares importados, pero no las políticas o prácticas del país de origen y las del país de importación”<sup>25</sup>. En función de las condiciones de su elaboración, sólo hay dos maneras de distinguir los productos: los que tienen derecho al etiquetado social o los que se han producido siguiendo el criterio de un código de conducta. Pero esta distinción no infringe la aplicación del principio de la OMC relativo al trato nacional. Por supuesto tal hipótesis pierde toda validez si son los gobiernos quienes reglamentan los programas de etiquetado social o de códigos de conducta.

En realidad, los programas de etiquetado social o de códigos de conducta reglamentados por los gobiernos infringen las reglas de la OMC si discriminan entre los productores a quienes se ha atestado su respeto de las normas de derechos humanos y los que no poseen tal certificación. Los Estados miembros de la OMC no podrían presentar una queja contra otro Estado miembro fundada en que el incremento de su competitividad se debe a que omiten el cumplimiento de derechos laborales propiamente dichos. Podría sin embargo argumentarse que la ética empresarial puede ser una medida de represalia en cuanto sus normas han sido establecidas por ETN occidentales y les permiten competir con los países en desarrollo que no han alcanzado el mismo nivel de protección de

25 GATT Panel Report, United States: Restrictions on Imports of Tuna; Tuna II, GATT, Doc. DS29/R, § 5 a 8 (Traducción libre).

los derechos humanos. En tal sentido, se las acusa de utilizar las normas de derechos humanos para disfrazar un proteccionismo postcolonial, que es uno de los mayores temores de los países en desarrollo. Estas preocupaciones han influido en la decisión de la OMC de considerar a las iniciativas privadas como potencialmente incompatibles con las reglas del comercio internacional.

Para evitar pues su rechazo, se ha propuesto incluir en bloque a estas iniciativas en el Acuerdo OTC para asegurar así su continuidad y, al mismo tiempo, que no se las utilice como formas privadas de proteccionismo.

#### *ii. b) Conformidad con el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC)*

El Acuerdo OTC, que ha sustituido a la Ronda de Tokio sobre Obstáculos Técnicos al Comercio ("*Código de Normas*"), obliga a velar porque las normas y los reglamentos técnicos no constituyan obstáculos innecesarios al comercio internacional. Como se afirma en la introducción del Acuerdo, las exigencias de etiquetado se consideran un ejemplo de reglamento o norma técnica. Se define el reglamento técnico como un documento en el que se establecen las características de un producto o los procesos y métodos de su producción, con inclusión de las disposiciones administrativas aplicables, y cuya observancia es obligatoria. En consecuencia, se podrán considerar como casos de reglamentación técnica los códigos de conducta o los siste-

mas de etiquetado social que sean supervisados por los propios gobiernos y cuyo cumplimiento sea obligatorio.

A su vez, se entiende por norma técnica todo documento aprobado por una institución reconocida, que prevé, para un uso común y repetido, reglas, directrices o características para los productos o los procesos y métodos de producción conexos y cuya observancia no sea obligatoria. Los organismos pertinentes a que se refiere esta definición no son necesariamente instituciones gubernamentales, pues también se puede encargar a instituciones privadas la reglamentación de procedimientos técnicos. De esta forma, la definición de normas o de reglamentos técnicos del Acuerdo OTC no impide que las ONG puedan desempeñar una función legítima en virtud de las propias reglas de la OMC.

Cabe mencionar una segunda precisión establecida por el Acuerdo OTC: éste "*sólo trata de los reglamentos técnicos, normas y procedimientos para la evaluación de la conformidad relacionados con los productos o los procesos y métodos de producción*". En consecuencia, por cuanto se refiere a las normas de derechos humanos, las que se relacionan con las condiciones de trabajo pueden considerarse como parte de los métodos de producción. Los sistemas de etiquetado social pueden así aparecer, a primera vista, como motivo de preocupación en relación con el Acuerdo OTC. Para evitar obstáculos innecesarios al comercio internacional, el artículo 2.2 establece:

“... los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. Tales objetivos legítimos son, entre otros: los imperativos de la seguridad nacional; la prevención de prácticas que puedan inducir a error; la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animales o vegetal, o del medio ambiente. Al evaluar esos riesgos, los elementos que es pertinente tomar en consideración son, entre otros: la información disponible científica y técnica, la tecnología de elaboración conexa o los usos finales a que se destinen los productos”.

Con respecto a la iniciativas de etiquetado social, surge la cuestión de saber si el no cumplimiento de las exigencias relativas a los productos podría crear un riesgo real para los países importadores. Salvo el discutido aumento del desempleo en dichos países, el incumplimiento de las normas internacionales de derechos humanos no representa ningún peligro particular. En consecuencia no puede afirmarse que el Acuerdo OTC sea claramente aplicable a las iniciativas del sector privado.

Para determinar si las iniciativas del sector privado están o no comprendidas en el Acuerdo OTC será necesario que el Organismo de Solución de Diferencias (OSD) dé una interpretación jurídica del ámbito del OTC. Es fundamental señalar que tal interpretación no podrá crear nuevas obligaciones legales para los miembros de la OMC pues el Acuerdo

de la OMC prohíbe crear nuevas obligaciones para los Estados por conducto de la interpretación.

Pero además, la inclusión de los mecanismos de etiquetado social en el Acuerdo OTC no obligaría jurídicamente a las ETN a aplicar los derechos humanos internacionales, pero sí podría alentarlas a hacerlo. También esa inclusión pondría fin a la posibilidad de que las ETN sean acusadas de proteccionismo a expensas de los países en desarrollo, práctica que las reglas y orientaciones de la OMC no tolerarían. El Acuerdo OTC prevé que los programas de etiquetado social se refieren principalmente a normas internacionales aplicables en la esfera propia de cada programa. Por lo tanto la inclusión de las iniciativas sociales privadas en el Acuerdo OTC fomentaría la participación de las empresas privadas en las iniciativas encaminadas a la aplicación de las normas internacionales de derechos humanos.

Tras establecer que la inclusión del etiquetado social en el ámbito del Acuerdo OTC evitaría que las iniciativas privadas se transformen en una nueva forma de proteccionismo, este estudio deberá determinar ahora qué mecanismos permitirían que las ONG y las ETN formulen sus comentarios sobre la OMC. Esta cuestión se tratará en la segunda parte, dedicada al análisis de los sistemas legales que permiten considerar a tales iniciativas del sector privado como jurídicamente vinculantes.

En consecuencia, queda por determinar si hay uno o más mecanismos o sistemas internacionales jurídicamente vinculantes que permitan la aplicación directa de los derechos humanos a y por las ETN.

## II De qué manera puede ser jurídicamente vinculante la aplicación directa de las normas de derechos humanos a y por las ETN

Como hemos señalado en la introducción, el derecho de las inversiones extranjeras es la única rama del derecho internacional que trata la realidad jurídica de las ETN.

El concepto de inversión extranjera (IE) se vincula al proceso de producción. En un lenguaje sencillo, significa que uno de los factores de la producción, el capital, se coloca en ciertos países pero pertenece a entidades de otro país. La participación de varios países, desarrollados y en vías de desarrollo, explica por qué la reglamentación de las inversiones ha sido objeto de intensa polémica. Los países en desarrollo veían en ellas una manifestación neoimperialista, mientras que los desarrollados las utilizaban, fundamentalmente, para proteger a sus inversores.

Hoy en día, se considera que la inversión extranjera beneficia el desarrollo y, por lo tanto, este interés económico común ha transformado la polémica mencionada. En efecto, los países en desarrollo ven en la IE un medio de obte-

ner el capital necesario para realizar sus aspiraciones a un mejor nivel de vida, mientras que los países desarrollados los incitan a brindar ciertas seguridades contra los riesgos económicos y políticos inherentes a la inversión extranjera.

Los riesgos políticos implican, cada vez más, que se respeten los derechos fundamentales del trabajo por parte del Estado receptor. Por ejemplo, el mecanismo de seguros y garantías de las inversiones de los Estados Unidos (*American investments*), dirigido por la *Overseas Private Investment Corporation* (OPIC), requiere, *inter alia*, la participación del país receptor en la protección de los derechos de los trabajadores internacionalmente reconocidos.

Actualmente no hay real consenso sobre una nueva política de inversión extranjera directa, en particular a nivel multilateral.

La OMC aún no ha decidido si las normas del comercio multilateral han de comprender las inversiones, cuya reglamentación está en un período de formación. Por lo tanto, el vínculo entre los derechos humanos y las actividades de las ETN no ha sido considerado como una prioridad en la reglamentación de las inversiones.

Pero la reglamentación internacional de las inversiones no abarca todas las actividades de las ETN, como por ejemplo sus relaciones con subcontratistas o

proveedores, tradicionalmente excluidas de este campo.

Las iniciativas del sector privado difieren de la reglamentación de las inversiones por su alcance más amplio. En efecto, los códigos de conducta y el etiquetado social afectan a la empresa matriz, sus filiales y subcontratistas o proveedores. Por lo tanto, las reglas de las inversiones y la ética empresarial deben considerarse complementarias pues ambas crean obligaciones jurídicamente vinculantes para las ETN en tanto que actores económicos mundiales.

Queda pues por determinar si, en primer lugar, las reglas de las inversiones pueden proporcionar un marco legal a una aplicación jurídicamente vinculante de las normas de derechos humanos a las ETN y, en su caso, de qué manera. En segundo lugar, cómo podrían sintetizarse las iniciativas del sector privado para darles una nueva fuerza jurídicamente vinculante que permita la aplicación privada de normas de derechos humanos.

#### **A Sistemas jurídicos de aplicación directa de normas de derechos humanos a las ETN**

Antes de estudiar las posibilidades jurídicas de relacionar las normas de derechos humanos con la reglamentación

multilateral de la IE, sería oportuno investigar de qué manera la salvaguardia de las normas de derechos humanos se integra en las reglamentaciones bilaterales y regionales. Dado que, ciertamente, la reglamentación multilateral de la IE se inspirará en muchos aspectos de las reglamentaciones bilaterales y regionales, pasar a examinarlas es particularmente pertinente.

Incorporación de normas generales de derechos humanos en tratados de inversión bilateral

Los tratados de inversiones bilaterales (TIB) suelen considerarse jurídicamente importantes por falta de un tratado multilateral relativo a la IE.

Según los datos reunidos por el *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (Centro internacional para la solución de diferencias en materia de inversiones), en 1959, unos 140 países habrían concluido más de 700 tratados de inversiones bilaterales<sup>26</sup>. Estos tratados abarcan actualmente casi todas las principales regiones geográficas del mundo y tratan materias tales como el trato y la expropiación de inversiones que circulan entre las dos partes del tratado, las transferencias de divisas y la solución de diferencias surgidas en relación con tales inversiones, así como la admisión de IE en los Estados respectivos<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Stevens y de Alsis, "References on Bilateral Investment Treaties", en *Centre for Settlement of Investment Disputes Review, Foreign Investment Law Journal*, 1992, pág. 229.

<sup>27</sup> Ibrahim F.I. Shihata, "Recent trends relating to entry of foreign investment", en *Centre for Settlement of Investment Disputes Review, Foreign Investment Law Journal*, 1994, pág. 55.

Además los TIB han ejercido gran influencia en la manera de enfocar la admisión de IE por parte de la comunidad internacional.

Prácticamente todos los TIB contienen disposiciones sobre el trato nacional. La cláusula de trato nacional significa que el estado anfitrión (o receptor de la inversión) debe acordar a cada inversionista el mismo tratamiento que acuerda a sus empresas nacionales. Por lo tanto, si el Estado receptor no ha incorporado las normas de derechos humanos en su legislación nacional, los inversores no estarán obligados a aplicarlas. Sin embargo los TIB suelen declarar que los países receptores podrán aplicar la norma de trato nacional sin perjuicio de sus derechos a mantener el orden público y proteger sus intereses esenciales de seguridad.

Corresponde pues analizar las normas de derechos humanos en relación con el concepto de orden público. En otras palabras, si el país receptor puede condicionar la norma de trato nacional al respeto de las normas de derechos humanos por parte de las IE fundándose en la noción de orden público. Pero esta hipótesis pierde toda validez si el Estado anfitrión exige a las empresas extranjeras que respeten normas de derechos humanos que sus propias empresas nacionales no están obligadas a aplicar.

En efecto, puede sostenerse que si bien es inevitable que cada Estado sea juez de lo necesario para mantener su

propio orden público, la protección de las normas fundamentales de derechos humanos pueden considerarse como un orden público internacional comúnmente aceptado por muchos Estados.

No obstante las *World Bank Group Guidelines on the Legal Treatment of Foreign Direct Investment*, es decir las orientaciones del Banco Mundial relativas a la inversión extranjera directa, dejan claro que no se debería invocar a la ligera el orden público para excluir inversiones extranjeras.

En realidad, cuando se utilice el concepto de orden público internacional se le podría formular en términos más positivos pidiendo que las IE respeten la legislación nacional así como las normas internacionales de derechos humanos que debe observar la empresa en su país de origen. Desgraciadamente los países receptores utilizan muy raramente disposiciones de esta clase.

El único ejemplo que hemos encontrado de una redacción amplia en cuanto se refiere a la seguridad nacional y el orden público, es la ley de Moldavia sobre la inversión extranjera, que declara:

[las IE] pueden realizarse en todas las ramas de la economía de Moldavia a condición de que no violen los intereses de la seguridad del estado, las disposiciones de la legislación antimonopolio, las reglas para la protección del medio ambiente ni las normas morales<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> Moldavia, Ley sobre la Inversión Extranjera de 24 de julio de 1992, art. 4. párr. 1, (Traducción libre).

La inclusión de normas de derecho humanos en la inversión bilateral también puede provenir del país de origen de la IE.

Por ejemplo, la *Overseas Private Investment Corporation* (OPIC) es un precedente importante de la relación entre la IE y la protección de las normas de derechos humanos y, más concretamente, de las laborales internacionalmente reconocidas.

El objetivo principal de la OPIC es ampliar los programas de asistencia al desarrollo de los Estados Unidos, asegurando a los inversores de dicho país contra los riesgos políticos de los países en desarrollo. Desde la enmienda de la ley de la OPIC, de 1985, su facultad de operar en países extranjeros depende de la situación de los derechos de los trabajadores de los países receptores. A tenor de la ley enmendada:

la OPIC sólo podrá asegurar, reasegurar, garantizar o financiar un proyecto si el país donde se emprenderá el proyecto toma las medidas necesarias para adoptar y aplicar normas que extiendan ... a los trabajadores de dicho país los derechos del trabajo internacionalmente reconocidos<sup>29</sup>.

El Comité de Asuntos Exteriores de los Estados Unidos precisó que no cabría esperar que los países en desarrollo alcan-

zasen de inmediato normas del trabajo del mismo nivel que el imperante en los Estados Unidos y otros países altamente industrializados. Reconoce que el mínimo aceptable en materia de normas podía variar de un país a otro. Sin embargo, preocupaba al Comité que en muchos países en desarrollo los trabajadores no gozaran de los derechos fundamentales y que esta situación pudiera inducir a la fuga de capitales y de la producción de empresas estadounidenses al exterior<sup>30</sup>.

En la práctica la OPIC ya ha suspendido indefinidamente seguros, reaseguros, garantías de préstamos y programas de empréstitos directos a las inversiones estadounidenses en Nicaragua, Paraguay, Rumania, Chile y la República Centroafricana.

Sin embargo, la aplicación de la ley de la OPIC no es enteramente satisfactoria por varias razones.

La primera es su procedimiento, que faculta discrecionalmente al Ejecutivo de los Estados Unidos a suspender programas, añadiendo así consideraciones de orden político al propósito de promover los derechos de los trabajadores mediante el incremento de la IE.

La segunda es la pérdida de la ayuda de la OIPC como consecuencia de la vio-

<sup>29</sup> Traducción libre.

<sup>30</sup> Committee on Forcing Affairs, *Report to Accompany*; H.R. 3166, House Report 99-285, en el United States Code Congressional and Administrative News, 99th Congress, 1st Session; ed. St. Paul West Company, 1986, vol. 3, pág. 2577.

lación de los derechos de los trabajadores de ciertos países, que ha obligado a los inversores a suspender inversiones que habían previsto realizar en el extranjero. Por ejemplo, cuando la OPIC decidió cesar su programa en Chile a raíz de las prácticas laborales imperantes en dicho país, abandonó a inversiones que sumaban casi quinientos millones de dólares de los Estados Unidos. Esta pérdida de asistencia a proyectos en países que se juzga no cumplen los derechos fundamentales del trabajo puede también provocar una disminución de la protección. Con independencia de las prácticas de un país extranjero, se podría establecer una excepción para los inversores que voluntariamente acepten cumplir los derechos del trabajo que se mencionan en los estatutos de la OPIC<sup>31</sup>. En vez de prohibir drásticamente la asistencia de la OPIC a las IE en los países con antecedentes de derechos del trabajo poco felices, se debería seguir un procedimiento que, con una visión de conjunto, asegurase que los inversores estadounidenses mantengan normas de empleo que cumplen el objetivo de la ley de la OPIC. A tal efecto, correspondería colocar a cargo del inversionista estadounidense la carga de certificar que en sus operaciones se han adoptado y aplicado los derechos de los trabajadores internacionalmente reconocidos en los lugares de trabajo. Mediante un procedimiento de esta clase, los inversores estadounidenses se

transformarían en instrumentos de la evolución social y las industrias nacionales podrían abrirse al mercado mundial.

Pero la OPIC no apunta directamente a los inversores estadounidenses.

Por lo tanto el sistema OPIC crea una nueva forma de establecer condiciones relativas al establecimiento de inversores estadounidenses en los países en desarrollo. Sin embargo la práctica de la OPIC está actualmente evolucionando hacia una relación entre el inversionista, el país receptor y el país de origen. Por ejemplo, como resultado de una presión eficaz ejercida por la AFL-CIO, la OPIC concluyó un tratado trilateral de garantía de IE entre Hungría, Polonia, Estados Unidos y los inversores interesados en la IE. A este respecto una cláusula de este tratado dice:

todo inversor acepta no tomar ninguna medida que impida a los empleados de la empresa extranjera ejercer legítimamente los derechos de asociación, sindicación y negociación colectiva. El inversor también acepta observar las condiciones de empleo aplicables en materia de salarios mínimos, horas de trabajo y salud y seguridad profesionales, así como a no utilizar trabajo forzado u obligatorio. Ningún inversionista, en virtud de este párrafo, es responsable de las acciones de un gobierno<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> James M. Zimmerman, "The Overseas Private Investment and Corporations and Workers Rights; the loss of role models for employment standards in the foreign workplace"; en la *Hastings International and Comparative Law Review*, 1991, pág. 16.

<sup>32</sup> Congressional Record, Senate; noviembre 16 de 1989, p.S15843 (Traducción libre).

Sin embargo, se podría sostener que el inversionista es siempre responsable de sus *propias* acciones.

Se requiere además que la OPIC celebre audiencias públicas anuales donde toda persona, quienquiera que sea, pueda exponer sus opiniones sobre la manera en que la OPIC cumple su ley enmendada. Varias organizaciones de derechos humanos y sindicatos han hecho declaraciones ante la Junta de Directores de la OPIC alegando vulneraciones de los derechos de los trabajadores y solicitándole que cese sus actividades en las naciones responsables.

Correspondería pues instar a las organizaciones de derechos humanos y sindicatos a que utilicen este derecho de participación para pedir a la Junta de la OPIC que obligue a los inversores estadounidenses a respetar los derechos de los trabajadores internacionalmente reconocidos, aun si el país en el cual preveían invertir no cumple plenamente su legítima obligación de respetar y asegurar los derechos fundamentales en el trabajo.

Fuera del mecanismo de la OPIC no hay otro sistema jurídico relativo al derecho de las inversiones bilaterales que permita a los inversores contribuir al desarrollo de las normas de derechos humanos en sus inversiones en el exterior.

Convendría pues pasar a investigar si el derecho regional en materia de inversiones ofrece mejores oportunidades

para aplicar directamente los derechos humanos a las ETN.

Inclusión de normas generales de derechos humanos en las reglas de la inversión regional: la cuestión de los Principios Directores de la OCDE

La Carta de las Naciones Unidas sobre los derechos económicos y los deberes de los Estados, de 1974, dispone que cada uno de ellos, en el ámbito de su jurisdicción nacional, tiene derecho a reglamentar y ejercer su autoridad sobre la inversión extranjera de acuerdo con sus leyes y reglamentos y de conformidad con sus objetivos y prioridades nacionales. Sólo recientemente ha resultado claro que el derecho regional de la inversión comportaba una reducción de la libertad de los estados receptores.

Por otra parte, en los dos últimos años han surgido nuevos instrumentos regionales que representan un cambio significativo en el enfoque multilateral de la IE. Entre estos nuevos instrumentos figura el Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte y los Estados Nación (Declaración CE).

Estos dos instrumentos regionales se caracterizan por la manera fuertemente liberal de encarar la admisión de la IE. Ninguno de ellos contiene disposiciones de derechos humanos en relación con la conducta de los inversores.

Pese a la falta de todo vínculo entre los instrumentos regionales que tratan

de la admisión de IE y las normas de protección de los derechos humanos, hay un fuerte movimiento hacia la inclusión de normas de protección de los derechos humanos en un determinado foro regional relativo a la IE. En efecto, según la revisión que están realizando sus países miembros, los *Principios directores de la OCDE en relación con las empresas multinacionales*, que son parte de la *Declaración sobre las Inversiones y las Empresas Multinacionales*, de la OCDE, tratarán los derechos humanos en forma específica.

En su versión actual, los Principios de la OCDE dicen que, en el marco de las leyes, reglamentos y relaciones de trabajo y prácticas de empleo propias de cada país donde las ETN desarrollan actividades, ellas deberían:

1. Respetar el derecho de sus empleados a ser representados por sindicatos u otras organizaciones *bona fide* de empleados y entablar negociaciones constructivas, sea a título individual, sea por conducto de asociaciones de empleadores con organizaciones de empleados, a fin de alcanzar acuerdos sobre las condiciones de empleo, en los cuales figuren disposiciones sobre la solución de conflictos de interpretación de tales acuerdos, y asegurar el mutuo respeto de los derechos y de las responsabilidades.
2. a) Proporcionar a los representantes de los empleados las facilidades que puedan necesitar para contribuir al desarrollo de acuerdos colectivos efectivos;

b) Proporcionar a los representantes de los empleados la información necesaria para negociar las condiciones de empleo con pleno conocimiento de causa.

3. Cuando sea conforme con la ley y la práctica locales, proporcionar a los representantes de los empleados informaciones que les permitan tener una visión real y equilibrada del rendimiento de la entidad o, en su caso, de la empresa en su conjunto.
4. Observar normas de empleo y de relaciones de trabajo no menos favorables que las observadas por empleadores comparables del país anfitrión.
5. Utilizar todo cuanto sea posible en sus actividades a miembros formados de la fuerza de trabajo local o preparar su mejor formación, en cooperación con representantes de sus empleados y, en su caso, de las autoridades gubernamentales pertinentes.
6. Notificar con la debida antelación a los representantes de sus empleados, así como a las autoridades gubernamentales pertinentes, toda modificación prevista de sus actividades que pueda tener repercusiones importantes para la vida de sus empleados, especialmente el cierre de una entidad que entrañe despidos masivos o el fin de la relación de trabajo, con la finalidad de mitigar al máximo posible los perjuicios.

7. Aplicar sus políticas de empleo sin discriminación, comprendida la contratación, el despido, la remuneración; la promoción y la formación, con salvedad de la selección que respete las características del empleado según lo establecido por las políticas gubernamentales que promueven específicamente la igualdad de oportunidades y empleo.
8. En el contexto de negociaciones de buena fe con representantes de los empleados sobre las condiciones de empleo, o cuando los empleados ejercen su derecho de sindicalización, no amenazar con transferir total o parcial una unidad del país en que se encuentra hacia otro como medio de ejercer una influencia ilegítima sobre dichas negociaciones o para obstaculizar el ejercicio del derecho de sindicación.
9. Permitir a los representantes debidamente autorizados de sus empleados negociar convenios colectivos o cuestiones vinculadas a las relaciones laborales con representantes de la dirección facultados para tomar decisiones sobre las cuestiones objeto de la negociación.

Algunos de estos principios se refieren directamente a derechos económicos y sociales, como la libertad ante la discriminación o la libertad de hacerse representar por un sindicato. En cuanto a

este último derecho, es útil señalar que el primer principio no hace referencia a la legislación nacional del país anfitrión. Sin embargo, no resulta nada claro si la OCDE está de acuerdo en que la aplicación directa por parte de las ETN de la libertad de hacerse representar por un sindicato sea siempre legítima, aun si el país anfitrión lo prohíbe. Más aún, el preámbulo especifica que los principios deben aplicarse en el marco jurídico de cada país donde las ETN desarrollan sus actividades.

También el hecho de cada capítulo de los Principios comience con expresiones tales como "las empresas deberían" indica claramente que no son jurídicamente vinculantes.

Además los Principios declaran en forma expresa que su cumplimiento es voluntario y sin fuerza legal de aplicación. En consecuencia, nunca han sido tan eficaces como habrían podido.

La Conferencia sobre los Principios de la OCDE relativos a las empresas multinacionales, celebrada en Budapest del 16 al 18 de noviembre de 1998, determinó las principales esferas de la revisión<sup>33</sup>: aumentar la comprensión de los Principios, promover su utilización y conocimiento, mejorar los procedimientos de seguimiento y actualización del texto cuando sea necesario. Entre los capítulos que podrían necesitar una revisión,

<sup>33</sup> OCDE, *Conference on the OCDE Guidelines for Multinational Enterprises*; Budapest, Hungría, noviembre 16-18 de 1998. Actas resumidas, DAFPE/IME(98)18.

los relativos a las relaciones de trabajo y laborales, así como al medio ambiente, figuran entre los mencionados con más frecuencia, pero también se consideran nuevos temas como el de los derechos humanos. En cuanto al carácter jurídicamente vinculante de los Principios, se señaló que el carácter voluntario de su cumplimiento no implicaba la libertad de ignorarlos y que, ciertas reglas eran, en diverso grado, jurídicamente vinculantes. También se señaló la necesidad de que la conducta empresarial fuese regida por normas internacionalmente aceptadas. Por lo tanto, según este punto de vista, los derechos humanos internacionalmente reconocidos que se adecuen a las actividades de las ETN podrían considerarse como un elemento importante de las normas internacionalmente aceptadas para la conducta empresarial.

Habida cuenta de lo anterior, los participantes en la Conferencia de Budapest establecieron que la función principal de los Principios podría ser el constituir un código de códigos, es decir una norma que sirva de base a otros instrumentos. En consecuencia, resulta particularmente importante incorporar en dicho código de códigos las normas relativas a los derechos humanos fundamentales pertinentes a las ETN, así como las que hayan incorporado por iniciativa propia.

Además la revisión prevé reforzar las facultades del Comité de la Inversión Internacional y las Empresas Multinacionales (en adelante "el Comité"). Los Principios actuales se limitan a invitarlo a cele-

brar, periódicamente o a pedido de un país miembro, un intercambio de ideas sobre asuntos relacionados con los Principios.

La revisión también propone obligar a los Estados de radicación de las ETN a que armonicen su legislación con los Principios de la OCDE. La revisión se orienta además a ampliar la función de las ONG's garantizándoles el derecho legítimo de formular objeciones a la conducta de toda ETN. De esta manera, la revisión de los Principios de la OCDE prevé una responsabilidad compartida entre el Estado y las ETN, donde las ONG's tendrán una función que desempeñar.

Es por lo tanto indispensable que las ONG's y las ETN cooperen con la OCDE para poder incorporar las normas de derechos humanos señaladas en este estudio en el ámbito de dicha responsabilidad compartida.

También sería particularmente oportuno que las ETN y las ONG ideasen nuevos mecanismos que permitan la aplicación directa de los derechos humanos a las ETN si la OMC decide incluir la IE en su sistema reglamentario. En realidad, dado que la OCDE es una organización regional, esa inclusión reforzaría los resultados que pueda alcanzar la revisión de los Principios.

Incorporación de normas de derechos humanos en la reglamentación de la OMC

En la próxima conferencia ministerial, los Estados miembros de la OMC

decidirán si corresponde reglamentar las inversiones extranjeras. Si acuerdan que la OMC es competente para hacerlo, sin duda también se aplicarán a la IE los principios fundamentales de trato nacional y de nación más favorecida (NMF).

En relación con la IE, el trato nacional, al que ya nos hemos referido, requiere que los Estados concedan a los inversores un trato no menos favorable que el habitualmente acordado a las empresas locales. A su vez, el principio de NMF significa que si un país acuerda a un inversionista X un trato favorable, deberá conceder un trato equivalente a los demás.

La uniformización de estos principios sería muy provechosa para las ETN y reduciría la capacidad estatal de controlar todo aspecto negativo de la IE. También cabe prever que los países en desarrollo no se opondrán a la aplicación de estos dos principios por cuanto desean atraer el mayor número posible de IE. Pero, salvo en materia de aplicación del Acuerdo OTC, las ONG no gozan de estatuto jurídico en la OMC.

Les sería pues muy difícil ejercer una influencia directa en las negociaciones del

futuro Acuerdo Multilateral sobre Inversiones<sup>34</sup> de la OMC para lograr que incluya normas de derechos humanos y obligar a los inversores a aplicarlos mediante sus instrumentos en el exterior.

Sin embargo las ONG's pueden ejercer una influencia indirecta merced al estatuto consultivo que gozan ante la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD) que, en efecto, mantiene relaciones de cooperación muy estrechas con la OMC. Por ejemplo, el GATT y la UNCTAD crearon y supervisaron al Centro de Comercio Internacional, radicado en Ginebra, desde 1964<sup>35</sup>. Además la UNCTAD es particularmente competente en materia de reglamentación de las ETN.

Por lo tanto las ONG's y las ETN deberían cooperar con la UNCTAD para presentar a la OMC un marco jurídico para la aplicación directa de las normas de derechos humanos para los inversores.

Tal marco jurídico podría basarse en el concepto de *trato equilibrado y justo*, que ciertos TIB ya han aplicado, y según el cual, en materia de trato nacional, todo Estado debe completar las lagunas de su legislación según las exigen-

<sup>34</sup> El Acuerdo Multilateral sobre Inversiones se había negociado en la OCDE. Recientemente, el Primer Ministro francés, Lionel Jospin, anunció que su país se retiraría de las negociaciones de la OCDE por preferir negociar el AMI en el seno de la OMC y en cooperación con los países en desarrollo. El 3 de diciembre de 1998 la OCDE anunció oficialmente el fin de las negociaciones sobre el Acuerdo mencionado.

<sup>35</sup> Por ejemplo, el Centro Internacional de Comercio publicó un interesante informe titulado "*Strengthening the participation of developing countries in world trade and the multilateral trading system*", que ilustra la cooperación entre la UNCTAD y la OMC.

cias del derecho internacional. Suponiendo que la OMC alcance un acuerdo sobre la IE, los inversores podrían recurrir a esta norma para protegerse contra medidas discriminatorias, pues los Estados receptores están obligados a acordarles el mismo trato que a las empresas nacionales. Pero también estarían obligados a aplicar las normas generales de derechos humanos pertinentes a sus actividades, en la medida en que la legislación nacional no las hubiese incorporado. Cabe recordar que las normas generales de derechos humanos pertinentes a las actividades de las ETN y que los Estados deben aplicar son las que no se pueden reformular para hacerlas directamente aplicables a las ETN. Por lo tanto los derechos humanos pertinentes son los fundamentales, ya analizados en la primera parte de este estudio (los derechos a la vida, a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, a no estar sometido a esclavitud ni a servidumbre, la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio y del trabajo infantil, la no discriminación y la libertad de asociación y de negociación colectiva).

De aceptarse esta propuesta, las normas de derechos humanos podrían ser directamente aplicadas a y por las ETN. Tal resultado sería satisfactorio para las propias ETN, pues se verían protegidas contra toda medida gubernamental que amenazase el éxito económico de sus operaciones en el exterior y contra todo boicoteo privado; para los países receptores, pues no se verían privados de las ganancias

derivadas de la IE y, para los países de origen, pues podrían proteger a sus inversores contra los riesgos pertinentes.

En consecuencia, dado que la OMC es una organización que se funda en la teoría de las ventajas comparativas y en el método del consenso para la adopción de acuerdos multilaterales, no hay ninguna razón especial que impida la adopción de la propuesta mencionada.

Sería lógico pues que las ONG y las ETN colaborasen con la UNCTAD para influir en la futura negociación del Acuerdo sobre la IE de la OMC, si ésta decide comenzar a tratar el tema en su próxima conferencia ministerial.

Además de esta propuesta específica hay otra manera de hacer jurídicamente vinculante la aplicación directa de los derechos humanos a y por las ETN. En efecto, en vez de relacionar los derechos humanos con mecanismos o foros estatales, hay un sistema que permitiría centrarse directamente en las propias ETN.

#### **B La codificación de las iniciativas del sector privado, orientada a la aplicación privada y jurídicamente vinculante de las normas de derechos humanos**

Hay dos formas de concebir la ética empresarial como deberes jurídicos de las ETN.

En primer lugar, los códigos de conducta y los sistemas de etiquetado social pueden ser asumidos por las ETN como

compromisos unilaterales, con o sin procedimientos de verificación o control que garanticen una correcta aplicación.

En este caso será la opinión pública quien podrá exigir compulsivamente el cumplimiento de los compromisos unilaterales de las ETN, es decir los consumidores que dejarán de comprar los productos en cuya elaboración no se hayan respetado las normas de derechos humanos.

En segundo lugar los códigos de conducta y el etiquetado social pueden considerarse como parte de un movimiento mundial que ofrece un conjunto de derechos humanos fundamentales apropiados a las actividades de las ENT. Desde este punto de vista, una codificación de las iniciativas del sector privado por las ETN crearía un compromiso común.

Es fácil comprender que en el contexto de la globalización es muy difícil que las ETN se comprometan a aplicar normas de derechos humanos que, a la larga, podrían aumentar los costes de producción y colocarlas así en una situación desventajosa para competir a nivel mundial con las ETN que no las aplican en sus actividades en el exterior. La situación de la competencia mundial vuelve pues difícil o imposible mantener una conducta empresarial moralmente adecuada. La única solución justa y eficaz sería contar con unas reglas comunes que impongan a todas las empresas la aplicación de ciertas normas de derechos humanos.

Por lo tanto estudiaremos en primer lugar las diversas formas de aplicar las iniciativas del sector privado. La principal cuestión jurídica que se plantea a este respecto es saber si el control de la aplicación puede estar a cargo de un tercero. Si se permite una intervención exterior de esta clase, las iniciativas del sector privado pueden considerarse como jurídicamente vinculantes en la medida en que el incumplimiento de las empresas, si es conocido del público, puede perjudicar sus ventas o su buena reputación.

En segundo lugar el estudio tratará de determinar si es posible codificar todas las iniciativas del sector privado que contengan disposiciones comunes. Una codificación de esta clase pondría a salvo a las ETN de los efectos negativos de una denuncia pública de sus métodos de producción y les permitiría vincular las preocupaciones por los derechos humanos con el fenómeno de la competencia que se da entre ellas en el plano internacional.

El control en materia de códigos de conducta y de etiquetado social

La verificación o el control del cumplimiento de la mayor parte de los códigos de conducta y de los sistemas de etiquetado social está a cargo de las propias ETN que, por otra parte, parecen muy poco dispuestas a aceptar, a ese respecto, la intervención de un tercero. El principal método de control del cumplimiento de los códigos de conducta es pues el de la gestión interna de cada empresa.

Las diversas formas de asumir este control suele ir desde la autocertificación del cumplimiento por parte de filiales o subcontratistas, hasta la verificación activa y los procedimientos de evaluación. Según un estudio de la OIT, la autocertificación puede ser un reconocimiento escrito de los contratistas, proveedores o agentes de compra o bien, simplemente, una cláusula contractual. En sus relaciones contractuales algunas empresas exigen a los compradores u otros agentes comerciales de la cadena de adquisiciones, que atesten el cumplimiento por parte de los proveedores.

La verificación activa es más eficaz que la autocertificación. Puede estar a cargo de personal o consultores de la empresa o de un tercero ajeno a ella. Sin embargo la participación de terceros es muy poco frecuente pues las ETN prefieren mantener el carácter confidencial de los resultados del control.

No obstante, la verificación externa es cada vez más común, pero se debe tener cuidado en que el tercero ajeno a la ETN no tenga intereses comunes con ella.

Habida cuenta de la gran diversidad de métodos de control, es importante investigar si una normalización de los criterios y procedimientos pertinentes para controlar el cumplimiento de las iniciativas del sector privado es realizable.

Como no todas las iniciativas del sector privado abarcan las mismas esferas, corresponde en primer lugar armonizar

con un propósito común los códigos de conducta actuales.

Codificación de las iniciativas del sector privado y aplicación de buena fe

La ética empresarial constituye un subconjunto de normas de conducta que se podrían definir como prácticas y reglas consuetudinarias propias del proceder privado de las ETN.

Estas prácticas consuetudinarias presentan dos niveles principales. Podemos decir que el primero comprende las comúnmente aceptadas por todas las ETN y el segundo las que dependen del sector de actividad de cada ETN.

Con respecto a las del primer nivel, podrían considerarse principios comúnmente aceptados que toda empresa puede aplicar, como ya lo hemos demostrado: la prohibición de la esclavitud y el tráfico de esclavos, la prohibición de matar o hacer desaparecer seres humanos, el no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, la prohibición del trabajo forzoso, la erradicación del trabajo infantil, la no discriminación en el empleo y la libertad de asociación y de negociación colectiva. Es decir los derechos humanos que no necesitan una nueva formulación para adaptarlos a las actividades de las ETN. A estos pueden añadirse los que requieren una adaptación específica para ser directamente aplicables a y por las ETN, como por ejemplo, los derechos a fundar una familia, a salir de un país, a

la educación, al descanso y disfrute del tiempo libre y a la seguridad social.

El elevado número de iniciativas del sector privado que tratan de la salud y la seguridad en el trabajo y de un salario equitativo nos permitiría también añadir estos derechos a los del primer nivel, es decir los que no necesitan una nueva formulación. A este respecto no debemos olvidar que el concepto de salario equitativo no coincide con el de salario mínimo.

En forma paralela, hay un segundo plano de derechos humanos, que son los que corresponden a los sectores de actividad de cada ETN.

Por ejemplo, una ETN con actividades científicas puede comprometerse a aplicar el derecho humano a la protección de los intereses morales y materiales que corresponden por razón de las producciones científicas. Es útil señalar aquí que tal compromiso no constituye una injerencia en la soberanía del Estado en que se encuentra la ETN si dicho Estado es miembro de la OMC. En efecto, tal compromiso, fundado en el artículo 15 del PIDESC, se ajusta al sistema de la OMC sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio.

Como elemento que ayude a convencer a las ETN del interés económico que presenta la aplicación de los derechos humanos se podría elaborar un detalla-

do análisis de la relación entre coste y beneficios.

Entre las ETN es una presunción muy difundida que no se debe emprender ninguna acción cuyos beneficios no superen su costo. Es pues de desear que todos los beneficios y costes se expresen en una escala o denominador común.

No obstante tales cálculos de la relación entre los costos y los beneficios parten de la base que todo puede expresarse en una medida común, comprendidas las cosas que no se compran o venden en el mercado. La mejor ilustración son los trabajadores y sus derechos. Un principio fundamental de la OIT es que *el trabajo no es una mercancía*, pero la realidad económica indica todos los días que los mercados de trabajo, y por ende los trabajadores, sufren a raíz de la competencia internacional.

Parecería pues más adecuado vincular los derechos humanos al concepto de riesgo y no a los cálculos de costos/beneficios.

Siendo un nivel de riesgo cero el único objetivo, las ETN pueden aplicar las normas de derechos humanos para reducir los riesgos a que están expuestas sus actividades en el exterior. Por ejemplo, una declaración común que reconozca el derecho de los trabajadores a la salud y la seguridad podría fundarse en el concepto de riesgo, al igual que la mayoría de las iniciativas del sector privado.

En cuanto a las demás normas de derechos humanos, puede decirse que con el desarrollo de campañas de las ONG que informan a los consumidores sobre las violaciones de los derechos humanos, aumenta por cierto la amplitud de los riesgos. En efecto, la creciente atención que el público presta a los derechos humanos y las prácticas de las ETN constituye un nuevo asunto que ellas deberán tratar.

Por lo tanto, en vez de correr el riesgo de una denuncia pública que pueda producir efectos irreversibles para sus ganancias, y en vez de adoptar códigos de conducta unilaterales que las coloquen en una situación competitiva desventajosa, parecería preferible que las ETN se comprometieran juntas, y no separadamente, a aplicar normas de derechos humanos en los países donde operan.

También puede sostenerse, en términos más positivos, que la aplicación de los derechos humanos internacionalmente reconocidos que necesitan una nueva formulación para adaptarlos a las ETN, también podría ayudar a desempeñarse con eficacia en los mercados. Este argumento fue defendido por las ONG que participaron en la Conferencia de Budapest y también por expertos de la OCDE que realizaron un amplio estudio sobre la conexión entre la aplicación de los derechos fundamentales de los trabajadores y la competitividad de las ETN privadas.

El compromiso de las ETN de aplicar las normas de derechos humanos podría asumir la forma jurídica de un

tratado concluido por el mayor número posible de ETN y que integraría dos niveles de disposiciones.

El primer nivel apuntaría a la aplicación directa de los derechos humanos generales cuyo cumplimiento corresponde a toda empresa, mientras que el segundo se referiría al respeto de los derechos particularmente adecuados a determinados sectores de actividad.

Esta suerte de tratado obligaría a las ETN, en virtud del principio de la buena fe, a poner en práctica sus compromisos en forma coherente con el tratado en que son partes.

## Conclusión

1. Hay un conjunto de normas de derechos humanos fundamentales que las ETN pueden aplicar legítimamente sin necesidad de darles nueva formulación:

el derecho a la vida, el derecho a no ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a verse libre de servidumbre o esclavitud, la eliminación del trabajo forzoso, la erradicación del trabajo infantil, la no discriminación en el empleo y la libertad de asociación y negociación colectiva.

Es posible añadir a lista anterior de derechos humanos los que necesitan una nueva formulación para ser aplicables a las ETN:

el derecho a fundar una familia, el derecho a dejar un país, el derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre y el derecho a la seguridad social.

2. Las iniciativas del sector privado adoptadas por las ETN confirman la legitimidad del conjunto de derechos humanos fundamentales que se adecuan las actividades de las ETN, a los que se suman el derecho a la seguridad y la higiene en el trabajo, así como el derecho a un salario equitativo. Tanto unos como otros no necesitan una nueva formulación para ser aplicados a y por las ETN.
3. La aplicación directa de las normas de derechos humanos fundamentales puede asegurarse por instrumentos y sistemas relacionados con las inversiones extranjeras. Por lo tanto, se ha de instar a las ETN y las ONG a cooperar con la OCDE, que está particularmente interesada en revisar sus *Principios directores en relación con las empresas multinacionales* en asociación directa con ETN y ONG. La

importancia de este texto es considerable pues representa el único instrumento regional que trata, entre otros temas, de la aplicación directa de las normas de derechos humanos a las ETN. Además se deberían mantener discusiones con la UNCTAD para preparar un marco jurídico de la aplicación directa ya mencionada. También correspondería presentar dicho marco a la OMC en la próxima Conferencia Ministerial los Estados Miembros deciden incluir la inversión extranjera en el sistema reglamentario de dicha Organización.

En forma paralela a estos mecanismos interestatales, la aplicación jurídicamente vinculante de todas las normas de derechos humanos enumerados en la primera conclusión puede lograrse si las ETN se comprometen a aplicar las normas de derechos humanos con un propósito común. Este compromiso podría adoptar la forma jurídica de tratado multilateral entre ETN que las obligaría a ponerlo en práctica en virtud del principio de la buena fe.

# **Incidencia de la mundialización en los derechos humanos: desafíos, oportunidades y cuestiones a investigar por la Comisión Internacional de Juristas**

*Marco Sassoli\**

Este artículo se propone examinar algunas cuestiones que plantea la actual tendencia hacia la mundialización con respecto al imperio del derecho y a la protección de los derechos humanos. Presenta en particular los programas que, en concordancia con el Compromiso de Ciudad del Cabo<sup>1</sup>, la CIJ ha concebido para darle forma y sentido prácticos. Además trata de sugerir algunas ideas nuevas sobre las cuestiones mismas y sobre los posibles resultados de los programas de la CIJ.

## **I. Protección de los derechos humanos en un mundo globalizado**

### **Nuevos retos para la protección legal de los derechos humanos en el ámbito de la mundialización**

Varios de los actores que han creado un nuevo contexto a la protección de los derechos humanos podrían hacer perder su pertinencia a ciertos mecanismos tradicionales de protección de dichos derechos y de salvaguardia del imperio del derecho. Entre tales factores figura la creciente interdependencia de las poblacio-

nes y las economías nacionales derivadas de un intercambio de bienes, servicios, capitales, informaciones y personas estimulado por la evolución tecnológica y la liberalización del comercio y las inversiones. El resultado de este fenómeno es la internacionalización de la mayor parte de las actividades económicas que, junto con la privatización, ha debilitado la función normativa del Estado y su función tradicional de protección de los derechos humanos. Otro factor que amenaza a los mecanismos tradicionales de protección es la incidencia cada vez mayor de la conducta de los actores económicos globales en el disfrute de los derechos humanos por parte de los pueblos del Norte y del Sur. Los mecanismos interestatales que lógicamente pueden y deben hacerse cargo de este problema son ahora débiles, afectados por concepciones sectoriales o por una insuficiente legitimidad democrática.

Si bien este efecto estructural constituye una amenaza para todos los derechos humanos, los económicos y sociales están aún más en peligro como con-

\* Doctor en derecho, abogado, Secretario del Tribunal Federal de Suiza, Marco Sassoli fue Secretario Ejecutivo de la CIJ. Si bien este artículo se basa en el Programa de Actividades de la CIJ para los años 1999 y 2000, las opiniones que expresa son responsabilidad exclusiva del autor.

<sup>1</sup> El Compromiso de Ciudad del Cabo puede consultarse en este número de *La Revista*.

secuencia directa de la globalización. Los defensores de esta última sostienen que:

[la] expansión del comercio y de los movimientos de capital en un medio normativo apropiado suele coincidir con un sólido crecimiento y estabilidad política, especialmente en las economías que han aceptado de buen grado la liberalización y la evolución tecnológica<sup>2</sup>.

Aun cuando estas afirmaciones puedan ser estadísticamente correctas, muchos son los pueblos excluidos de los beneficios de la globalización o que, por lo menos, no los comparten. En efecto, es cada vez mayor la distancia que separa a quienes poseen el capital, la movilidad y las cualificaciones necesarias para beneficiarse de un mercado mundial, de quienes no poseen tales ventajas<sup>3</sup>. La globalización ha incrementado el poderío de actores económicos no estatales que actúan en el marco cada vez menos rígido del liberalismo económico. Muchos estiman que las fuerzas que dirigen el mercado se basan fundamentalmente en una especulación que beneficia a unos pocos en detrimento del empleo, el bienestar y el desarrollo del conjunto de la sociedad.

La pobreza y el desempleo han devastado la vida de los habitantes de regiones enteras. Aun en los países industrializados, las redes de seguridad social se han visto debilitadas por las políticas de austeridad y desreglamentación de los gobiernos que quieren mantener su lugar frente a la competencia mundial. Al mismo tiempo, esas redes se ven sobrecargadas por todos aquellos que no pueden competir con los poderosos. Las consecuencias potenciales de una desigualdad creciente en el plano mundial podría ser catastrófica, pues amenaza la existencia misma de nuestra sociedad y de las instituciones democráticas en todas partes<sup>4</sup>.

Cabe pues preguntarse si el “medio normativo” es realmente apropiado. De hecho, en el ámbito de la mundialización, la legislación que protege a los derechos humanos corre el riesgo de ser considerada como “traba burocrática”. Los defensores del imperio del derecho tienen que asumir este reto y reafirmar los valores intrínsecos del imperio del derecho frente a la ausencia de toda regla. A ellos toca mostrar que las normas de derechos humanos en vigor son pertinentes y capaces de proporcionar so-

<sup>2</sup> Organización Mundial del Comercio, Annual Report 1998, Special Topic: Globalization and Trade; Ginebra 1998, versión en inglés, pág. 33 (traducción libre). De la pág. 33 a la 46 el Informe defiende con decisión la liberalización del comercio y de la pág. 48 a la 56 examina su incidencia en la cohesión social, la marginación, el medio ambiente y las normas del trabajo, explicando detalladamente por qué la globalización del comercio no es la causa principal de los crecientes problemas que se dan en dichos campos. Sin embargo el Informe no examina ningún otro factor de la globalización, salvo la liberalización.

<sup>3</sup> Dani Rodrik, *Has Globalization Gone Too Far?* (1997).

<sup>4</sup> Para un sólido análisis de la inestabilidad cada vez más profunda del capitalismo global, véase John Gray, *False Dawn, The delusions of global capitalism* (1998).

luciones, aun en un contexto nuevo. Además los defensores de los derechos humanos deberían elaborar soluciones para los nuevos problemas que la legislación actual no abarca debidamente.

### **Oportunidades para defender los derechos humanos en el ámbito de la mundialización**

La mundialización no se limita a plantear nuevos retos a quienes promueven los derechos humanos y el imperio del derecho. También les ofrece nuevas oportunidades. En efecto, las ideas circulan con mayor libertad y es sabido que las sociedades libres son terreno fértil para el imperio del derecho. El derecho y las instituciones internacionales aparecen como las únicas respuestas a problemas internacionales, cada vez mas numerosos. Los actores de la economía global reconocen la necesidad de fortalecerlos. Los regímenes autoritarios pierden su capacidad para impedir que alcance a sus pueblos el mensaje de los valores universales. Se ha vuelto más fácil formar nuevas redes, comprendidas las de grupos de presión, en las capitales y las organizaciones internacionales, así como de quienes trabajan sobre el terreno con las personas directamente afectadas. Ahora se pueden organizar campañas fuera de la estructura formal de las reuniones interestatales<sup>5</sup>. Además, las últimas crisis de Asia

sudoriental y de Rusia han venido a confirmar cuán frágiles son la liberalización y el desarrollo económicos cuando están ausentes el imperio del derecho y el respeto de los derechos humanos. Todos estos motivos debieran alentar a las organizaciones no gubernamentales (ONG) de derechos humanos a entablar nuevas relaciones asociativas con los actores de la economía global.

### **Campos a investigar**

En sus trabajos sustantivos, los defensores de los derechos humanos deberían analizar la incidencia de la mundialización en estos derechos y en el imperio del derecho e investigar sobre medios innovadores para promoverlos, aún en las circunstancias modificadas por la globalización, recurriendo tanto a los métodos de protección tradicionales como a otros nuevos. En especial deberían:

- a) investigar las repercusiones positivas y negativas del mercado en los derechos subjetivos;
- b) investigar cómo se podrían aplicar directamente los valores del imperio del derecho a los actores de la economía global;
- c) investigar la manera del imperio del derecho y los derechos humanos en

<sup>5</sup> Un ejemplo reciente es la exitosa campaña internacional contra un proyecto de acuerdo multilateral de inversiones realizada vía Internet mencionada por Christian de Brie en "Vers une mondialisation de la résistance, Comment l'AMI fut mis en pièces", *Le Monde diplomatique*, diciembre de 1998, pág. 21.

el ámbito de políticas nacionales de privatización y liberalización y formular normas;

- d) investigar cómo los mecanismos relativamente eficaces de solución de diferencias previstos en los acuerdos internacionales de liberalización del comercio y las inversiones podrían y deberían tomar en consideración las normas internacionales de derechos humanos;
- e) promover la inclusión de cláusulas de derechos humanos en los tratados internacionales de liberalización del comercio y las inversiones, *inter alia*, mediante una participación de ONG's en los foros pertinentes que les permita seguir de cerca las actividades de las organizaciones interesadas;
- f) asistir a las instituciones financieras internacionales recomendando y apoyando programas de reforma del derecho e, *inter alia*, desarrollar una metodología para evaluar la incidencia de las actividades de dichas instituciones en los derechos humanos;
- g) lograr que las empresas multinacionales comprendan mejor que el imperio del derecho es un requisito previo e indispensable a un éxito comercial duradero y, con tal fin, entablar nuevas relaciones de asociación en asuntos tales como la independencia de la ju-

dicatura, la lucha contra la corrupción y la promoción y salvaguardia de los derechos sociales y económicos;

- h) promover y proteger los derechos de toda migración humana, cualesquiera sean sus motivos. Por cierto los derechos de los migrantes son una prueba crucial de la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos en un mundo globalizado.

#### **Qué podrían aprender los defensores de los derechos humanos de las ONG's de desarrollo y de medio ambiente**

Las ONG's que actúan en materia de protección del medio ambiente y, en menor medida, las que trabajan en la esfera del desarrollo, han logrado ser más oídas y entendidas que las que se ocupan de los derechos humanos. Las primeras comenzaron antes y pudieron alertar al público y a los Estados sobre las consecuencias de la mundialización, la liberalización de la economía y las políticas de las instituciones financieras internacionales para los diversos valores que ellas tratan de proteger. A diferencia de la salvaguardia de los derechos humanos, los objetivos del desarrollo sostenible y de preservación del medio ambiente han sido expresamente mencionados en el preámbulo del Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio (OMC)<sup>6</sup>. Las ONG's del medio ambiente han pues

<sup>6</sup> Véase el párrafo 1 del Preámbulo del *Acuerdo que establece la Organización Mundial del Comercio*, de 15 de abril de 1994.

conseguido que en la OMC se establezca un comité de asuntos ambientales, mientras que no hay ningún comité similar para los derechos humanos.

Se estima que la comunidad de los defensores de los derechos humanos aún espera en gran medida que sea el Estado quien resuelva los problemas de esta esfera. Tal actitud contradice la realidad de ciertas tendencias políticas y económicas mundiales que se traducen en una menor protección de los derechos humanos, proporcional a la disminución de la capacidad normativa y coercitiva del estado que acompaña la globalización. Las ONG's del medio ambiente, tras investigarlos ampliamente, han llegado a la conclusión de que los mecanismos de mercado son capaces de proteger el medio ambiente. Por el contrario, en nuestro campo suponemos que sólo el Estado puede velar por la protección de estos derechos, incluso mediante una legislación aplicable a las relaciones horizontales entre actores económicos privados. La protección de los derechos del trabajo por sindicatos libres y fuertes en los procedimientos de negociación colectiva constituye, sin embargo, un ejemplo tradicional de cómo los mecanismos de mercado (encarados de otra manera) pueden proteger los derechos humanos. Mediante discusiones con economistas y representantes de la comunidad empresarial podríamos de igual modo tratar de

ser creativos y encontrar algunos mecanismos de mercado capaces de salvaguardar los derechos humanos. Aun si se llega a la conclusión de que esta protección es una de las prerrogativas esenciales del Estado que no es posible "privatizar", el resultado sería de todos modos importante.

### **La importancia del diálogo entre colectivos especializados en un mundo interdependiente**

Las ONG's que obran en favor de los derechos humanos no se limitan a recoger las enseñanzas de las ONG's que se ocupan de desarrollo y medio ambiente. También tienen algo que ofrecer. Las ONG's de desarrollo deben comprender la importancia crucial de los derechos humanos como factor de crecimiento<sup>7</sup>. Las ONG's laborales podrían presentar las normas del trabajo a la opinión pública de una manera más atractiva designándolas como derechos humanos -y vinculándolas a ellos- pues esta expresión, aun para oídos neoliberales, suena mucho menos burocrática y ajena a trabas proteccionistas que "normas del trabajo". Las ONG's podrían demostrar así que tienen una perspectiva holística del mundo, sin dejar de concentrarse en sus intereses y preocupaciones propias y de introducir en el diálogo mundial sus criterios, conocimientos, especializa-

<sup>7</sup> Puede consultar a este respecto el Informe (1981) de una Conferencia convocada por la CIJ sobre *Development, Human Rights and the Rule of Law* que se celebró en La Haya, 27 de abril - 1º de mayo de 1981.

ción y constitución particulares, es decir, en términos de mercado, su ventaja comparativa.

Esta misma necesidad de mejorar el diálogo y la comprensión mutua se hace sentir en forma aún más vehemente entre las organizaciones intergubernamentales (OIG), las administraciones públicas y los distintos sectores de la sociedad. La OMC, el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial y la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) deberían comprender el carácter medular de los derechos humanos y aceptarlos como el marco y la meta de todo acuerdo comercial, financiero o de inversiones. No es posible que sus políticas y mecanismos de solución de conflictos impongan a los Estados el incumplimiento de obligaciones internacionales que han contraído en otros campos, como el de los derechos humanos. Más aún, dado que la política de estas organizaciones está dictada por sus Estados miembros, es inconcebible que los mismos países, que promueven y protegen los derechos humanos en la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas o en la Organización Internacional del Trabajo (OIT) o cuando adhieren a tratados de derechos humanos, violen luego esos mismos derechos en los órganos de decisión de la OMC o del FMI. Una de las principales razones de esta actitud esquizofrénica es que en las administraciones y el servicio diplomático de cada Estado quienes se ocupan de "derechos humanos" no son los mismos que quienes se encargan del

"comercio internacional". Poca es la comunicación entre estos dos sectores y escasa la comprensión que cada uno de ellos tiene de los principios y las preocupaciones del otro.

Estas consideraciones son también válidas para las relaciones entre las ONG de derechos humanos y los círculos empresariales. Estos últimos suelen declarar que los derechos humanos forman parte de su propia cultura, reconociendo la necesidad de que cada país cuente con un sistema jurídico y una judicatura independiente. También dicen comprender que una política que niegue los derechos económicos y sociales causará a largo plazo graves perjuicios a una economía mundial integrada y a la libre circulación de mercancías, personas e ideas. Sin embargo, en la práctica comercial de cada día, los dirigentes de las empresas no siempre comprenden claramente la función de los derechos humanos y es necesario persuadirlos de la interdependencia de todos los derechos humanos. A su vez los defensores de estos derechos suelen carecer de conocimientos económicos básicos y no comprenden los problemas y dilemas que implica la conducción de los negocios en el ámbito de la mundialización.

Toda discusión entre los defensores de los derechos humanos y otros colectivos, como los interesados en el desarrollo, el medio ambiente, el comercio y las políticas mercantiles internacionales, no dejará de ser provechosa. Toda comunicación exenta de prédicas e ideas

preconcebidas contribuirá a romper el aislamiento conceptual que impide a cada uno comprender cabalmente los problemas, experiencias e ideas de los demás. Será por conducto de tales diálogos constructivos entre las distintas partes que se podrán formar nuevas alianzas para que así todas las fuerzas puedan trabajar juntas en pos de un mundo mejor.

## **II. Pertinencia del mandato de la CIJ y de sus actividades tradicionales en el ámbito de la mundialización**

### **El imperio del derecho en el ámbito de la mundialización**

El mandato de la CIJ es promover la comprensión y observancia del imperio del derecho y la protección jurídica de los derechos humanos en todo el mundo.

La CIJ ha elaborado un concepto dinámico de imperio del derecho y se ha empeñado en ampliar sus actividades a los nuevos desafíos y oportunidades que surjan en esta esfera. En consecuencia, tras una etapa inicial consagrada a definir el imperio del derecho, ha prestado particular atención a los derechos económicos, sociales y culturales y al imperio del derecho en cuanto factor de desarrollo. En su reunión trienal de julio de 1998 y en la Conferencia celebrada en Ciudad del Cabo sobre el imperio del derecho en un mundo en evolución, la CIJ ha utilizado los términos de globalización -o de mundialización- para reconsiderar los papeles que tocan al imperio del derecho y a la propia CIJ en la nueva

“aldea mundial”. En dicho contexto, la Conferencia también consideró el declinar del Estado y la emergencia e incremento concomitantes de poderosos actores económicos no estatales. Por lo tanto se estimó que la rápida tendencia hacia una economía globalizada afectaba especialmente a los derechos económicos, sociales y culturales e incidía también en muchos otros aspectos del imperio del derecho. En consecuencia la CIJ adoptó el “Compromiso de Ciudad del Cabo”, donde expresa su intención de desarrollar estrategias para defender y reforzar el imperio del derecho en cooperación con diversos protagonistas globales, comprendidas empresas transnacionales, instituciones financieras internacionales y organizaciones de comercio e inversiones tales como la OMC, el FMI, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), el Banco Mundial e instituciones financieras regionales.

### **Pertinencia de los programas tradicionales de la CIJ en el ámbito de la mundialización**

La CIJ deberá prestar una atención particular a los problemas que plantea la mundialización en todos sus programas tradicionales, como promover la independencia de jueces y abogados, defender los aspectos más tradicionales de los derechos económicos, sociales y culturales, reforzar el marco legal para luchar contra la corrupción, combatir la impunidad, reforzar la protección de los derechos humanos por conducto de las Naciones Unidas y de organizaciones

regionales y asistir a los Estados y otros actores para garantizar su protección jurídica en el plano nacional.

Dicho de otro modo, los programas tradicionales centrados en los principios del imperio del derecho y la salvaguardia de los derechos humanos que mantengan toda su pertinencia en el ámbito de la mundialización tendrán una importancia aún más crucial en un mundo globalizado e interdependiente.

#### *a) Promoción y protección de los derechos económicos, sociales y culturales*

Por cierto la denegación de los derechos económicos, sociales y culturales u otros derechos humanos por parte de políticas nacionales o internacionales resultan con frecuencia en guerras, revueltas, dictaduras y desintegración de las estructuras del Estado. Estas situaciones socavan gravemente la integración mundial de la economía, la libre circulación de mercancías, personas e ideas y no favorecen a la mayor parte de los negocios. En consecuencia, la CIJ proseguirá las actividades relativas a los derechos económicos y sociales como se definen en la Declaración de Bangalore y Plan de Acción de 1995<sup>8</sup>, principalmente en el plano regional.

#### *b) Lucha contra la corrupción*

La corrupción en un país no sólo es un obstáculo para los derechos econó-

micos y sociales y el imperio del derecho en su territorio sino que, por doquier, contribuye a una distribución inadecuada de los recursos, fomenta la competencia desleal y socava la buena disposición del público y de las empresas con actividades mundiales a respetar la Ley. En consecuencia la CIJ proseguirá el seguimiento de la Declaración sobre la corrupción, adoptada en marzo de 1998, durante el Seminario regional sobre los derechos económicos, sociales y culturales organizado conjuntamente con el Banco Africano de Desarrollo. Cabe destacar particularmente la Recomendación N° 2 de dicha Declaración, sobre la conveniencia de comenzar, con asistencia de la CIJ, el proceso de redacción de una convención africana contra la corrupción donde se prevea el establecimiento de un sistema de control que asuma la forma de "observatorio". El enriquecimiento fraudulento de funcionarios públicos también será objeto de la labor de la CIJ en otras regiones del mundo, particularmente en Asia. En relación con este tema, la CIJ también se centrará en la corrupción que afecta el poder judicial.

#### *c) Combatir la impunidad*

La impunidad también corrompe la buena disposición de sujetarse a la Ley. La respuesta a los crímenes internacionales debería ser la aplicación de una justicia internacional que, como último recurso, esté a cargo de tribunales internacionales. A este respecto, durante los úl-

<sup>8</sup> Véase *La Revista* de la Comisión Internacional de Juristas, N° 55, diciembre de 1995, págs. 131-141.

timos diez años la CIJ ha ejercido presiones en favor de la creación de un tribunal penal internacional permanente y en adelante se concentrará en promover el Estatuto de la Corte recientemente creada en la materia y ayudará a su establecimiento en la práctica. La CIJ se propone mantener como prioritaria la tarea de elaborar y promover los instrumentos internacionales necesarios para combatir la impunidad, en particular en los casos de desapariciones forzadas, y proporcionar reparación a las víctimas de violaciones de los derechos humanos.

*d) Promover y proteger la independencia de jueces y abogados*

En cuanto a la independencia de jueces y abogados puede decirse que un sistema de aplicación del derecho eficiente, equitativo y previsible es también una necesidad de los actores de la economía global. La ausencia de una judicatura independiente y eficaz, sea por corrupción, sea por carencia de recursos, constituye una importante desventaja para los países en desarrollo enfrentados a la competencia mundial, así como para los países en transición hacia la democracia. También priva a los ciudadanos de protección contra las violaciones del derecho nacional e internacional que cometen los actores de la economía global. El Centro para la Independencia de Jueces y Abogados (CIJA) continuará siendo un actor importante en la protección y promoción de la independencia de la judicatura mucho más allá de su 20º aniversario, celebrado en 1998.

*e) Reforzar la protección de los derechos humanos por conducto de las Naciones Unidas y de organizaciones regionales*

Cuando los protagonistas económicos, los inversionistas, las instituciones financieras y los difusores y receptores de informaciones, al igual que el crimen organizado, actúan y piensan a escala mundial, las respuestas legales y el marco normativo no pueden continuar siendo exclusivamente nacionales. O se protege el imperio del derecho y los derechos humanos en todas partes o en ninguna. La legislación y los mecanismos de aplicación se han vuelto tan mundiales como los fenómenos de que se ocupan. El empeño puesto por la CIJ en reforzar la protección de los derechos humanos por conducto de las Naciones Unidas es más importante que nunca. Las reacciones contrarias a la mundialización que hacen hincapié en las identidades regionales, nacionales, culturales, étnicas y religiosas -que tanto pueden ser amenazas como oportunidades para el respeto de los derechos humanos- agudizan aun más la necesidad de que la CIJ prosiga reforzando con éxito la protección de los derechos humanos por conducto de organizaciones regionales. Teniendo su sede en Ginebra, capital de las actividades de derechos humanos de las Naciones Unidas, la CIJ ha sabido siempre aprovechar plenamente los foros que ofrece el sistema de dicha Organización para promover y proteger los derechos humanos. La CIJ no ha cejado en su afán para reforzar los mecanismos ya establecidos en esta esfera y promover otros nuevos.

La CIJ está profundamente convencida de que los mecanismos regionales, por estar más al tanto de las preocupaciones de los individuos, pueden brindar una protección más amplia. La CIJ ha demostrado esta convicción en múltiples oportunidades, como por ejemplo al participar desde su comienzo mismo en el establecimiento de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, con la cual continuará trabajando en estrecha colaboración, así como con sus similares europeas e interamericanas.

*f) Garantizar la protección jurídica de los derechos humanos en el plano nacional*

Por último, pero en modo alguno menos importante, no se debe olvidar que aun en un mundo globalizado lo que importa no es invocar el imperio del derecho “desde arriba” sino respetarlo, conocerlo y examinarlo “desde abajo”. Para mantener su pertinencia, las contribuciones a la solución de los problemas en una plaza de mercado mundial deben venir “desde abajo”, comprendidos quienes no tienen acceso a los alimentos ni a la atención médica de base, y dejar en paz a Internet. Para imperar el derecho debe tener sentido para dichas personas, de lo contrario no habrá imperio del derecho. La CIJ continuará pues desarrollando sus seminarios para ayudar a que juristas y defensores de los derechos humanos puedan reforzar sus administraciones nacionales de justicia, así como sus programas para dar a conocer las normas de derechos humanos y proporcionar servicios

jurídicos en regiones rurales, además de diversas formas de asistencia técnica a los gobiernos, misiones sobre el terreno, estudios, observaciones, intervenciones y comunicados de prensa. Sólo si combina cuanto ha aprendido de su labor “desde abajo” con sus criterios y experiencia jurídica específica podrá la CIJ aportar su contribución única al pensamiento global sobre derechos humanos.

### **III. Nuevos Programas de la CIJ para Promover y Proteger los Derechos Humanos en el ámbito de la Globalización**

La CIJ reconoce que su respuesta a las consecuencias de la mundialización para el imperio del derecho no debiera limitarse a sus actividades tradicionales. Por tal motivo cabría investigar la posibilidad de dar nuevas respuestas conceptuales y normativas mediante los programas siguientes:

#### **Aplicación directa del imperio del derecho a los actores de la economía global**

##### *a) El problema*

Para las concepciones jurídicas tradicionales el derecho emana del Estado, aun el internacional, cuya fuente es una actividad entre Estados. En consecuencia la aplicación y vigencia efectiva del imperio del derecho estará exclusivamente a cargo de cada Estado o, en el plano internacional, de varios Estados. Muchos participantes en el debate en curso so-

bre la mundialización parten del supuesto que los Estados o los mecanismos interestatales son los únicos que pueden proteger, reforzar y ampliar el imperio del derecho y los derechos humanos. En particular están convencidos de que tales reglas se podrían reforzar para darles una fuerza equivalente a la que tienen los actores de la economía global. Esta tesis significaría, concretamente, que en espera de acontecimientos institucionales y normativos importantes, los grandes fenómenos que afectan la vida diaria de las personas queden fuera del ámbito del imperio del derecho. También podría tener como consecuencia que la rápida mundialización de la economía internacional haga perder gran parte de su pertinencia a ciertos aspectos del imperio del derecho.

Por tal motivo la CIJ considera importante investigar cómo lograr que el imperio del derecho y los derechos humanos o, por lo menos sus valores implícitos, sean aplicables directamente a toda empresa transnacional y que cada una de ellas pueda a su vez aplicarlos directamente. Por cierto los actores de la economía global subrayan que el imperio del derecho y los derechos humanos forman parte de su cultura empresarial. Tales actores comprenden que el imperio del derecho es necesario para el éxito económico. El objetivo de este programa sería determinar:

- si esta clase de aplicación directa es posible;

- qué derechos humanos y qué principios del imperio del derecho pueden aplicarse directamente y cuáles requieren necesariamente la intervención del Estado;
- merced a qué conceptos y mecanismos podría realizarse esa aplicación directa;
- qué normas cabría reformular -y de qué forma- para aplicarlas directamente a los actores económicos globales.

### *b) Metodología*

La CIJ publicará un documento donde se señalarán y explorarán los problemas a examinar. Este documento se presentará a representantes de alto rango de empresas transnacionales para su consiguiente adopción. Ulteriormente se convocará un curso práctico interdisciplinario sobre el tema, en el que participarán expertos de derechos humanos, representantes de empresas multinacionales y las ONG y OIG interesadas. Tal curso práctico sería una oportunidad única para que abogados especializados en el comercio internacional y abogados de derechos humanos puedan conocer sus recíprocas preocupaciones y lenguaje.

### *c) Señalar los derechos humanos que son aplicables a los actores económicos internacionales*

El curso práctico debería señalar en primer lugar qué derechos son pertinentes para los actores económicos. ¿Corres-

ponderaría distinguir entre los derechos que pueden aplicar los actores económicos tal como figuran en los pactos de derechos humanos<sup>10</sup>, los que no se adecuan a dichos actores<sup>11</sup> y los que necesitarían una nueva formulación o modo de concebirllos para poder aplicarlos directamente a los actores privados?<sup>12</sup>

Entre las obligaciones de las empresas, ¿correspondería distinguir las positivas de las negativas? Por ejemplo, ¿podríamos hacer una distinción entre la obligación de no interferir en el ejercicio de los derechos humanos que tienen los individuos hacia el Estado territorial y la de proteger los derechos humanos por parte de las empresas? ¿Sólo se aplicarían directamente a los actores económicos las obligaciones de abstenerse de interferir o también las positivas de proteger o proporcionar? ¿Pueden aplicarse a las empresas otros derechos económicos, sociales y culturales que los laborales?

Probablemente el curso práctico llegará a la conclusión de que no todos los derechos humanos tienen igual pertinencia para el conjunto de los actores económicos internacionales. Su importancia para cada empresa dependerá de su sector de actividad, su poderío en el mercado mundial o nacional o su influencia política en un país, o de ambas cosas.

*d) Señalar los conceptos legales que abonen la aplicación directa de los derechos humanos a los actores privados*

Tras definir los derechos aplicables se planteará la cuestión de cómo aplicarlos directamente a los actores privados. Por supuesto las empresas estarán obligadas a cumplir los derechos humanos que han pasado a formar parte del derecho internacional consuetudinario o que son objeto de tratados internacionales.

Sin embargo, la mayor parte de los derechos humanos necesitan un andamiaje jurídico especial para aplicarlos directamente a los actores privados. ¿Deberían los estados concluir tratados internacionales que definan las obligaciones de las empresas transnacionales? Tales tratados, ¿deberían definir las obligaciones de los actores económicos internacionales relativas a sus inversiones? ¿De qué forma se podrían negociar tales tratados? ¿En las Naciones Unidas? ¿En la OMC? ¿Sería posible o útil concluir una convención internacional entre los estados receptores de inversiones mediante la cual se comprometerían a no aceptar inversiones incompatibles con sus obligaciones de derechos humanos o a negar a tales inversiones los procedimientos de protección de las inversiones internacionales?

<sup>10</sup> Como el derecho a la vida, la prohibición de la tortura, el derecho a igual salario por trabajo igual o el derecho a la protección de la producción artística.

<sup>11</sup> Como los derechos a un juicio equitativo e imparcial, a la educación elemental gratuita, a una nacionalidad y buscar asilo.

<sup>12</sup> Como los derechos a circular libremente, a fundar una familia, a un empleo libremente elegido y a la seguridad social.

Otra solución podría ser aplicar dichos derechos a los actores privados mediante legislaciones nacionales uniformes o similares. A tales efectos, ¿se podría redactar un código modelo, sea en las Naciones Unidas, sea en la OCM, sea en la OCDE? ¿O bien debería la CIJ formular una propuesta basada en la doctrina jurídica y en los instrumentos internacionales actuales?

Otro enfoque podría consistir en revisar los *Principios directores de la OCDE en relación con las empresas multinacionales*, teniendo presente que en tal proceso de revisión la OCDE permita participar a estados, empresas transnacionales y ONG's. Mediante esta solución los derechos humanos considerados como normas internacionales aceptadas por la cultura empresarial se podrían incorporar en los mencionados Principios. No obstante, en materia de cumplimiento, los Principios directores conservarían su carácter voluntario.

Por último cabría considerar que las empresas transnacionales están obligadas a cumplir los derechos humanos consuetudinarios universalmente aceptados y codificados en tratados de derechos humanos en razón de que ellas son, *de facto*, sujetos emergentes del nuevo derecho transnacional en formación.

e) *Aplicación de los derechos humanos contra los actores económicos internacionales*

Una vez que el curso práctico haya determinado si los derechos humanos

pueden aplicarse a los actores económicos internacionales, la pregunta siguiente será cómo hacer cumplir esas obligaciones. ¿Es útil o necesario establecer una política explícita de derechos humanos para cada empresa? Tales políticas ¿podrían incluir potencialmente un análisis de las actividades de la empresa y su incidencia en los derechos humanos, así como una declaración de las medidas tomadas por la empresa para evitar o reducir al mínimo las consecuencias negativas y optimizar las positivas? ¿Correspondería dar divulgación pública a tales políticas? ¿Participarían ONG's de derechos humanos en su elaboración? ¿Podrían las empresas de auditoría ofrecer servicios específicos de verificación de los derechos humanos?

¿Quién verificaría si una empresa cumple su política de derechos humanos? ¿Sería suficiente que lo hiciera la propia empresa si ella acepta publicar los resultados? ¿Podría pedirse a una empresa que permita una verificación independiente a cargo de una auditoría que certifique el cumplimiento de la política de derechos humanos?

¿Qué mecanismos de mercado se podrían prever para alentar el respeto de los derechos humanos por parte de los actores económicos internacionales? ¿Se podrían asumir los costos externos de las violaciones de los derechos humanos, transformándolos en internos? ¿Podrían o deberían los mecanismos internacionales de solución de diferencias comerciales y de inversiones, los de seguros

nacionales o los dispositivos de garantía del comercio y las inversiones negar su protección a las empresas que violen los derechos humanos? ¿Podrían los Estados rebajar los impuestos y las contribuciones de seguridad social a las empresas que sigan una política activa de observancia de los derechos económicos, sociales y culturales (que comprenda medidas concretas de protección y suministro y no simplemente la respeto de dichos derechos)? Esas reducciones fiscales u otros incentivos financieros podrían corresponder a una parte de las economías que realizaría el estado al no hacerse cargo de tales medidas de protección. ¿Podría concebirse un sistema nacional o internacional de impuestos a las operaciones o los beneficios de las empresas transnacionales que dependa del cumplimiento de los derechos económicos y sociales y con cuyas recaudaciones se financien programas nacionales o internacionales de respeto y salvaguardia de dichos derechos? Un impuesto de esta clase, ¿sería compatible con el principio de no discriminación de los acuerdos de la OCM?

En virtud de las normas nacionales e internacionales que reglamentan la competencia, ¿podría considerarse como competencia desleal la no observancia de los derechos humanos por parte de un actor económico internacional?

¿Cuál es el país de origen de una empresa transnacional? ¿Puede ese país ser responsable de las violaciones de los derechos humanos que cometa una de sus empresas transnacionales? La legislación

nacional sobre el respeto de los derechos humanos en el extranjero por parte de empresas transnacionales radicadas localmente ¿podría considerarse en contradicción con los principios del derecho internacional relativos a la jurisdicción? ¿Podría la OMC excluirla como obstáculo legislativo al comercio?

¿Sería útil pedir a los Estados que informen sobre la observancia de los derechos humanos por parte de las empresas transnacionales basadas en sus territorios? Los informes de los Estados, tanto los de incorporación como de operación de las empresas transnacionales, ¿mejorarían el diálogo y la cooperación mutuas?

¿Sería posible y útil celebrar reuniones periódicas entre los Estados más afectados por las actividades de toda empresa transnacional importante, los representantes de esa empresa, las ONG's y las organizaciones sindicales afectadas?

Los códigos de conducta que aplican las normas internacionales de derechos humanos, ¿pueden vulnerar el principio de no discriminación de la OMC si los gobiernos participan directa o indirectamente en su aplicación? ¿Y si sólo aplican ciertos derechos humanos? ¿Y si van más allá de las normas de derechos humanos en vigor? El etiquetado social o ético que autorice un Estado, ¿podría constituir un obstáculo técnico al comercio? ¿El resultado sería el mismo si se limitasen a la aplicación de las normas internacionales de derechos humanos? ¿Y si sobrepasaran el alcance de dichas normas?

### *f) Posible seguimiento*

La lista de preguntas anterior indica la gran variedad de cuestiones jurídicas que podrían discutirse en el curso práctico previsto. La publicación de sus conclusiones contribuirá ciertamente a hacer avanzar el debate sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos.

Según sean las respuestas a las preguntas antes mencionadas, el seguimiento consistirá en:

- promover los conceptos y mecanismos que se hayan sugerido;
- promover que los foros intergubernamentales se concentren en reglamentar los principios y derechos que se estimen inadecuados para aplicarlos directamente; o
- participar en los intentos de reformular normas para hacerlas directamente aplicables a los actores de la economía global.

### **Incidencia de las políticas de privatización y desreglamentación en el imperio del derecho**

Sea en el marco de políticas de ajuste estructural recomendadas por las instituciones financieras internacionales, sea para obtener o conservar una posición ventajosa en la competencia mundial, varios países, tanto desarrollados como en desarrollo, se han empeñado en disminuir o restringir la reglamentación que

afecta al mundo de los negocios y en privatizar empresas y servicios otrora públicos. En especial cabe destacar la reducción de la función del estado, la mayor confianza en las fuerzas del mercado y una rápida apertura en favor de la competencia internacional.

Algunos señalan que la desreglamentación suele suprimir o debilitar la legislación que vela por los derechos económicos, sociales y culturales, añadiendo que el mero hecho de privatizar una actividad la priva del goce de los principios del imperio del derecho y de los derechos humanos que son aplicables a la conducta del Estado. Por el contrario, sólo le serán aplicables los principios mucho menos exigentes que corresponden a la actividad privada. Por supuesto la legislación del Estado asegura la aplicación indirecta y horizontal de los derechos humanos entre actores privados que deben observarlos, pero es precisamente esta clase de legislación que a menudo recorta las políticas de desreglamentación.

Otros estiman que sólo mediante políticas de privatización se podrá ganar más libertad y creen que sólo ellas dan al pueblo la esperanza de una vida en la cual podrán realmente disfrutar de los derechos económicos, sociales y culturales. Sostienen que mantener lo contrario, es decir mantener en un medio de competencia global un criterio centrado en el Estado, significaría que el Estado sería cada vez menos capaz de garantizar concretamente el respeto de los

derechos humanos y realizar sus funciones fundamentales únicas. Pero si bien todos están de acuerdo en que ciertas actividades no pueden privatizarse, hay divergencias en cuanto al debido equilibrio entre libertad y reglamentación.

La CIJ se propone iniciar su contribución a este debate enviando a un equipo multidisciplinario en misión a un país de Africa y a otro de la antigua Unión Soviética que recientemente hayan adoptado políticas de privatización y desregulación con la finalidad de analizar el impacto de tales políticas en el imperio del derecho a fin de determinar:

- las actividades del Estado que se han privatizado y sus consecuencias para el imperio del derecho;
- las repercusiones de la conducta de los actores privados a cargo de actividades que antes cumplía el Estado en el disfrute efectivo de los derechos humanos por parte de quienes se han vuelto clientes;
- los mecanismos y normas de derecho privado en vigor o que se han aprobado para asegurar una aplicación horizontal de los derechos humanos a los actores privados;
- las reglas abolidas que podrían considerarse como aplicación de obligaciones internacionales contraídas en virtud de tratados de derechos humanos y las consecuencias reales de tal abolición;

- las reglas sustituidas por mecanismos de mercado y las consecuencias reales de dicho cambio;
- la abolición de reglas que han fortalecido al imperio del derecho y permitido disfrutar más ampliamente de los derechos humanos;

La CIJ publicará los resultados de estas misiones y, de ser necesario, formulará recomendaciones a las autoridades interesadas, así como a los nuevos actores privados, las instituciones financieras internacionales y los estados donantes.

Tomando como base los resultados de las misiones, la CIJ estima necesario organizar en el año 2000 un cursillo práctico interdisciplinario para discutir y determinar:

- qué actividades del Estado no se pueden privatizar desde el punto de vista del imperio del derecho;
- qué reglas son necesarias para cumplir las obligaciones internacionales contraídas en virtud de tratados de derechos humanos; cuáles pueden sustituirse por mecanismos de mercado y cuales constituyen obstáculos al imperio del derecho y al pleno disfrute de los derechos humanos;
- qué principios del imperio del derecho y de los derechos humanos han de continuar aplicándose a las distintas categorías de actividades del Estado, aun si han sido privatizadas, y qué mecanismos y reglas de derecho pri-

vado deben mantenerse vigentes o se deben aprobar para asegurar dicho efecto horizontal directo.

La CIJ tiene previsto confrontar a algunos expertos de instituciones financieras internacionales con los estudios de países mencionados, elaborar un documento que enumerará e investigará los problemas a examinar y luego convocar un cursillo práctico sobre este tema en el que participarán economistas, abogados, representantes del sector privado, sindicatos, instituciones financieras internacionales y las ONG's y OIG interesadas. Las conclusiones del cursillo práctico serán luego publicadas.

Según sean las respuestas a las preguntas mencionadas, el seguimiento consistirá en promover, de ser posible en cooperación con instituciones financieras internacionales, las conclusiones de dicho curso práctico y los conceptos, mecanismos y reglas sugeridos. Merced particularmente a este curso práctico la CIJ estaría en condiciones de proporcionar asistencia técnica en esta esfera a gobiernos e instituciones financieras internacionales.

## Conclusiones

El derecho está al servicio de los seres humanos. Por esta razón debe adaptarse a las nuevas realidades en la medida en que pueda influir en ellas para que favorezcan al ser humano. Este autor cree que la globalización es una realidad que se puede y se debe influir o regular para que beneficie a los seres humanos.

La globalización no es inevitable. Es una opción de nuestros gobiernos, comprendidos los elegidos por sus pueblos. En esta opción han influido el progreso tecnológico pero también la esperanza de que será provechosa para todos los seres humanos. Incluso aquellos gobiernos que fueron objeto de presiones por parte de grupos de interés de orden económico y financiero han debido reconocer que el viejo sistema centrado en el Estado y el proteccionismo no fueron capaces de liberar a grandes sectores de la humanidad de la miseria, la ignorancia y la injusticia.

Si bien el fenómeno no es inevitable, muy bien puede volverse irreversible<sup>12</sup>. Sin embargo, los derechos humanos y el

<sup>12</sup> El 17 y el 18 de septiembre de 1998, la Asamblea General de las Naciones Unidas celebró un diálogo de alto nivel sobre el impacto de la globalización y la interdependencia y sus consecuencias políticas. El Secretario General de las Naciones Unidas resumió los debates declarando que no había perspectivas de invertir la tendencia hacia la globalización. El representante de Indonesia, en nombre del grupo de los 77, requirió medidas urgentes para gestionar la fuerza de la mundialización con la finalidad de aumentar al máximo sus beneficios y reducir al mínimo sus riesgos (de los comunicados de prensa de las Naciones Unidas GA/9437 a 9442).

imperio del derecho deben trascender la mundialización y abordar sus consecuencias para que favorezcan a los afectados. El derecho internacional de derechos humanos -en cuanto reflejo del mundo- debe volverse más complejo, flexible, multidimensional y adaptable a una realidad multifacética. Sin embargo, el imperio del derecho no debería dar paso al relativismo en cuanto a la defensa de sus

valores. Sólo debería revisar las modalidades y medios que utiliza para defender esos mismos valores. Por conducto de su distintos programas la CIJ está pronta a enfrentar el reto y contribuir, con su criterio jurídico específico y genuinamente internacional, a descubrir algunas de las nuevas formas de promover y proteger los derechos humanos en el próximo milenio.

# Los derechos de la defensa en la ley y la práctica de los tribunales penales internacionales

Carlos López Hurtado\*

## Introducción

Este artículo está consagrado al examen de las normas y prácticas de los tribunales penales internacionales relativas a los derechos de la defensa. Por derechos de la defensa se entiende el conjunto de derechos que ha de gozar toda persona sometida a un proceso penal en calidad de acusada para garantizar la imparcialidad del juicio. Además del Estatuto de la nue-

va Corte Penal Internacional (CPI)<sup>1</sup>, se estudiarán las normas y prácticas de los dos tribunales penales internacionales *ad hoc*, a saber, los establecidos para la antigua Yugoslavia y para Rwanda<sup>2</sup>. También se examinará el estatuto elaborado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI)<sup>3</sup> para un futuro tribunal penal internacional, así como el proyecto de estatuto para dicho organismo judicial que figura en el informe presentado por

\* Carlos López Hurtado, M.A., es un abogado y sociólogo peruano, especialista en los temas del Comercio Internacional y derechos humanos, la Corte Penal Internacional y el papel que desempeñan los actores no estatales en materia de derechos humanos. Una primera versión de este artículo se presentó al Seminario sobre "Problemas de aplicación del derecho humanitario, con especial referencia a los tribunales penales internacionales", que dirigió el profesor Georges Abi-Saab, del Instituto Internacional de Estudios Superiores de Ginebra en 1999. La presente versión se ha beneficiado de los comentarios y debates mantenidos en aula. Mona Rishmawi, Directora del Centro para la Independencia de Jueces y Abogados de la CIJ, también ha aportado valiosas sugerencias que han enriquecido el enfoque general del tema. El contenido de este artículo es responsabilidad exclusiva del autor.

<sup>1</sup> *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional (Doc. de Naciones Unidas A/CONF.183/9).

<sup>2</sup> La resolución 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, aprobada en su 3217ª sesión, de 25 de mayo de 1993, estableció un *tribunal internacional para enjuiciar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia* a partir del 1º de enero de 1991. A su vez, el establecimiento de un *tribunal internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio y otras graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Rwanda y a ciudadanos de Rwanda responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos* en 1994 fue decidido por la resolución 955, aprobada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en su 3453ª sesión, celebrada el 8 de noviembre de 1994.

<sup>3</sup> Proyecto de Estatuto de un tribunal penal internacional, que figura en el Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre los trabajos realizados en su cuadragésimo sexto período de sesiones (1994); Actas oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Supl. N° 10 (A/49/10).

el Comité Preparatorio (Prep-com) a la consideración de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de Roma<sup>4</sup>.

La amplitud y generalidad del tema nos obliga a dar sólo una visión de conjunto y a limitar nuestro análisis de las normas y prácticas de los tribunales internacionales a las que únicamente se relacionen con estos tres grandes derechos de toda persona procesada: el derecho a la libertad provisional durante los trámites del juicio, el derecho a interrogar y hacer interrogar a los testigos, de cargo y de descargo, y el derecho a contar con la asistencia de un defensor de su elección o designado de oficio en caso de indigencia.

Estos temas se tratarán como sigue. En primer lugar, se describirán las normas y prácticas de los organismos internacionales de derechos humanos para tener una idea de cómo se encaran, en los instrumentos internacionales pertinentes, los derechos que nos interesan. Se examinarán luego las normas y prácticas de los tribunales internacionales relativas a esos mismos derechos, según sus

estatutos y decisiones. En tercer lugar, trataremos de obtener una visión de conjunto de cómo se encaran estas cuestiones en el Estatuto de la CPI y del proceso de elaboración de las reglas de procedimientos y pruebas actualmente en curso.

Pero antes de comenzar este análisis, es importante señalar algunas consideraciones de orden general para situar el debate en un nivel adecuado y evitar la evaluación mecánica y acrítica de las leyes y prácticas de los tribunales penales internacionales.

La primera de estas consideraciones surge de las decisiones de los tribunales internacionales y de las obras de algunos eruditos<sup>5</sup> que tratan de la relación entre el mandato de estos tribunales y los medios que disponen para cumplirlo. Los tribunales para la ex Yugoslavia (en adelante TPIY) y para Rwanda (en adelante TPIR) fueron los primeros que se establecieron para juzgar crímenes tipificados por el derecho penal internacional<sup>6</sup>. Pero su eficacia no puede compararse con la de los tribunales penales nacionales, principalmente porque éstos

<sup>4</sup> Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional: proyecto de estatuto de la Corte Penal Internacional. Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional (Doc. de las Naciones Unidas A/CONF/183/2/Add.1, 14 de abril de 1998).

<sup>5</sup> Véanse más adelante, entre otras, las decisiones sobre las medidas de protección de testigos adoptadas en el caso *Tadic* y la decisión sobre medidas provisionales del caso *Delafic*. También puede consultarse Abi-Saab, Georges "*Droits de l'homme et juridictions pénales internationales*", en *Melanges Nicolas Valticos*, págs. 245-253.

<sup>6</sup> Como se explicará más adelante, los juicios que siguieron a la segunda guerra mundial no figuran en esta categoría pues se celebraron antes de que hubiese madurado plenamente el concepto de debido proceso de ley en el plano internacional.

disponen normalmente de facultades y medios auxiliares de que carecen los tribunales internacionales. Este aspecto será muy importante en relación con la interpretación judicial, restrictiva o amplia, de ciertos derechos de la persona acusada.

La segunda consideración se relaciona con la función normativa de los tribunales penales internacionales. Esta tarea constituye un esfuerzo de avanzada para determinar el contenido del derecho penal internacional y para crear y adaptar unas normas sustantivas y procesales que respondan a las exigencias de una justicia internacional. El debate sobre el respeto de ciertos derechos de la defensa debe interpretarse como parte del proceso de elaboración e interpretación del derecho en el plano internacional y de la conjunción de las normas del derecho de derechos humanos y del derecho humanitario. En tal contexto, tendrá importancia crucial el peso que se asigne a los casos e interpretaciones de otros organismos y tribunales internacionales que se ocupan de derechos humanos, así como del grado de discrecionalidad que cabe reconocer a los magistrados<sup>7</sup>.

La tercera y última consideración es la naturaleza de los tribunales internacionales en cuanto amalgama de tradiciones jurídicas diferentes, en especial del derecho anglosajón (*common law*) y del

derecho continental (*civil law*). Los estatutos y prácticas de los tribunales internacionales constituyen en sí mismos actos de creación jurídica que no siempre seguirán las reglas y principios de uno u otro sistema sino que tratarán de encontrar una vía propia, a pesar de las inevitables tensiones que este intento pueda crear en muchas ocasiones.

Tras estas consideraciones de orden general, presentaremos a continuación una visión de conjunto de los derechos de la defensa incorporados en los estatutos de los tribunales para la ex Yugoslavia y para Rwanda, así como en los de la nueva Corte Penal Internacional. En la segunda, tercera y cuarta partes de este artículo se tratará el debate sobre la práctica judicial relativa a ciertos derechos de la defensa que, según ciertas opiniones, se apartan en cierta medida de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas pero que, sin embargo, puede representar un avance en la búsqueda de normas aplicables a las nuevas tareas de estos tribunales.

## I. Visión de conjunto de los derechos de la defensa en los estatutos y la práctica de los tribunales penales internacionales

El derecho general de toda persona

<sup>7</sup> En el caso *Velázquez Rodríguez vs. Honduras*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que la protección internacional de los derechos humanos no debía confundirse con la justicia penal, reconociendo así el enfoque diferente de los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos y la labor de los tribunales penales. Caso Velázquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988, párrafo 134.

acusada a un debido proceso legal implica una serie de derechos particulares que garanticen un proceso justo para determinar la culpabilidad penal del acusado y abarca todo el proceso, desde las medidas que afectan la libertad de una persona a efectos de su procesamiento hasta el fallo final, con o sin apelación, de su culpabilidad o inocencia<sup>8</sup>. El estudio del conjunto de derechos y garantías procesales que comprende este derecho rebasa el objetivo de este artículo y el espacio disponible. Sin embargo, para poder tener una idea de la amplitud de su reconocimiento, debemos describir brevemente los tratados y otros instrumentos internacionales afines que comprenden el concepto de debido proceso.

Los derechos a la defensa a un debido proceso legal y a un juicio independiente e imparcial han sido reconocidos por los artículos 9 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que protegen a todo individuo contra la detención o prisión arbitrarias y le garantizan el derecho a un juicio justo. De manera similar, también disponen la protección de tales derechos los artículos 5, 6 y 7 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y los artículos 7, 8, 9 y 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Los derechos relacionados con el debido proceso de ley figuran además en los principales instrumentos de derecho internacional humanitario. Los artículos 99 a 108 del Convenio de Ginebra relativo al trato debido de los prisioneros de guerra de 1949 (Convenio III), al igual que los artículos 64 a 76 del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, de 1949 (Convenio IV), prevén ciertas garantías del debido proceso legal que han de observarse en los juicios a prisioneros de guerra incoados por la potencia que los tiene en su poder. Además, el artículo 129 del III Convenio de Ginebra, así como el 146 del cuarto, reconocen el derecho a un juicio imparcial de las personas acusadas de graves infracciones a las disposiciones de los Convenios. También el Artículo 3 Común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, aplicable a los conflictos armados no internacionales, prohíbe ejecutar sentencias y aplicar la pena capital sin juicio previo de un tribunal regularmente constituido que no omita ninguna de las garantías generalmente reconocidas. El artículo 6 del Protocolo Adicional II, de 1977, también aplicable a los conflictos no internacionales, enumera dichas garantías judiciales en forma coherente con el artículo 14 del PIDCP.

Muchas de las garantías del debido

<sup>8</sup> Para un análisis del debido proceso legal en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, puede consultarse Noor Muhammad, Haji "Due process of law for persons accused of crime", en Henkin, Louis (Ed.) *The International Bill of Rights. The Covenant on Civil and Political Rights*. Columbia University Press, Nueva York 1981, pág. 138.

proceso se han desarrollado o aclarado con mayor precisión merced a la práctica de órganos establecidos por tratados internacionales de derechos humanos para controlar o verificar su cumplimiento por parte de los Estados. La adopción de declaraciones y resoluciones jurídicamente no vinculantes por la Asamblea General o la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, entre otras, también ha ampliado ciertos aspectos de dichos derechos. Entre tales instrumentos jurídicamente no vinculantes, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) ocupa un lugar protagónico en razón de su aceptación universal. Otros documentos de las Naciones Unidas, como los *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*, así como las *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*, tienen gran importancia para la aplicación de los derechos del debido proceso a ciertos grupos más vulnerables y para la administración de la justicia<sup>9</sup>.

El funcionamiento del Tribunal Militar de Nuremberg y del Tribunal Militar de Tokio para el Lejano Oriente se caracterizó por la ausencia de normas interna-

cionalmente reconocidas sobre el debido proceso de ley. Sus estatutos no ofrecían a las personas acusadas todas las salvaguardias y garantías del debido proceso. Los pocos derechos que les acordaba el artículo 16 de la Carta del Tribunal de Nuremberg no contenía garantías ni aseguraba su pleno respeto durante la substanciación del juicio. La acusación hizo amplio uso de declaraciones juradas por escrito (*affidavit*) que no da cabida al *contra-interrogatorio* y que, por lo general es *inadmisibile, de conformidad con los derechos de common law*<sup>10</sup>. La defensa sólo tuvo un acceso muy limitado a los datos en poder de la acusación. La defensa alemana hubo de enfrentarse a grandes dificultades, pues estaba poco familiarizada con la técnica del *contrainterrogatorio* y tuvo que desempeñarse en un medio en gran medida hostil. Además se juzgó *in absentia* a uno de los acusados, como lo autorizaba el artículo 12 de la Carta de Nuremberg, y a los que se declaró *culpables se les negó el derecho de apelación*<sup>11</sup>. El escaso respeto de las garantías procesales en dichos juicios se ha justificado por la necesidad de que los responsables de las atrocidades cometidas durante la segunda guerra mundial no quedasen sin castigo.

<sup>9</sup> *La Administración de Justicia y los Derechos Humanos de los Detenidos. El derecho a un juicio imparcial: reconocimiento actual y medidas necesarias para su consolidación. Informe final preparado por el Sr. Stanislav Chernichenko y el Sr. William Treat.* Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías (Doc. de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1994/24, 3 de junio de 1994, págs. 14 a 18).

<sup>10</sup> La Rosa, Anne-Marie, "Trascendental reto para los tribunales penales internacionales: conciliar las exigencias del derecho internacional humanitario y de un procedimiento equitativo"; *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 144, noviembre-diciembre de 1997, pág. 678.

<sup>11</sup> *Corte Penal Internacional. La elección de las opciones correctas* (Parte II); Amnesty International, julio de 1997 (Índice AI: IOR 40/11/97/s), pág. 35.

Por el contrario, los Estatutos de los dos tribunales internacionales *ad hoc* contienen disposiciones que reconocen expresamente los derechos del acusado (artículos 20 del TPIY y 19 del TPIR) y están en concordancia con las disposiciones pertinentes de los principales instrumentos internacionales de derechos humanos. El Secretario General de las Naciones Unidas ha declarado en un informe: "*Es axiomático que el Tribunal Internacional, en todas las etapas de sus actuaciones, debe respetar plenamente las normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos del acusado*"<sup>12</sup>. Sin embargo, como veremos más adelante, los estatutos de ambos tribunales *ad hoc* contienen ciertas disposiciones que fueron interpretadas como restricciones de ciertos derechos del acusado.

El Proyecto de estatuto elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de 1994 reconoce los derechos de la defensa, pero en forma incompleta<sup>13</sup>. Algunas organizaciones de derechos humanos sugirieron que, en su versión definitiva, el estatuto de la CPI debería establecer claramente en su preámbulo o en los artículos introductorios las normas de derechos humanos aplicables<sup>14</sup>. Pero esta sugerencia no prosperó en el proyecto Prep-com de 1998 ni figura en el Estatuto de la CPI, si bien en diversas disposiciones se incluyeron numerosas

referencias a la necesidad de no perjudicar los derechos del acusado y de mantener la coherencia entre las normas que a ellos se refieren.

El Estatuto de la CPI, en varias disposiciones, desarrolla muy detalladamente los derechos de las personas acusadas a un debido proceso. Así, el artículo 67 se refiere a los derechos del acusado, el 55 a sus derechos durante la investigación y, en el 58, a los relacionados con el mandato de arresto o la orden de comparecencia de una persona sospechosa, mientras que el artículo 68 trata de la protección a las víctimas y los testigos y, el 69 a la práctica de la admisión de las pruebas. Esta serie de garantías, de una amplitud sin precedentes, protegen los derechos a un debido proceso que corresponden a toda persona acusada.

Como evaluación general de esta visión de conjunto, pueden formularse las siguientes observaciones. Es posible afirmar que los estatutos de los dos tribunales *ad hoc* y de la CPI suelen plasmar las normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos del acusado en los tribunales penales internacionales y que, por lo tanto, reconocen los derechos y garantías propios de un juicio imparcial. Sin embargo en la práctica, los magistrados deben también considerar los derechos e intereses de otras personas afecta-

<sup>12</sup> Informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad; párr. 106, pág. 28.

<sup>13</sup> Pueden verse ciertas críticas formuladas desde el punto de vista de las organizaciones de derechos humanos en Amnesty International, *op. cit.*, nota 11.

<sup>14</sup> *Ibid.*, 43.

das por el proceso, así como las limitaciones prácticas de la realización concreta de la justicia en el plano internacional. El respeto de los derechos humanos del acusado no es la única preocupación ni prioridad de la judicatura penal internacional, como lo demuestra la práctica de los tribunales *ad hoc*, que también deben proteger con frecuencia a las víctimas y a los testigos según lo previsto en las mismas disposiciones que garantizan los derechos del acusado.

Es verdad que en los Estatutos de los tribunales internacionales figuran la mayor parte de los derechos de las personas acusadas. También es cierto que dichos Estatutos ofrecen más garantías en relación con ciertos aspectos del proceso, generalmente descuidados en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Por ejemplo, el artículo 18 del Estatuto del TPIY, al igual que su equivalente del Estatuto del TPIR, garantiza al acusado ciertos derechos durante la averiguación y las diligencias previas a la acusación. Es oportuno **destacar** que instrumentos tales como el PIDCP no prevén garantías similares para las diligencias preparatorias que, en su mayor parte fueron desarrolladas merced a una interpretación extensiva del derecho a un proceso independiente e imparcial estipulado en el artículo 14 del PIDCP<sup>15</sup>. A

este respecto, el conjunto de derechos y garantías previstas en el Estatuto recientemente adoptado de la CPI tiene una amplitud jamás alcanzada hasta ahora en el ámbito de la justicia penal internacional.

Las secciones siguientes describirán y analizarán, en el contexto antes definido, tres derechos de la defensa que han sido objeto de animado debate por la interpretación o aplicación que les han dado los dos tribunales internacionales *ad hoc*.

## II. Derecho a la libertad provisional en espera de juicio

El concepto de libertad provisional durante el proceso surge del texto de ciertos instrumentos y de la práctica, similar a la judicial, de los órganos establecidos por ellos para controlar su observancia por parte de los Estados parte, así como de la práctica judicial internacional propiamente dicha. Entre las disposiciones de estos instrumentos, cabe mencionar el artículo 9, párrafo 3, del PIDCP y el artículo 5, párrafo 1, de la CEDH. A su vez, el artículo 38 del Conjunto de Principios de las Naciones Unidas para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquiera Forma de Detención o Prisión<sup>16</sup> ("*Principios de las Naciones Unidas sobre la detención*") dispone en forma general que

<sup>15</sup> Grote, Rainer, "*Protection of individuals in the Pre-trial Procedure*", en Weissbrodt, David & Rudiger Wolfrum (Eds.) *The Right to a fair Trial*. Springer-Verlag, Alemania 1977; pág. 700.

<sup>16</sup> Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1968. Su texto figura en la *Recopilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos*, vol. I (United Nations ST/HR/rev.5, vol. I). Véase también el Convenio de Ginebra de 1929,

toda persona detenida a causa de una infracción penal tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad mientras esté pendiente el juicio.

Los estatutos de los dos tribunales *ad hoc* no contienen disposiciones equivalentes a la del párrafo 3 del artículo 9 del PIDCP, a cuyo tenor “*La prisión preventiva [...] no debe ser la regla general*” o a otras normas de los instrumentos internacionales mencionados. El artículo 19 del Estatuto del TPIY y el artículo 18 del Estatuto del TPIR facultan al magistrado pertinente a ordenar el arresto de las personas cuyo procesamiento haya sido confirmado, pero nada dicen sobre su derecho a solicitar la liberación provisional mientras estén en espera de juicio. Ambos estatutos no tratan la detención preventiva pues los magistrados sólo pueden decretar el arresto de personas después de la acusación.

La regla 65 B), de las Reglas sobre procedimientos y pruebas del TPIY, dispone que la Sala de Primera Instancia sólo podrá disponer la liberación en circunstancias excepcionales, tras haber oído al país huésped, y a condición de justificar que el acusado se presentará a juicio y que su liberación no entrañará ningún

peligro para las víctimas, los testigos u otras personas.

El pedido de libertad provisional presentado por el acusado Zejnil Delalic y la decisión adoptada al respecto ilustran de qué manera el TPIY interpreta en la práctica las normas mencionadas. Este caso se examinará con más detalle a continuación.

### **La decisión sobre el pedido de libertad provisional presentado por el acusado Zejnil Delalic y su influencia en decisiones ulteriores**

El 25 de septiembre de 1996, la Sala de Primera Instancia del TPIY decidió sobre el pedido de libertad provisional en espera de juicio presentado por el acusado Zejnil Delalic<sup>17</sup>. En dicha decisión la Sala fijó una serie de orientaciones para los dictámenes ulteriores que se adoptasen en la materia. Dado que las disposiciones de la regla 65 del TPIY son claras, la cuestión no suscitó mayor discusión entre los magistrados y la decisión resultó adoptada por unanimidad.

La Sala de Primera Instancia, de conformidad con la regla 65 B), fijó cuatro condiciones previas a la orden de liberación provisional del acusado, tres de ellas substantivas y una procesal (el oír al país

---

relativo al tratamiento de los prisioneros de guerra, que limita la detención previa al juicio solamente a los casos en que la misma medida sería aplicable a un acusado miembro de las fuerzas armadas de la potencia que detiene al acusado o cuando sea indispensable por razones de seguridad nacional (artículo 103, párrafo 1). El derecho humanitario acepta pues la detención preventiva sólo como excepción limitada a determinadas circunstancias y no como regla.

<sup>17</sup> *Prosecutor v. Delalic, Mucic and Landzo. Decision on Motion for Provisional Release filed by the Accused Zejnil Delalic.* 25 September 1996 Case IT-96-21.

huésped). La Sala consideró que dichas condiciones tenían "naturaleza conjunta" y determinó que la carga de la prueba correspondía a la defensa<sup>18</sup>.

La Sala, si bien reconoció que las normas internacionales solían considerar la detención preventiva como excepción y no como regla, sostuvo sin embargo que era justificado exigir al acusado que probase la existencia de circunstancias excepcionales para ser liberado provisionalmente, habida cuenta de la extrema gravedad de las infracciones penales presuntamente cometidas, así como por las circunstancias extraordinarias que habían determinado la actuación de ese tribunal internacional<sup>19</sup>, que además, en concreto, no disponía de una fuerza policial, ni controlaba el territorio donde residiría el acusado una vez liberado, ni contaba con medios concretos para hacerlo comparecer ante la justicia en caso de fuga. De producirse tales hechos, el cumplimiento del mandato del tribunal internacional de facilitar y reforzar la paz en la antigua Yugoslavia se vería, por lo menos, retrasado.

La Sala de Primera Instancia del TPIY consideró en primer lugar los factores que podían constituir circunstancias excepcionales, a saber: si había indicios ra-

cionales suficientes para sospechar que una persona era la autora del crimen o los crímenes objeto de la acusación; el papel que había desempeñado en la comisión de tales crímenes, y la duración de su detención.<sup>20</sup> Al determinar el sentido y el alcance de la expresión "sospecha razonable", la Sala se apoyó en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y señaló que éste estimaba legítima la detención basada en una sospecha razonable. A juicio del Tribunal Europeo, la sospecha razonable presupone la existencia de hechos o informaciones capaces de convencer a un observador objetivo que la persona interesada ha sido el autor de la infracción.<sup>21</sup> La Sala estimó que esta definición era substancialmente similar a las empleadas en el apartado A) de la regla 47 del TPIY y en el caso *Prosecutor v. Ivica Rajic, Review of the indictment Judge Sidhwa, 29 August 1995*<sup>22</sup>.

Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo, la Sala de Primera Instancia declaró que el carácter razonable de una sospecha que justificase el arresto no siempre podía juzgarse según las normas aplicables a los crímenes convencionales<sup>23</sup>. Pero también recordó que si bien las interpretaciones de otros órganos judiciales podían ser pertinentes, el

<sup>18</sup> *Ibid.*, 1.

<sup>19</sup> *Ibid.*, 19.

<sup>20</sup> *Ibid.*, 21.

<sup>21</sup> *Ibid.*, 22; que cita el caso *Fox, Campbell and Hartley v. U.K.* 182 E. Court H.R. Series A, at 16, 1990.

<sup>22</sup> *Ibid.*, 23.

<sup>23</sup> *Ibid.*, 22.

Tribunal Internacional estaba obligado a interpretar sus reglas en el ámbito especial de su marco jurídico particular.

La Sala de Primera Instancia, también apoyándose en la jurisprudencia del Tribunal Europeo, consideró que la sospecha razonable no siempre era la única suficiente para mantener al acusado en detención. Citando el caso *Stögmüller v. Austria*, afirmó que la persistencia de tales sospechas (razonables) era una condición *sine qua non* para continuar manteniendo válidamente en prisión a la persona acusada. En consecuencia la Sala sugirió examinar esos hechos teniendo presentes los nuevos elementos y pruebas de descargo presentadas por el acusado.

La Sala de Primera Instancia estimó necesario que el acusado presentase nuevos elementos probatorios de las circunstancias excepcionales alegadas. Recordando la decisión de la Sala de Primera Instancia I, que había negado la libertad provisional del acusado Blaskic por no haber podido aportar nuevas pruebas que refutasen las de cargo presentadas por la acusación en el momento del arresto, la Sala señaló que si bien Delalic había aportado nuevas pruebas, contrariamente al caso Blaskic, faltaba determinar si ellas eran bastantes para demostrar la ausencia racional de toda duda<sup>24</sup>. Tras un análisis detallado, la Sala concluyó que la defensa no había podido probar su tesis y rechazó el pedido de libertad provisional.

<sup>24</sup> *Ibid.*, 28.

<sup>25</sup> La Rosa, Anne-Marie; *op. cit.*, nota 10 y págs. 685 a 690.

<sup>26</sup> *Ibid.*, pág. 692.

En un interesante artículo, Anne-Marie La Rosa estima que la contradicción entre las normas internacionales de derechos humanos y el estatuto y las reglas de procedimiento y pruebas del TPIY con respecto a la libertad provisional sólo era aparente, pues la sospecha razonable que exigen los instrumentos internacionales de derechos humanos para que la detención sea legítima es equivalente a los indicios racionales de la criminalidad del sospechoso para mantenerlo a disposición del Tribunal que también es requisito indispensable para que un magistrado pueda confirmar el procesamiento<sup>25</sup>. Sólo en tal caso podrá el magistrado dictar una orden de arresto. De esta forma La Rosa considera compatible esta práctica con las de otros organismos judiciales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Curiosamente, según el razonamiento de La Rosa, el acusado sólo podría contestar su detención cuando haya fundamentos suficientes para refutar a la vez el procesamiento. La propia La Rosa reconoce que:

*“De la interpretación restrictiva de las Salas se infiere que la libertad provisional se podrá decidir solamente en los casos en que el acusado pueda aspirar también a rechazar el acta de acusación, puesto que no coincide -o ha dejado de coincidir- con las condiciones que hayan permitido al magistrado del Tribunal confirmarla<sup>26</sup>.”*

A este propósito, cabe preguntarse porqué la persona acusada pediría la libertad provisional cuando está en condiciones de refutar los motivos del procesamiento y, en consecuencia, de ser liberado definitivamente y sin cargos. El Estatuto del TPIY no admite la prisión preventiva de las personas sospechosas o por motivos de investigación, pues sólo se podrá arrestar a los acusados cuyo procesamiento haya sido confirmado. De lo contrario, la persona deberá ser puesta de inmediato en libertad. Siguiendo el razonamiento de La Rosa a este respecto, el acusado sólo podría pedir su libertad provisional cuando también pueda refutar los motivos de su procesamiento.

Al parecer, la norma general es mantener al acusado en detención durante el proceso y sólo en circunstancias muy excepcionales, que requieren nuevas pruebas similares a las necesarias para contestar el procesamiento, podrá decretarse la liberación provisional mientras esté pendiente el juicio.

Según la doctrina y la práctica de los órganos internacionales de control de la

observancia de los derechos humanos, la libertad provisional se aplica a todo el período comprendido entre la detención, con independencia del motivo, y el comienzo del juicio propiamente dicho<sup>27</sup>. Pero aun durante el juicio, habida cuenta de la gravedad de los presuntos delitos, puede no ser necesario mantener la detención preventiva del acusado. Los tribunales nacionales suelen negar la liberación provisional del acusado cuando se trata de crímenes de gravedad excepcional. Sin embargo, lo que es excepción en los derechos penales nacionales es regla en el TPIY. En efecto, su práctica constante ha sido la de negar todo pedido de libertad provisional cuyo fundamento no sea una enfermedad incurable o un estado de salud muy grave<sup>28</sup>.

En los reglamentos y la práctica de los tribunales *ad hoc*, todo arresto requiere previamente que un magistrado confirme el procesamiento diligenciado en las etapas anteriores al juicio propiamente dicho. Por lo tanto es más difícil que se puedan obtener y proporcionar garantías adicionales de la existencia de elementos que justifican el arresto. Al mismo tiem-

<sup>27</sup> A este respecto pueden consultarse, Noor Muhammad, Hajid; *op. cit.*, nota 8, págs. 141 a 144, y Grote, Rainer, *op. cit.*, nota 15, págs. 704 a 708.

<sup>28</sup> La Sala de Primera Instancia no sólo ha negado la liberación provisional de todos los acusados en el juicio del campo *Celibici*, sino también a quienes se presentaron voluntariamente ante el Tribunal, como *Blaskic* (abril 24 de 1996), a cuyo respecto se declaró que sólo se podría ordenar la libertad provisional en los casos muy raros en que las condiciones del acusado, en especial de salud, no permitan ninguna forma de detención. En consecuencia el Tribunal negó la liberación de *Kovacevic*, enero 16 de 1998, de *Kupreskic*, mayo 15 de 1998, de *Radic*, julio 8 de 1998 y de otros acusados. Por una descripción general de esta práctica, véase Sean Murphy, "Progress and jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia"; *American Journal of International Law*, vol. 23, 1999, págs. 77 y 78.

po, una vez que éste ha sido decretado, toda liberación, incluso provisional, sólo será posible cuando se den circunstancias excepcionales. Los tribunales *ad hoc* -en especial el de la ex Yugoslavia- parecen aplicar normas distintas de las internacionalmente reconocidas sobre el arresto y liberación del acusado antes del comienzo del juicio. Las razones de esta divergencia han de encontrarse en la naturaleza del medio internacional en que actúan dichos tribunales y de los crímenes que deben juzgar.

#### **El Proyecto de estatuto de la CDI y el camino hacia el Estatuto de Roma para la CPI**

El proyecto de estatuto para un tribunal penal internacional elaborado por la CDI en 1994 no aborda los problemas relacionados con la práctica y con los estatutos y reglas de los tribunales *ad hoc* que acabamos de describir. Dicho proyecto de 1994, a diferencia de los estatutos de los tribunales *ad hoc*, no subordina la detención preventiva al procesamiento formal de la persona sospechosa. El artículo 29, párrafo 2, del proyecto mencionado dispone que "*toda persona detenida podrá solicitar de la Junta de Gobierno su puesta en libertad antes del juicio*". En sus comentarios a esta disposición, la CDI no considera necesario apartarse de la práctica de los instrumentos y órganos internacionales de derechos humanos. Sin embargo, cuando las acusaciones sean muy graves, se recono-

ce que por lo general es necesario detener al acusado mantenido bajo segura custodia por la policía de un Estado<sup>29</sup>. El lenguaje de la CDI es bastante diferente del utilizado por los tribunales *ad hoc*: la regla es la libertad provisional durante el juicio, pese a que se admita mantener la detención del acusado por la naturaleza excepcional de las infracciones o de las circunstancias.

Tanto el proyecto del Comité Preparatorio de 1998 (Prep-com) como el del Estatuto de Roma de la CPI contienen elaboradas disposiciones sobre el derecho del acusado a la libertad provisional en espera de juicio, diferenciándose así de los Estatutos y Reglas de los Tribunales *ad hoc* y del propio proyecto de la CDI. Las disposiciones pertinentes del proyecto Prep-com son los artículos 58, 59 y 60. El artículo 58 del Estatuto de la CPI establece las condiciones para que la Sala de Cuestiones Preliminares pueda ordenar un arresto o una intimación a comparecer. Su párrafo 1, sobre la orden de detención, dispone que dicha Sala sólo podrá dictarla si estuviere convencida de que hay motivo razonable para creer que la persona ha cometido un crimen de la competencia de la Corte y de que la detención es necesaria. También establece que la orden se dictará a solicitud del Fiscal, a quien corresponderá presentar las pruebas necesarias, y que la Sala no dictará una orden de detención si está convencida de que bastará una orden de comparecencia. A este respecto las disposicio-

<sup>29</sup> Proyecto de Estatuto para un Tribunal Penal Internacional; *op. cit.*, comentario 3) sobre el Art. 29.

nes del estatuto de la CPI no difieren fundamentalmente del proyecto Prep-com.

En cuanto al procedimiento de detención en el Estado en que ha tenido lugar el arresto, el artículo 59 del Estatuto de la CPI reconoce el derecho de la persona detenida a "*solicitar de la autoridad competente del Estado de detención la libertad provisional antes de su entrega*". El párrafo 4 de dicho artículo requiere que las autoridades evalúen la gravedad de los presuntos crímenes y si hay circunstancias urgentes y excepcionales que justifiquen la libertad provisional.

Por su parte, el artículo 60 del mismo texto acuerda igual derecho a las personas que se hallen a disposición de la Corte. Según el párrafo 1, la Sala de Cuestiones Preliminares se asegurará que el imputado ha sido informado de sus derechos, comprendido "*el de pedir la libertad provisional*". El párrafo 2 reafirma la regla general y dispone que la Sala de Cuestiones Preliminares, antes de decidir al respecto, deberá examinar si se han cumplido las dos condiciones relativas a la orden de detención exigidas por el párrafo 1 del artículo 58. La primera de ellas es si hay motivo razonable para creer que la persona ha cometido un crimen de la competencia de la Corte; la segunda se refiere a la necesidad de mantener la detención a efectos de asegurar la comparecencia de la persona en juicio o que ella no obstruya ni ponga en peligro la investigación ni las actuaciones de

la Corte o, en su caso, para impedirle que siga cometiendo crímenes. Una interpretación totalmente lógica de estas disposiciones concluirá que si falta alguna de estas condiciones, la Corte deberá liberar a la persona detenida. Pero, sin embargo, aun si se dan ambas condiciones, la Corte podrá rechazar la solicitud de libertad en espera de juicio.

Las disposiciones de la CPI parecen proteger mejor que el estatuto, reglas y prácticas del TPIY el derecho de toda persona acusada a la libertad provisional. El Estatuto de Roma también se aparta del intento del proyecto de la Prep-com (artículo 60, párrafo 2) de reintroducir la detención como norma. En efecto, esta disposición, tras haber previsto que quien sea objeto de una orden de detención podrá pedir la libertad provisional, continúa declarando que la persona continuará detenida salvo si la Sala de Cuestiones Preliminares ha comprobado que, de quedar en libertad, cumplirá las dos condiciones antes enumeradas. Se viene así a establecer claramente que la libertad provisional constituye una excepción a la regla general, que es la detención.

Es oportuno señalar que nada dice el Estatuto de la CPI sobre la libertad provisional del acusado durante el juicio. No obstante, cabe interpretar que es posible otorgarla si se dan las condiciones del artículo 58. Por su parte, la regla 75 del proyecto de Reglas de procedimiento y de pruebas propuesta por Australia<sup>30</sup> dis-

<sup>30</sup> *Draft Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Court*, propuesta presentada por Australia, Nueva York, 16-26 de enero de 1999. PCNICC/1999/DP.1.

pone que la Sala de Primera Instancia examinará las órdenes de la Sala de Cuestiones Preliminares relativas a la detención o liberación de la persona acusada. También prevé la revisión periódica de esas órdenes o en cualquier momento que lo pida la acusación o la persona acusada. En consecuencia, según esta regla, el acusado también podría pedir su liberación durante el juicio.

De una evaluación general de las disposiciones y prácticas de los tribunales penales internacionales relativas a la libertad provisional se desprende que es necesario guardar un cierto equilibrio entre los derechos a la libertad provisional de las personas arrestadas en espera de juicio y los intereses de la comunidad internacional a impartir una justicia efectiva. Este equilibrio se ha podido alcanzar de diferentes maneras, tanto en las normas y la práctica del TPIY como en el Estatuto de la CPI. En el primer caso el arresto y la libertad provisional del acusado es más difícil, en el segundo, se permite el arresto antes de la confirmación del procesamiento, siguiendo las normas internacionales sobre el tema. Al parecer, las exigencias del medio internacional, así como las limitadas facultades y recursos de los tribunales *ad hoc* han pesado más que otros motivos. Este medio se caracteriza por la ausencia de una fuerza internacional de policía y de una jurisdicción directa sobre el territorio donde podría residir la persona liberada. Las facultades de dichos tribunales para apresar al acusado están subordinadas

al buena voluntad de cooperar que tenga el Estado donde él resida.

El derecho del acusado a la libertad provisional mientras esté en espera de juicio se basa en los supuestos perjuicios (comprendidos los daños sociales y económicos) que la privación de libertad puede causarle cuando aún no se ha establecido su culpabilidad. Por otro lado, el interés de la justicia es asegurar la presencia efectiva del acusado en juicio. Al equilibrar estos intereses se deberán considerar debidamente las circunstancias y el contexto en el cual los tribunales llevan a cabo sus tareas. Cuando no se pueda garantizar que el acusado comparecerá en juicio una vez liberado, será necesario, en la mayoría de los casos, mantener la detención de la persona acusada o sospechosa antes y durante el proceso. No obstante, al tomar esta decisión se deberán considerar las circunstancias propias del caso, sin perjuicio que el derecho de pedir la libertad provisional sea la regla general. Si bien las disposiciones del Estatuto de la CPI garantizan este derecho, aún no es claro si, para no afectar su capacidad real de impartir justicia en un medio internacional, la práctica de la Corte no será distinta con respecto a esta forma de liberación.

### III. Derecho a interrogar o a hacer interrogar a los testigos

Este derecho es un elemento importante de todo juicio imparcial, que garantiza la igualdad de armas entre am-

bos contendientes. El párrafo 3 del artículo 14 del PIDCP reconoce al acusado el derecho a "*interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo*". La misma disposición figura en el artículo 6, párrafo 3, apartado d), de la Convención Europea.

El artículo 21 del Estatuto del TPIY y el 20 del Estatuto del TPIR reiteran el derecho a *interrogar o hacer interrogar a los testigos* reconocidos por el PIDCP y la CEDH. Pero la práctica del TPIY se ha apartado algo de la seguida por los órganos de control de la observancia de los derechos humanos y de otros tribunales internacionales. Así, el TPIY admitió como prueba válida la declaración anónima de un testigo en el caso *Tadic*, que se analizará a continuación.

#### **La decisión de garantizar el anonimato a un testigo de cargo adoptada en el caso *Tadic***

El 10 de agosto de 1995, la Sala de Primera Instancia del TPIY concedió una serie de medidas de protección solicitadas por el Fiscal y, entre ellas, la de no revelar al acusado ni a su defensor la identidad de cuatro testigos<sup>31</sup>. La mayoría apoyó la decisión de acceder a dicho pedido, con el disenso de un magistrado, el juez Stephen, relativo al punto crucial de ga-

rantizar el anonimato completo a los testigos de la acusación. La mayoría se apoyó en los artículos 20 y 22 del Estatuto del TPIY y en sus Reglas de procedimiento 69, 75, 79 y 89. Esta decisión se resume brevemente a continuación.

Al estudiar la solicitud de medidas de protección presentada por el Fiscal, la Sala de Primera Instancia consideró en primer lugar si al interpretar las disposiciones de su Estatuto y Reglas, el Tribunal estaba obligado a seguir la jurisprudencia e interpretaciones relativas al artículo 14 del PIDCP y al artículo 6 de la CEDH, así como las opiniones expresadas en el Comité de Derechos Humanos y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, respectivamente. Tras explicar algunas características "incomparables" del Tribunal, entre ellas el hecho de ser el primero que en materia penal funcionaba a nivel internacional y que constituía una amalgama original de *common law* y de derecho continental, así como el ámbito y preocupaciones que le eran particulares, la Sala concluyó

Las interpretaciones del artículo 14 del PIDCP y del artículo 6 de la CEDH que, en cuanto tales, han dado otros organismos judiciales sólo son parcialmente pertinentes a la aplicación de las disposiciones del Estatuto y la Reglas del Tribunal Internacional, pues las interpretaciones relativas a sus normas de los organismos mencionados se han

<sup>31</sup> Prosecutor v. Dusko Tadic Decision on the Prosecutor's motion requesting protective measures for victims and witnesses. 10 August 1995 Case IT-94-1.

efectuado en el ámbito de su marco jurídico propio y no implican por lo tanto las mismas consideraciones<sup>32</sup>.

La Sala de Primera Instancia añadió que entre los elementos del marco jurídico en que cabría interpretar y aplicar las disposiciones del artículo 21 del Estatuto figuraba el objeto y propósito específico del Tribunal Internacional y ciertas características únicas de su Estatuto, como la que impone, a título de obligación de hacer, la protección a las víctimas y los testigos<sup>33</sup>. Además la decisión de la mayoría establece una diferencia entre los tribunales penales ordinarios, donde la aplicación de las disposiciones del PIDCP y de la CEDH es pertinente, y el TPIY, que es una suerte de tribunal especial con ciertas semejanzas con los tribunales militares donde, por lo general, se limitan los derechos del debido proceso y las reglas sobre la admisión de las pruebas<sup>34</sup>. Por lo tanto, la Sala concluyó que si bien la jurisprudencia de otros organismos judiciales internacionales era aplicable para examinar conceptos tales como "juicio imparcial", la apreciación de la medida en que se logra un equilibrio adecuado e indispensable dependía del contexto jurídico del sistema en el cual se aplicaban dichos conceptos<sup>35</sup>.

La Sala de Primera Instancia pasó luego a examinar la primera cuestión, rela-

tiva a la reserva. Tras considerar las disposiciones pertinentes de su Estatuto y Reglas, así como la práctica de otros organismos judiciales internacionales y nacionales, concluyó por unanimidad que correspondía aceptar la medida solicitada por el Fiscal relativa a no revelar al público ni a la prensa la identidad de seis testigos. Además, también por decisión unánime, garantizó la protección de la vida privada de cuatro de los seis testigos para evitarles el trauma psicológico de una confrontación directa con el acusado<sup>36</sup>. En todo momento el Tribunal destacó que actuaba velando por mantener el equilibrio entre los derechos del acusado y el deber de protección a las víctimas y los testigos.

La decisión sobre el carácter reservado del caso pudo adoptarse por unanimidad, pues poca o ninguna ambigüedad existía al respecto en el Estatuto y las Reglas, así como en la práctica de otros organismos judiciales internacionales. Muy distinta fue la situación con respecto al anonimato deseado por el Fiscal para cuatro testigos, a cuyo respecto el juez Stephen hizo constar su disenso.

Tras prolongado y cuidadoso examen de las normas y prácticas, la mayoría de la Sala de Primera Instancia concluyó que garantizar el anonimato solicitado no

<sup>32</sup> *Ibid.*, 27, (Traducción libre).

<sup>33</sup> *Ibid.*, 26.

<sup>34</sup> *Ibid.*, 28.

<sup>35</sup> *Ibid.*, 30.

<sup>36</sup> *Ibid.*, 50 a 52.

vulneraba el derecho general del acusado a un juicio imparcial, ni el particular de interrogar o hacer interrogar a los testigos. En efecto, tras subrayar una vez más que la práctica debía conciliar dos intereses públicos divergentes (párrafos 55 a 57) y tras observar que tal equilibrio era ineludible en virtud del artículo 20 del Estatuto, que requiere a la vez la plena observancia de los derechos de acusado y el respeto debido a las medidas de protección a las víctimas y los testigos, la decisión de la mayoría, apoyándose en el caso *R. vs. Taylor*, diligenciado ante el tribunal de apelaciones de Inglaterra, declaró que toda limitación a los derechos de la defensa del acusado era materia librada a la discrecionalidad de los jueces. La mayoría añadió que tal facultad debía ejercerse con equidad y sólo en circunstancias excepcionales la Sala de Primera Instancia podía restringir el derecho del acusado a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo<sup>37</sup>. Los magistrados de la mayoría estimaron que el conflicto que aún persistía en la antigua Yugoslavia constituía una circunstancia excepcional "*par excellence*" y, por

analogía, equiparó dicha situación a las que en el marco de los principales instrumentos internacionales de derechos humanos autorizan la derogación de ciertas garantías procesales reconocidas. A juicio de los magistrados de la mayoría, para determinar si correspondía o no garantizar el anonimato de los testigos también cabría tener en cuenta los elementos pertinentes que provinieran del derecho nacional.

Según la opinión mayoritaria, el anonimato de los testigos no vulneraba necesariamente el derecho de la persona acusada a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo a condición de que la defensa pudiese interrogar a los testigos anónimos<sup>38</sup>. Aún si no se revelaba la identidad de ciertos testigos al acusado, toda una serie de salvaguardias continuaban garantizando la imparcialidad del juicio. Tales salvaguardias pudieron ser tomadas del caso *Kostowsky vs. los Países Bajos* pero la mayoría las descartó como improcedentes pues las circunstancias de ese caso eran diferentes del que ocupaba al Tribunal<sup>39</sup>. La mayoría opinó que, "se-

<sup>37</sup> *Ibid.*, 60 y 61.

<sup>38</sup> *Ibid.*, 67 (traducción libre).

<sup>39</sup> *Kostowsky v. The Netherlands*; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 20 de noviembre de 1989, Serie A N° 166. En este caso dos magistrados y un oficial de la policía recibieron las declaraciones de dos personas que guardaron el anonimato durante las diligencias preparatorias, sin la presencia del acusado ni de su defensor. Si bien ulteriormente se informó a este último de las declaraciones y se le dio la oportunidad de interrogar por escrito e indirectamente a una de ellas por intermedio del magistrado encargado de la encuesta, se limitó la naturaleza y el ámbito de las preguntas a efectos de preservar el anonimato de los declarantes. Presentada luego al juicio, estas declaraciones fueron aceptadas como prueba, pero sus autores no estuvieron presentes en la sala de audiencias ni pudieron ser observados por los magistrados del juicio. Además, ni siquiera los propios magistrados que se encargaron del interrogatorio conocían la

gún el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ciertas salvaguardias establecidas en los procedimientos seguidos por un tribunal legítimo, podían compensar toda disminución de los derechos del acusado a un juicio imparcial, salvo el de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo<sup>40</sup>. A juicio de la mayoría, tales salvaguardias eran:

“En primer lugar, los magistrados deben estar en condiciones de observar el comportamiento del testigo a efectos de poder evaluar la fiabilidad de su testimonio... En segundo lugar, los magistrados deben estar al corriente de la identidad del testigo para poder comprobar su fiabilidad... En tercer lugar, se debe permitir a la defensa interrogar al testigo sobre todo asunto no relacionado con su identidad o paradero actual...”<sup>41</sup>.

Por último, la mayoría de la Sala de Primera Instancia examinó cada caso individualmente, considerando los factores que podían justificar el anonimato de los testigos presentados por la acusación y concluyó aceptándolo para cuatro de ellos.

Ciertos eruditos y prácticos del derecho, especialmente los formados en la tradición del *common law*, han criticado duramente esta decisión, siguiendo por lo general la opinión en disenso del juez Stephen.

El razonamiento de dicho magistrado se centró en primer término en un análisis de las disposiciones del estatuto y las reglas del Tribunal para saber si ellas permitían concluir que era posible garantizar el anonimato a los testigos. A su juicio, las disposiciones del Estatuto daban un peso distinto a la necesidad de respetar los derechos del acusado, reconocidos incondicionalmente, y la necesidad de proteger a las víctimas y los testigos, que era de un orden muy diverso. Quedaba así descartada toda posibilidad de equilibrar intereses pues los del acusado prevalecían totalmente. La decisión de la mayoría de no dar a conocer la identidad de los testigos ni al acusado ni a su defensor excluía la posibilidad de ejercer el derecho de interrogar eficazmente a los testigos de cargo, cuyo propósito esencial era garantizar la posibilidad de cruzar los interrogatorios<sup>42</sup>.

---

identidad de los declarantes. El Tribunal Europeo señaló que “en tales circunstancias no podía afirmarse que las desfavorables condiciones de trabajo de la defensa se habían visto compensados por los procedimientos seguidos por las autoridades judiciales” (párrafo 43, traducción libre). Por último el Tribunal concluyó que, vistas tales circunstancias, las restricciones de los derechos de la defensa habían sido tales que no permitían calificar al juicio del Sr. Kostowsky como imparcial.

<sup>40</sup> Prosecutor v. Tadic, decisión sobre medidas de protección..., *op. cit.*, nota 31, pág. 69, (Traducción libre).

<sup>41</sup> *Ibid.*, 71, (traducción libre).

<sup>42</sup> *Ibid.*, citando el caso Delaware v. Van Arsdall; 475 U.S. 673.683 (1986) (traducción libre).

El juez Stephen también asigna distinta importancia a la jurisprudencia de otros organismos judiciales internacionales. A su juicio la práctica del Comité de Derechos Humanos y, en particular, la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ofrecen claras orientaciones para interpretar el artículo 21 del Estatuto del TPIY. Esta interpretación, siguiendo la jurisprudencia sentada por el caso *Kostowsky vs. los Países Bajos*, considera que la admisión de testimonios anónimos implica unas limitaciones de los derechos del acusado que son inconciliables con las garantías del artículo 6 de la CEDH<sup>43</sup>.

Además, según el juez Stephen, la no comunicación al acusado de la identidad de un testigo sólo está prevista en las etapas previas y como "medida de carácter excepcional" (regla 69), pero no en la Regla 75, que autoriza la no revelación al público y a la prensa, y que podría interpretarse como una manera de facilitar la deposición de las víctimas y los testigos vulnerables (Regla 75, apartado B, inciso iii). Las reglas no habrían podido incluir un concepto tan radical, como el anonimato completo de los testigos de cargo, recurriendo a una redacción in-

directa y ambigua, especialmente si se considera que la regla mencionada ha dispuesto claramente la no divulgación al público y la prensa.

La conclusión del juez Stephen es que podían aceptarse todas las medidas de protección deseadas por la acusación, comprendido el anonimato de algunos testigos presentes, a condición que su identidad no fuese indispensable para que la defensa pueda a su vez interrogarlos de manera efectiva.

En el caso que nos ocupa sólo se autorizó que uno de los testigos declararse sin revelar su identidad al acusado, pero su defensor pudo estar presente y ver al testigo mientras declaraba<sup>44</sup>. Otros dos testigos prestaron declaración en presencia del acusado, mientras que el cuarto fue retirado. El único que declaró sin dar a conocer su identidad no era un testigo clave para las acusaciones de violación carnal que, por el hecho de haber sido retiradas antes del comienzo del juicio, hacían perder todo fundamento a la necesidad de mantener el anonimato, como sucede muy frecuentemente en casos relacionados con violaciones o agresiones de orden sexual<sup>45</sup>. La decisión adoptada

<sup>43</sup> *Ibid.*, citando la sentencia del caso *Kostowski* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

<sup>44</sup> Murphy, Sean; *op. cit.*, nota 28, pág. 84.

<sup>45</sup> La profesora Christine Chinkin, que presentó un *amicus curiae* al Tribunal sobre la cuestión del anonimato de los testigos, apoyó tal medida como necesaria para proteger a las víctimas de violaciones del sentimiento de vergüenza ante la sociedad y del trauma de volver a verse frente al agresor, ahora acusado. La profesora también sostuvo que esta clase de medidas eran necesaria para poner fin a la impunidad de los autores de crímenes relacionados con violaciones y otras violencias sexuales. Véase Chinkin, Christine, "Due process and witness anonymity"; *American Journal of International Law*, vol. 91, 1997, pág. 75.

en el caso *Tadic* ha servido de base al Tribunal para aprobar medidas de protección a las víctimas y los testigos en muchos otros casos<sup>46</sup>.

Sin embargo la práctica del TPIY con respecto al anonimato dista mucho de ser coherente. En el caso *Blaskic*, otra Sala de Primera Instancia afirmó que el anonimato de un testigo era admisible sólo durante un plazo razonable previo al comienzo del juicio propiamente dicho,

... a partir de ese momento, sin embargo, debe primar el derecho del acusado a un juicio imparcial y por lo tanto se ha de dar a conocer al acusado la identidad de los testigos, aún si se la protege del conocimiento público y de los medios de comunicación... ¿Cómo es posible concebir que el juicio sea imparcial, con tiempo adecuado para preparar su defensa y posibilidad de contrainterrogar de manera inteligible a los testigos de cargo, si el acusado no conoce el origen de las acusaciones ni la identidad de quienes le acusan?<sup>47</sup>

#### El Proyecto de estatuto de la CDI y el camino hacia el Estatuto de la CPI de Roma de 1998

Las disposiciones del Proyecto de estatuto de la CDI, como ya lo hemos vis-

to, no tratan el tema que nos ocupa con tanto detalle como las Reglas de Procedimiento y Pruebas. Así, el artículo 41 del proyecto de la CDI se limita a declarar que el acusado “*tiene derecho a un juicio imparcial y sin menoscabo de lo dispuesto en el artículo 43*”, que prevé en general la protección a las víctimas y los testigos. El párrafo 1 del mismo artículo 41 reconoce también al acusado ciertas garantías mínimas, como la del apartado c), sobre su derecho “*A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo...*”.

Por el contrario, el Estatuto de la CPI<sup>48</sup> contiene disposiciones detalladas - como sus artículos 67 (derechos del acusado) y 68 y 69 (protección de las víctimas y los testigos y práctica de las pruebas, respectivamente)- muchas de ellas similares a las reglas de los tribunales *ad hoc*. El párrafo 5 del artículo 68, permite no revelar al acusado “*pruebas o información ... que entrañen “un peligro grave para la seguridad de un testigo o de su familia”*. Pero tales medidas se limitan a “*cualquier diligencia anterior al juicio*” y “*no podrán redundar en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni serán incompatibles con éstos*”. El Estatuto de la CPI parece pues prohibir el anonimato completo de los testigos después de las etapas prelimina-

<sup>46</sup> Por ejemplo en el caso *Erdemovic* (octubre 18 de 1996) y en el juicio del campo *Celebici*. Por referencias puede consultarse Murphy, Sean; *op. cit.*, nota 28, págs. 84 y 85.

<sup>47</sup> *Prosecutor v. Blaskic, decision on the application of the Prosecutor for protective measures for victims and witnesses*; 5 de noviembre de 1996, Caso IT-95-14-T, párrs. 24 y 25. (Traducción libre)

<sup>48</sup> El Estatuto de la CPI no difiere substancialmente del proyecto Com. Prep y las disposiciones de ambos textos mantienen la misma numeración.

res y considerar que es un "perjuicio" para los derechos del acusado o incompatible con ellos.

El párrafo 2 del artículo 69 establece que la "*prueba testimonial deberá rendirse en persona en el juicio, salvo cuando se apliquen las medidas establecidas en el artículo 68 o en las Reglas de Procedimiento y Prueba*". Los testimonios no sólo podrán presentarse oralmente sino también por otros medios, como documentos o transcripciones escritas, pero en ningún lugar del texto se prevé el anonimato del testigo.

Durante la primera reunión de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, en febrero de 1999, Australia presentó un proyecto de Reglas de procedimiento y prueba<sup>49</sup>. La regla 67, apartado a), de dicho proyecto declara que la acusación deberá comunicar a la defensa las señas de los testigos que se propone llamar a declarar en juicio, con antelación suficiente para poder preparar la defensa. En una contribución escrita a los trabajos de dicha Comisión Preparatoria, el TPIY insta encarecidamente a la Comisión a no dar carácter obligatorio a dicha regla pues su consecuencia podría ser la de intimidar a todo testigo que necesite protección para declarar<sup>50</sup>.

Como conclusión del análisis de esta

disposición, cabe formular algunas observaciones.

En primer lugar, las diferentes posturas con respecto al papel que pueden desempeñar los magistrados para asegurar la imparcialidad del juicio. Estas diversas actitudes son claramente perceptibles en la decisión sobre el caso *Tadic*, antes analizado, con una mayoría por un lado y el disenso de un magistrado por el otro. Mientras que la mayoría asigna gran latitud a los magistrados para equilibrar los derechos del acusado y ofrecerle salvaguardias durante todo el juicio en caso de que puedan verse de alguna forma afectados, la opinión minoritaria ya mencionada otorga gran importancia al respeto estricto de los derechos del acusado, única manera de garantizar un juicio imparcial. Esta divergencia de puntos de vista también puede ser el reflejo de diferentes tradiciones jurídicas.

En segundo lugar, la necesidad y posibilidad de establecer un equilibrio entre los intereses y derechos del acusado y otros derechos e intereses, en especial los de las víctimas y los testigos, que es un asunto procesal de cierta importancia. La práctica del TPIY sugiere que dicho equilibrio es necesario a la imparcialidad del juicio.

<sup>49</sup> *Op. cit.*, nota 30.

<sup>50</sup> *Contributions of the Chambers of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, presentadas a la reunión de la Comisión Preparatoria de 26 de julio a 13 de agosto de 1999, sobre el Proyecto de reglas de procedimiento y pruebas para la Corte Penal Internacional. Preparadas por la Comisión de enlace entre las Salas del TPIY, párr. 30.

Es probable que en el futuro la CPI se encuentre frente a situaciones similares, en la cuales el interés y el derecho de la persona acusada de conocer la identidad de los testigos de cargo para permitirle llevar a cabo un contrainterrogatorio efectivo puede implicar un perjuicio para los derechos de las víctimas o de los testigos a preservar su vida privada y asegurar su protección. Los futuros magistrados de la Corte deberán tomar en consideración algunos de estos elementos cuando tengan que adoptar una decisión al respecto.

Es indudable que garantizar a los testigos un anonimato completo durante el juicio propiamente dicho determinará limitaciones importantes de los derechos del acusado y, en consecuencia, afectará el principio de la igualdad de los medios procesales de defensa. El total anonimato de un testigo es una medida extrema, capaz de determinar la condena de la persona acusada. Por lo tanto, no revelar su identidad para permitir a la defensa realizar un contrainterrogatorio parecería constituir una limitación radical del derecho del acusado a interrogar a un testigo. Si el acusado ignora su identidad, sus posibilidades de defensa se ven substancialmente disminuidas, con riesgo de ser condenado por el testimonio de un falso testigo. Si bien la habilidad y ma-

nera de conducir un interrogatorio podrían ser objeto de evaluación y calificación y que sería aceptable ignorar la identidad de testigos poco importantes, garantizar un anonimato completo a un testigo presencial importante afectaría el fundamento mismo del derecho a interrogar a los testigos.

Siguiendo el razonamiento del juez Stephen en su disenso, algunos autores consideran que las garantías mínimas a que tiene derecho el acusado no deberían ser objeto de ninguna calificación o evaluación. Añaden que la mayoría no estaba facultada a derogar esos derechos sin que una regla o disposición así lo autorizara explícitamente<sup>51</sup>. Natasha Affolder, en particular, afirma críticamente que una decisión tan radical como exceptuar el cumplimiento de una disposición del Estatuto relativa a las “garantías mínimas” no debería interpretarse sin contar con pruebas de que tal era la voluntad del legislador. Sin embargo, este argumento no parece haber sido invocado explícitamente por la mayoría que, por el contrario, para justificar su necesidad de dar un nuevo enfoque a la cuestión en virtud de las características especiales del medio jurídico del Tribunal y de la naturaleza de los crímenes que eran de su competencia, recurrió a la analogía con las situaciones en que los

<sup>51</sup> Affolder, Natasha, “*Tadic, The anonymous witness and the sources of international procedural law*”; *Michigan Journal of International Law*, vol. 19, 1998, págs. 477 y 478. Leigh, Monroe, “*Witness anonymity is inconsistent with due process*”; *American Journal of International Law*, vol. 91, 1997, págs. 82. Estos autores también podrían argumentar que la Sala de Primera Instancia ha establecido una nueva regla sin estar facultada para hacerlo. Según Affolder, el derecho de confrontación es un principio general de derecho (*op. cit.*, pág. 489).

instrumentos internacionales de derechos humanos admiten una derogación<sup>52</sup>. Por lo tanto, la verdadera cuestión que se plantea es la de saber si es posible compensar intereses y derechos, concepto, al parecer, ampliamente aceptado<sup>53</sup>.

El tema de conceder el anonimato completo a ciertos testigos no ha perdido fuerza. El tribunal internacional tiene el mandato de impartir justicia efectiva. Su cumplimiento se vería obstaculizado si, en circunstancias específicas, no se pudieran presentar en juicio las pruebas necesarias. Es útil señalar que la jurisdicción de los tribunales internacionales comprende muchos crímenes de orden sexual, como violaciones y mutilaciones, cometidos contra personas no combatientes atrapadas por los conflictos armados en curso. La probabilidad de que las víctimas o los testigos clave - generalmente parientes de las víctimas o personas cercanas a ellas- estén dispuestas a declarar en un juicio público frente al acusado es escasa. Más probable es que prefieran abstenerse de dar testimonio

que hacer frente a la vergüenza y el ostracismo social a que se verían condenadas en sus comunidades, sin hablar de las amenazas a su propia seguridad y la de sus familias. En tales casos, el sistema de protección a las víctimas será necesaria en las etapas previas y tal vez también en el juicio propiamente dicho pues es probable que los riesgos y amenazas para los testigos y las víctimas continúen después del proceso. Sin embargo, tales medidas de protección no son suficientes cuando los motivos del deseo de que nadie, salvo los jueces, esté al tanto de su identidad sean razones de orden social, cultural o religioso de los testigos. En estos casos los magistrados podrán tomar en consideración los intereses de la justicia y de las víctimas para decidir si corresponde garantizar plenamente a un testigo clave la posibilidad de declarar en juicio sin revelar su identidad.

De todas maneras, y cualquiera sea la decisión final, cuando los magistrados de la Corte Internacional tengan que abordar los procedimientos y las pruebas de

<sup>52</sup> La derogación del derecho a un juicio imparcial y sus consiguientes garantías no parece posible según se desprende del debate mantenido sobre el Protocolo optativo al PIDCP, que declararía inderogable al artículo 14, que se refiere al juicio imparcial. La propuesta no ha prosperado hasta ahora pues el propio Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas estima que ciertos aspectos del derecho a un juicio imparcial ya son inderogables. Véase La Administración de Justicia y los Derechos Humanos de las Personas Detenidas. El Derecho a un Juicio Imparcial, Informe del Secretario General elaborado de conformidad con el pedido formulado por la Sub Comisión de Prevención de la Discriminación y Protección a las Minorías en su resolución 1993/26. Sub Comisión de Prevención de la Discriminación y Protección a las Minorías, Cuadragésimo sexto período de sesiones. Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1994/26, pág. 13.

<sup>53</sup> Harris, D.J.; O'Boyle, M.; Warbrick, C.; *Law of the European Convention on Human Rights*. Butterworths 1995, pág. 267. Véase también Sunga Lyal, *The emerging system of International Criminal Law*. Kluwer Law International, La Haya, Londres, Boston, 1997, pág. 317.

ciertos asuntos, deberán ejercer sus facultades con cierta discrecionalidad, pues las Reglas no pueden prever todas las situaciones, ni es bueno que lo intenten.

#### IV. El derecho a un defensor de su elección

Una tercera cuestión que debemos examinar es el derecho del acusado a defenderse y, concretamente, a tener una asistencia letrada, gratuita si carece de medios suficientes para pagarla. La aplicación de este derecho, que reconocen sin cortapisas los Estatutos de los dos tribunales *ad hoc*, ha planteado ciertas dificultades prácticas en el TPIR.

El apartado d) del párrafo 3 del artículo 14 del PIDCP dispone que toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a “*ser asistida por un defensor de su elección [...] y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo*”.

Disposiciones similares figuran en la CEDH (artículo 6, 3, c)) y la CADH (artículo 8, 2), e)). El Dr. Manfred Nowak, al comentar el artículo 14 del PIDCP, sugiere que el derecho a la asistencia letrada gratuita cuando se carece de medios para pagarla, sólo surge cuando el interés de la justicia está en juego. Tal interés dependerá de la gravedad del presunto delito y su consiguiente pena máxima<sup>54</sup>. Las transgresiones penales menores no dan derecho a una asistencia jurídica gratuita del acusado, aun si es indigente. Nowak, remitiéndose a la práctica del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, subraya la necesidad que el defensor que se asigne represente efectivamente los intereses de la justicia<sup>55</sup>.

Los Estatutos de los dos tribunales *ad hoc* contienen garantías similares<sup>56</sup>. Sin embargo, el TPIR ha tropezado con algunas dificultades de aplicación, habida cuenta de las particularidades del ambiente en que debe impartir justicia. La extrema pobreza y la consiguiente incapacidad de todos los acusados de pagar los

<sup>54</sup> Noak, Manfred, *The UN Covenant on Civil and Political Rights*. Kehl am Rhein, Estrasburgo. Arlington, Engel 1993, págs. 259 y 260.

<sup>55</sup> *Ibid*, pág. 261. Véase también De Zayas, Alfred: “The United Nations and the Guarantees of a Fair Trial in the International Covenant on Civil and Political Rights and the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment”, en Weissbrodt, D. (Et. Alt.), *op. cit.*, nota 14, págs. 685 y 686. Con respecto a la oportunidad y efectividad de la designación de un defensor de oficio, son especialmente importantes los *United Nations Basic Principles on the Role of Lawyers*, que es un conjunto de principios de los cuales se destaca el N° 5, reimpresos en el Boletín del Centro para la Independencia de Jueces y Abogados, número 25-26 (no hay versión española).

<sup>56</sup> El artículo 21 (apartado d) del párrafo 4) y el artículo 20 (apartado d) del párrafo 4) de los estatutos del TPIY y del TPIR, respectivamente, prevén las mismas garantías que el PIDCP.

servicios de un abogado impulsó al Tribunal a adoptar una política más liberal con respecto a la designación de defensores de oficio que suscitó algunas animosidades, tanto de la parte de los defendidos como de los defensores. Estos casos también han servido para poner en evidencia los problemas y limitaciones de la defensa en el ámbito de una justicia internacional.

### **La designación de un defensor del acusado en la práctica del TPIR**

El juicio de Jean-Paul Akayesu estuvo lleno de incidentes y dilaciones, en parte debidas a la actitud del acusado frente al defensor de oficio. Su primer abogado fue designado el 10 de mayo de 1996, pero se le sustituyó poco después debido a que, alegando reclamaciones financieras al tribunal, se negó a comparecer en juicio. Cuando en octubre de 1998 Akayesu comenzó una huelga de hambre de nueve días para protestar contra la negativa a que se le designase un defensor de su elección, ya había cambiado de abogado por lo menos tres veces, la última en septiembre de 1998, poco antes de la sentencia, momento en el cual decidió defenderse a sí mismo, sin necesidad de abogado. Más tarde, con la intención de apelar la sentencia, solicitó la designación de un jurista canadiense. El Secretario del Tribunal negó tal de-

signación argumentando que una nueva política en materia de nombramiento de defensores impedía temporalmente la designación de dos nuevos defensores, el canadiense y otro abogado francés<sup>57</sup>.

El caso Akayesu no ha sido el único en el cual se produjeron incidentes relacionados con la defensa de acusados indigentes. Durante la huelga de hambre de Akayesu, otros acusados se unieron a ella por solidaridad, para protestar contra la negativa a designar como defensores a los abogados canadiense y francés. En una carta presentada al Tribunal, el acusado detenido en un local de Arusha, solicitó al Presidente del Tribunal que hiciese cesar la orden que negaba el nombramiento de los defensores canadiense y francés, en cumplimiento del derecho a designar un defensor de su elección. El acusado se quejó que los abogados que había elegido el Secretario no cumplían plenamente su misión, lejos de ello, su falta de interés era manifiesta, como lo había puesto en evidencia el no haber estado presentes en las audiencias<sup>58</sup>.

Una decisión similar, la de no designar defensores de ciertas nacionalidades, también afectó el nombramiento de un codefensor de la acusada Pauline Nyiramahuko. Ella y su defensor canadiense ya designado pidieron que se asignara a

<sup>57</sup> Noticias de prensa, archivadas por el autor y la Comisión Internacional de Juristas, Ginebra.

<sup>58</sup> *Carta del detenido al Presidente del TPIR* de fecha 25 de octubre de 1998, archivada por el autor y la Comisión Internacional de Juristas (traducida del francés al inglés por el editor. Traducción libre del título al español).

la acusada el concurso de otro abogado canadiense en calidad de codefensor. El Secretario del Tribunal negó ese pedido basándose en que la decisión de nombrar un codefensor era totalmente facultativa y que, a tal efecto, debían observar rigurosamente ciertos criterios, tales como la distribución geográfica y la representación de sistemas jurídicos en el Tribunal. Por sentencia de 13 de marzo de 1998, la Sala de Primera Instancia I decidió el incidente, que había comenzado en agosto de 1997<sup>59</sup>.

Dicha decisión abordó tres temas relativos a la designación de abogado defensor de una persona acusada. El Tribunal trató de determinar en primer término si la facultad de designar defensor a las personas acusadas indigentes podían ser objeto de revisión judicial o si era privativa del Secretario. La Sala de Primera Instancia, recordando su deber de asegurar un juicio imparcial e independiente que tuviera debidamente en cuenta los derechos reconocidos al acusado por el artículo 19 del PIDCP, resolvió que las decisiones relacionadas con el derecho a tener un abogado defensor eran susceptibles de revisión judicial<sup>60</sup>. La Sala aceptó que el apartado c) del artículo 15 de las Directrices sobre la Designación de Abogado Defensor, que

había adoptado por el Tribunal, otorgaba al Secretario la facultad de designar codefensor a la persona acusada si las circunstancias así lo exigían. También aceptó que el Secretario podía nombrar a su albedrío un defensor u otro, pero “el ejercicio de tal prerrogativa estará siempre sujeta a revisión y control judicial a efecto de asegurar la observancia de la Directriz pertinente y que la Secretaría hiciese un uso justo e imparcial de esta facultad”<sup>61</sup>.

En segundo lugar, la Sala de Primera Instancia trató de determinar si, en el caso concreto, la designación de un codefensor era indispensable para asegurar el pleno respeto de los derechos de la defensa. A este respecto, la Sala declaró estar de acuerdo con la afirmación del Secretario de que la expresión “si las circunstancias así lo exigían” (*en tant que besoin*) confirmaban en efecto su facultad discrecional para decidir por la afirmativa o por la negativa toda solicitud de nombrar un codefensor<sup>62</sup>. Sin embargo, vista la gravedad de las acusaciones y la complejidad del caso en cuestión, así como el hecho de que se había designado un codefensor a otro coacusado, el Tribunal estimó que, “en este caso, era necesario designar un codefensor a la persona acusada”<sup>63</sup>. En consecuencia, el Tribunal

<sup>59</sup> *Le Procureur contre Pauline Nyiamasubuku et Arsène Shalom Ntabobali, Affaire TPIR-97-21-T. Décision Faisant suite à la Requête en exception Préjudicielle déposée par la défense aux fins de Nomination d'un co-conseil au Bénéfice de Pauline Nyiamasubuku*, 13 de marzo de 1998.

<sup>60</sup> *Ibid.*, 4.

<sup>61</sup> *Ibid.*, 5 (traducida del francés al inglés por el editor y libremente al español por el traductor).  
<sup>62</sup> (Traducido del francés al inglés por el editor y libremente del inglés al español).

<sup>63</sup> (Traducido del francés al inglés por el editor y libremente del inglés al español).

dio instrucciones al Secretario para que procediese a designar un codefensor.

El Tribunal prosiguió con el examen de la tercera cuestión, relativa al eventual derecho de la persona acusada a elegir la persona del codefensor que designe el Tribunal. En este caso concreto, la defensa sostuvo que el abogado canadiense propuesto satisfacía plenamente todas las exigencias del artículo 13 de las Directrices y, en consecuencia, no había razones objetivas que impidieran su designación. El Secretario mantuvo a su vez que los requisitos mencionados sólo eran necesarios para incluir a un abogado en la lista de defensores a quienes se podía confiar la defensa de un acusado, pero no para su designación concreta. El Secretario afirmó que para decidir al respecto era obligatorio tomar en consideración otros factores. El Tribunal, por su parte, aceptó que "el Secretario es totalmente libre (*a toute latitude*) de imponer reglas internas en la medida que sean justas e imparciales" y que "el derecho de la persona acusada a tener un defensor de su elección no era ilimitado"<sup>64</sup>. Recordando su decisión de julio de 1997, sobre el caso *Ntakirutimana*, el Tribunal declaró que los mismos considerandos eran aplicables, *mutatis mutandi*, al caso en cuestión. En la decisión del caso *Ntakirutimana*, el Tribunal había establecido que:

"... una persona acusada que sea indigente debe tener la posibilidad de indi-

car un abogado de su elección de la lista de defensores establecida por la Secretaría al efecto, ... el Secretario deberá tomar en consideración los deseos del acusado, salvo motivos razonables y bien fundados para no aceptar esa solicitud. Al tomar tal decisión, el Secretario también tendrá en cuenta, entre otras cosas, los recursos a disposición del Tribunal, la competencia y experiencia reconocidas del abogado, el criterio de distribución geográfica y el equilibrio entre los principales sistemas jurídicos del mundo, sin hacer distinción por motivos de edad, género, raza o nacionalidad de los candidatos"<sup>65</sup>.

En aplicación de esta decisión, el Secretario estaba dispuesto a designar un codefensor a Nyiramusu, pero mantuvo el criterio de distribución geográfica que había establecido y confirmado la Sala de Primera Instancia. El defendido no aceptó el abogado designado como codefensor por el Secretario y recurrió en apelación contra dicha decisión.

En febrero de 1999, la Secretaría publicó una Nota sobre las designaciones de abogados defensores, cuya finalidad era fijar la postura del Tribunal con respecto al derecho del acusado a que se le designe un abogado defensor. La nota declara explícitamente que según el derecho internacional, "no existe ningún derecho a elegir una determinada persona para que desempeñe las funciones de defensor designado" y que "la práctica

<sup>64</sup> *Ibid.*, 15.

<sup>65</sup> *Ibid.*, 16 (Traducido del francés al inglés por el editor y libremente del inglés al español).

del TPIR cumple más que suficientemente los requisitos exigidos por el derecho internacional y procura satisfacer, cuanto es posible, los deseos de la persona acusada sobre la designación de su abogado<sup>66</sup>.

Cabe señalar que la práctica de los órganos internacionales de derechos humanos no autoriza la tesis de que la persona acusada tiene derecho a elegir libremente el abogado que le designe el tribunal ante el cual comparece<sup>67</sup>. La práctica seguida a este respecto por los tribunales *ad hoc* constituye una interpretación progresista que permite a la persona acusada elegir el abogado designado de oficio. La adopción de esta práctica ha sido impulsada por la necesidad de asegurar la imparcialidad del juicio y los derechos de la defensa, pues, el contexto erizado de las dificultades excepcionales que representan la gravedad de las acusaciones y la naturaleza y costas de un juicio penal celebrado en un sistema internacional de justicia, hacen sumamente difícil que la persona acusada pueda costearse los servicios de su propio abogado defensor.

Sin embargo, la serie de incidentes y las respectivas decisiones del Tribunal a este respecto han puesto de manifiesto algunos puntos claves relativos a la lista del Secretario, a su función en la designación de defensores de oficio, y a la supervisión ejercida por los magistrados.

También ha puesto de manifiesto las dificultades a que se ve enfrentada la defensa cuando debe actuar en un sistema internacional de justicia.

### El Proyecto de la CDI y el Estatuto de la CPI

Tanto el Proyecto de estatuto elaborado por la CDI como el Estatuto de la CPI contienen disposiciones que reconocen normas internacionales sobre el tema anteriormente declaradas. Estas disposiciones son el artículo 41, apartado d), del Proyecto CDI y el artículo 67, apartado d), del Estatuto de la CPI. Sin embargo la necesaria reglamentación de las disposiciones sobre la defensa letrada de toda persona acusada y las garantías y facilidades para el ejercicio independiente de la defensa en el plano internacional se dejó librada a las Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto de Roma.

En la primera reunión de la Comisión Preparatoria, celebrada en Nueva York en 1999, Francia presentó comentarios por escrito sobre las reglas para el Estatuto de la CPI propuestas por Australia. Entre los comentarios del documento francés figura la propuesta de crear una "Oficina para la Defensa en la Corte Penal Internacional" que serviría a los órganos de la Corte como interlocutor en toda materia de interés común. La propuesta francesa también sugería incluir disposiciones detalladas en

<sup>66</sup> *Note on Assignment of Defence Counsel*. Secretaría del TPIR; Arusha, 22 de febrero de 1999.

<sup>67</sup> A este respecto puede consultarse De Zayas, Alfred, *op. cit.*, nota 55, págs. 685 a 687.

las reglas con respecto a las facultades del Secretario en materia de designación de defensores de oficio. Las reglas deberían prohibir que el Secretario niegue la inscripción de un abogado en la lista por toda otra razón que no sea la idoneidad personal o profesional del candidato<sup>68</sup>.

Por otro lado, el TPIY, en su contribución al trabajo de la Comisión Preparatoria de la CPI, declaraba que es muy importante que las Reglas prevean que el Secretario tiene la obligación de asignar un defensor a toda persona indigente, en vez de permitirle **seleccionarlo** de una lista de defensores que le presente el mismo Secretario. Las personas acusadas no tienen un derecho irrestricto a ser lealmente asistidas en su defensa por una persona de su elección sino que tienen el derecho a que se les asigne alguien competente<sup>69</sup>. La Comisión Preparatoria aún no ha resuelto estas cuestiones.

### Observaciones finales

El tema de este artículo, por situarse en un punto donde se conectan el derecho humanitario y el de derechos humanos, refleja las tensiones y también los ricos intercambios que se dan entre estas dos ramas del derecho internacional. Además demuestra la necesidad de un mayor estudio y reflexión sobre una cuestión cada vez más importante, dado

que la aplicación del derecho humanitario aumenta sin cesar en las sedes judiciales internacionales. Si bien el tema de un juicio independiente e imparcial y los derechos del acusado no es totalmente nuevo en el derecho humanitario, su importancia se ha incrementado considerablemente desde la instalación de tribunales penales internacionales y, especialmente, a partir del establecimiento de la nueva Corte Penal Internacional.

Con respecto a las cuestiones aquí analizadas, puede decirse que representan algunos de los puntos en que elaboración de normas y la práctica de los dos tribunales *ad hoc* se han apartado de las normas de derechos humanos. Las razones de este apartamiento se encuentran en el contexto específico en el cual dichos tribunales deben desempeñar su mandato de impartir justicia en el plano internacional. Su tarea es, fundamentalmente, un trabajo de creación y desarrollo del derecho que continúa la senda que conduce al establecimiento de unas normas que podrán conciliar mejor las necesidades y el mandato de la justicia internacional, por un lado y, por otro, los derechos humanos del acusado.

La mayor parte de las cuestiones que se analizan en este artículo son aún objeto de controversia. El Estatuto de la CPI ya contiene disposiciones relativas a cier-

<sup>68</sup> Comentarios sobre la Propuesta de Australia contenidas en el documento PCNICC/1999/DP.I; documento de trabajo presentado por Francia. Documento PCNICC/1999/DP.3.2; Nueva York, febrero de 1999.

<sup>69</sup> Op. cit., nota 50, párrafo 25.

tos temas aquí tratados y, en consecuencia, no será necesario incluir nuevas disposiciones detalladas a su respecto en las Reglas que se están elaborando. Sin embargo, si bien unas disposiciones detalladas incluidas en el Estatuto y las Reglas de la CPI ayudan a resolver ciertos problemas, es inevitable que los magistrados deberán encontrar la solución más justa y adecuada para muchas de las cuestiones que sin duda se plantearán en futuros casos concretos. En tales ocasiones, los magistrados habrán de utilizar toda la latitud que sus facultades le permitan para aplicar soluciones capaces de establecer un equilibrio entre los intereses en juego, con la finalidad última de impartir una justicia cabal. Como señalara acertadamente el TPIY, "las disposiciones explícitas de la Reglas que

prevén las facultades discrecionales y la autoridad judiciales son de la mayor importancia ... esta flexibilidad ha demostrado ser una fuerza del TPIY para tratar la amplia variedad de situaciones que se presentan a un tribunal penal que opera en un medio jurídico internacional"<sup>70</sup>.

Hasta ahora, la práctica de los tribunales internacionales ha demostrado que los intereses en juego son múltiples. En primer lugar están los intereses y derechos de la persona acusada, que probablemente no están exentos de calificación. También hay otros intereses primordiales, como los de las víctimas y los testigos, así como el de la comunidad internacional en una justicia imparcial y eficaz.

---

<sup>70</sup> Op. cit., nota 50, párrafo 10 (traducción libre).

## Textos Básicos

### Comisión Internacional de Juristas y el Compromiso de Ciudad del Cabo

Del 20 al 22 de julio de 1998, la Comisión Internacional de Juristas celebró en Ciudad del Cabo, Sudáfrica, su Reunión Trienal junto con una Conferencia sobre el Imperio del Derecho en un Mundo Cambiante.

La Conferencia fue inaugurada por el Ministro de Justicia de Sudáfrica, Dr. A.M. Omar, quien transmitió un mensaje del Presidente Mandela recordando con gratitud la contribución de la CIJ a la lucha contra el *apartheid*. Monseñor Desmond Tutu se dirigió también a los participantes para subrayar la importancia primordial de la verdad y de la justicia en el Estado de Sudáfrica, liberado, democrático, libre, no racista y no sexista.

Los tres temas principales de la Conferencia desarrollados y debatidos durante las sesiones plenarias y grupos de trabajo fueron: liberalización del comercio y de las inversiones y su impacto en el respeto de los derechos humanos; amenazas que pesan sobre la universalidad y emergencia de nuevos conceptos de responsabilidad; el sistema judicial internacional emergente y los nuevos desafíos al Imperio del Derecho. Los debates sobre estos tópicos se desarrollaron

dentro del nuevo contexto de globalización y fueron examinados a través del prisma del Imperio del Derecho tal y como ha sido definido por la Comisión Internacional de Juristas en sus actividades y foros anteriores.

En lo que se refiere al tema de la liberalización del comercio y de las inversiones y su impacto en el respeto de los derechos humanos, se consideraron los siguientes puntos:

- el papel del Estado y los foros donde los Estados interactúan se hallan en plena mutación; las decisiones se toman en ámbitos fuera del control de las leyes nacionales y del Estado y muchas decisiones cruciales son ahora tomadas por otras entidades;
- algunas funciones que se solían ejercer por medio de la cooperación interestatal, han sido reemplazadas por actores globales, regionales o privatizados, cuya principal característica es la de ser difícilmente justiciables por procedimientos internacionales en general, ni aún por procedimientos tradicionales y bien establecidos de derechos humanos;

- los acuerdos multilaterales de comercio e inversiones deberían estar impregnados de principios del Imperio del Derecho y de respeto de los derechos humanos. Es necesario garantizar que estos acuerdos estén sujetos a mecanismos jurídicos internacionales existentes de derechos humanos y que los convenios multilaterales firmados por los Estados dentro del contexto de liberalización del comercio y de las inversiones, no impidan a aquellos Estados el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos;
  - existe una apremiante necesidad de garantizar que las instituciones financieras internacionales operen de conformidad con el Imperio del Derecho. La falta de mecanismos para controlar judicialmente las actividades de las instituciones financieras internacionales y evitar así que éstas mediante sus actividades, contribuyan o fomenten violaciones de derechos humanos, constituye un desafío a organizaciones dedicadas a defender los derechos humanos y el Imperio del Derecho como la Comisión Internacional de Juristas. Resulta necesaria una estrategia que se centre en la justiciabilidad de los actos de las instituciones financieras internacionales, la responsabilidad de los gobiernos y la participación popular;
  - se consideró también la necesidad de desarrollar mecanismos e instrumen-
- tos internacionales de derechos humanos a fin de garantizar que las corporaciones comprendan que también ellas tienen responsabilidades de acuerdo al derecho de los derechos humanos. Las corporaciones multinacionales y transnacionales deben estar sometidas a responsabilidades penales y civiles por la violación de normas internacionales de derechos humanos;
- el equilibrio entre derechos civiles y políticos por un lado, y derechos económicos y sociales por el otro, se ve más amenazado que nunca. La globalización ha creado más inseguridad, sobre todo en grupos marginalizados de todo el mundo, tanto al Sur como al Norte. Ahora bien, hay nuevas posibilidades para consolidar los derechos económicos y sociales, ya que las instituciones financieras internacionales empiezan a interesarse en las dimensiones sociales de sus políticas. En muchas ocasiones durante la Conferencia se debatió y subrayó la importancia de incluir cláusulas relativas a derechos humanos o cláusulas sociales en los convenios de comercio y de inversiones internacionales;
  - debido a la relación entre corrupción y disfrute de derechos económicos, sociales y culturales, la Conferencia concluyó que la lucha contra la corrupción debe formar parte integrante del combate por los derechos humanos y el Imperio del Derecho, ejes centrales del mandato de la CIJ. Son necesarias legislaciones y otras me-

didias para combatir la corrupción y la impunidad de quienes la practican.

Al considerar las amenazas que pesan sobre la universalidad y los emergentes conceptos de responsabilidad, los participantes señalaron particularmente lo que sigue:

- deberá hacerse una distinción entre universalidad y globalización. Así como la globalización surge en una parte del mundo y se propaga luego por otras partes, la universalidad implica que los derechos humanos están arraigados en todas partes del mundo;
- la noción de universalidad implica el respeto a la diferencia y a la diversidad y tolerancia. Sin embargo, los derechos humanos son universales. El respeto de los derechos humanos no puede depender de relativismos culturales, sociales o económicos.

La Conferencia reafirmó que el Imperio del Derecho es una condición esencial tanto para la libertad como para la estabilidad. Los principales desafíos debatidos fueron los problemas de acceso a los tribunales y la accesibilidad a recursos jurídicos adecuados, así como la necesidad de concientizar a la gente sobre la existencia de sus derechos. En este sentido, la Conferencia acogió favorablemente las nuevas oportunidades creadas por instituciones emergentes de derecho penal internacional y la creación de nuevos tribunales de derechos huma-

nos regionales y universales. Fue sobre todo muy bien acogida la adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional y el Protocolo de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

Se desarrollaron amplios debates sobre la independencia de la Judicatura mediante paneles con motivo de la conmemoración del 20 aniversario del Centro para la Independencia de Jueces y Abogados. Esta conmemoración fue iniciada con un discurso del Presidente de la Corte Suprema de Sudáfrica, Su Excelencia I. Mohamed. La Conferencia examinó el estado de la independencia judicial hoy en día y recordó que este valor constitucional fundamental para un Estado democrático y para la preservación del Imperio del Derecho está sumamente amenazado. Reiteró que la independencia, la imparcialidad e igualdad dentro del poder judicial son los materiales necesarios para la construcción de sociedades más justas. Los participantes insistieron en que la responsabilidad constituye un componente básico y esencial de cada poder del Estado, incluyendo el poder judicial. Es necesario contar con un sistema de responsabilización de los jueces, que los proteja en sus puestos pero con sentido de su responsabilidad. La Conferencia también reconoció que instituciones internacionales financieras y la sociedad civil son cada vez más actores importantes en la creación de un medio ambiente adecuado para el funcionamiento de una justicia imparcial e independiente.

## El Compromiso de Ciudad del Cabo

### Desafíos y plan de acción para la CIJ

- i. Es necesario que la CIJ desarrolle estrategias para supervisar las actividades de los nuevos actores globales, en particular instituciones financieras internacionales y organizaciones de comercio e inversiones tales como la Organización Mundial de Comercio, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional e instituciones financieras regionales. La CIJ debería esforzarse por convencer de la necesidad de redactar convenios internacionales de comercio e inversiones, que sean compatibles con las normas internacionales de derechos humanos, así como participar en su redacción.
- ii. La CIJ debería contribuir a concientizar a las Corporaciones en materia de derechos humanos y a fortalecer los mecanismos e instrumentos de derechos humanos ya existentes, a fin de hacer efectiva la responsabilidad de las Corporaciones en las violaciones de derechos humanos cometidas a consecuencia de sus actividades.
- iii. La CIJ debería establecer vínculos con otras organizaciones para lanzar una campaña contra la corrupción y la impunidad de los que la practican, por medio de estrategias normativas a nivel nacional, regional y universal. Deberían concentrarse los esfuerzos en una estrecha colaboración a este respecto con instituciones financieras internacionales y organizaciones intergubernamentales.
- iv. La CIJ debería continuar en supervisar, asistir y cooperar plenamente con los Tribunales Internacionales de Ruanda y de la ex-Yugoslavia en sus cruciales tareas. Al mismo tiempo la CIJ debería perseverar en su acción para que entre en funciones la Corte Penal Internacional. En Africa, la CIJ debería continuar su estrecha colaboración con la OUA para la creación de una Corte Africana. Se deberían lanzar campañas para la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional y del Protocolo creando la Corte Africana.
- v. La Comisión Internacional de Juristas y su Centro para la Independencia de Jueces y Abogados deberían perseverar en su inexorable combate en favor de la promoción y la protección de la independencia de jueces y abogados.

*Ciudad del Cabo  
República de Sudáfrica  
24 de julio de 1998*

# Principios Rectores de los Desplazamientos Internos

## Introducción: Alcance y Finalidad

1. Los Principios Rectores expuestos a continuación contemplan las necesidades específicas de los desplazados internos de todo el mundo. Definen los derechos y garantías pertinentes para la protección de las personas contra el desplazamiento forzado y para su protección y asistencia durante el desplazamiento y durante el retorno o el reasentamiento y la reintegración.
2. A los efectos de estos Principios, se entiende por desplazados internos las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida.
3. Estos Principios reflejan y no contradicen la normativa internacional de derechos humanos y el derecho humanitario internacional. Sirven de orientación a:
  - a) el Representante del Secretario General sobre la cuestión de los desplazados internos, en el cumplimiento de su mandato;
  - b) los Estados afectados por el fenómeno de los desplazamientos internos;
  - c) todas las demás autoridades, grupos y personas en sus relaciones con los desplazados internos; y
  - d) las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales en su quehacer con las poblaciones desplazadas.
4. Estos Principios se deberán difundir y aplicar con la mayor amplitud posible.

### Sección I: Principios Generales

#### Principio 1

1. Los desplazados internos disfrutarán en condiciones de igualdad de los mismos derechos y libertades que el derecho internacional y el derecho interno reconocen a los demás habitantes del país. No serán objeto de discriminación alguna en el disfrute de sus derechos y libertades por el mero hecho de ser desplazados internos.
2. Estos Principios no afectarán a la responsabilidad penal del individuo con arreglo al derecho internacional, en particular en relación con el delito de genocidio, los crímenes de lesa

humanidad y los crímenes de guerra.

### **Principio 2**

1. Estos Principios serán observados por todas las autoridades, grupos y personas independientemente de su condición jurídica y serán aplicados sin distinción alguna. La observancia de estos Principios no afectará a la condición jurídica de las autoridades, grupos o personas involucradas.
2. Estos Principios no podrán ser interpretados de una forma que limite, modifique o menoscabe las disposiciones de cualquier instrumento internacional de derechos humanos o de derecho humanitario o los derechos concedidos a la persona por el derecho interno. En particular, estos Principios no afectarán al derecho de solicitar y obtener asilo en otros países.

### **Principio 3**

1. Las autoridades nacionales tienen la obligación y la responsabilidad primarias de proporcionar protección y asistencia humanitaria a los desplazados internos que se encuentren en el ámbito de su jurisdicción.
2. Los desplazados internos tienen derecho a solicitar y recibir protección y asistencia humanitaria de esas autoridades. No serán perseguidos ni castigados por formular esa solicitud.

### **Principio 4**

1. Estos Principios se aplicarán sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión o creencia, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, étnico o social, condición jurídica o social, edad, discapacidad, posición económica, nacimiento o cualquier otro criterio similar.
2. Ciertos desplazados internos, como los niños, especialmente los menores no acompañados, las mujeres embarazadas, las madres con hijos pequeños, las mujeres cabeza de familia, las personas con discapacidades y las personas de edad, tendrán derecho a la protección y asistencia requerida por su condición y a un tratamiento que tenga en cuenta sus necesidades especiales.

## **Sección II**

### **Principios relativos a la protección contra los desplazamientos**

#### **Principio 5**

Todas las autoridades y órganos internacionales respetarán y harán respetar las obligaciones que les impone el derecho internacional, incluidos los derechos humanos y el derecho humanitario, en toda circunstancia, a fin de prevenir y evitar la aparición de condiciones que puedan provocar el desplazamiento de personas.

#### **Principio 6**

1. Todo ser humano tendrá derecho a

la protección contra desplazamientos arbitrarios que le alejen de su hogar o de su lugar de residencia habitual.

2. La prohibición de los desplazamientos arbitrarios incluye los desplazamientos:

a) basados en políticas de apartheid, "limpieza étnica" o prácticas similares cuyo objeto o cuyo resultado sea la alteración de la composición étnica, religiosa o racial de la población afectada;

b) en situaciones de conflicto armado, a menos que así lo requiera la seguridad de la población civil afectada o razones militares imperativas;

c) en casos de proyectos de desarrollo en gran escala, que no estén justificados por un interés público superior o primordial;

d) en casos de desastres, a menos que la seguridad y la salud de las personas afectadas requieran su evacuación; y

e) cuando se utilicen como castigo colectivo.

3. Los desplazamientos no tendrán una duración superior a la impuesta por las circunstancias.

### Principio 7

1. Antes de decidir el desplazamiento de

personas, las autoridades competentes se asegurarán de que se han explorado todas las alternativas viables para evitarlo. Cuando no quede ninguna alternativa, se tomarán todas las medidas necesarias para minimizar el desplazamiento y sus efectos adversos.

2. Las autoridades responsables del desplazamiento se asegurarán en la mayor medida posible de que se facilita alojamiento adecuado a las personas desplazadas, de que el desplazamiento se realiza en condiciones satisfactorias de seguridad, alimentación, salud e higiene y de que no se separa a los miembros de la misma familia.

3. Si el desplazamiento se produce en situaciones distintas de los estados de excepción debidos a conflictos armados y catástrofes, se respetarán las garantías siguientes:

a) la autoridad estatal facultada por la ley para ordenar tales medidas adoptará una decisión específica.

b) se adoptarán medidas adecuadas para facilitar a los futuros desplazados información completa sobre las razones y procedimientos de su desplazamiento y, en su caso, sobre la indemnización y el reasentamiento;

c) se recabará el consentimiento libre e informado de los futuros desplazados;

- d) las autoridades competentes tratarán de involucrar a las personas afectadas, en particular las mujeres, en la planificación y gestión de su reasentamiento;
- e) las autoridades legales competentes aplicarán medidas destinadas a asegurar el cumplimiento de la ley cuando sea necesario; y
- f) se respetará el derecho a un recurso eficaz, incluida la revisión de las decisiones por las autoridades judiciales competentes.

### **Principio 8**

El desplazamiento no se llevará a cabo de forma que viole los derechos a la vida, dignidad, libertad y seguridad de los afectados.

### **Principio 9**

Los Estados tienen la obligación específica de tomar medidas de protección contra los desplazamientos de pueblos indígenas, minorías, campesinos, pastores y otros grupos que tienen una dependencia especial de su tierra o un apego particular a la misma.

## **Sección III**

### **Principios relativos a la protección durante el desplazamiento**

#### **Principio 10**

1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana y estará protegido

por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente. Los desplazados internos estarán protegidos en particular contra:

- a) el genocidio;
- b) el homicidio;
- c) las ejecuciones sumarias o arbitrarias; y
- d) las desapariciones forzadas, incluido el secuestro o la detención no reconocida con amenaza o resultado de muerte.

Se prohibirán las amenazas y la inducción a cometer cualquiera de los actos precedentes.

2. Los ataques u otros actos de violencia contra los desplazados internos que no intervienen o han dejado de intervenir en las hostilidades estarán prohibidos en toda circunstancia. Los desplazados internos serán protegidos, en particular, contra:

- a) los ataques directos o indiscriminados u otros actos de violencia, incluida la creación de zonas en las que se permiten los ataques a la población civil;
- b) la privación de alimentos como medio de combate;
- c) su utilización como escudos de ataques contra objetivos militares

o para proteger, facilitar o impedir operaciones militares;

- d) los ataques a sus campamentos o asentamientos; y
- e) el uso de minas antipersonal.

### **Principio 11**

1. Todo ser humano tiene derecho a la dignidad y a la integridad física, mental o moral.
2. Con independencia de que se haya o no limitado su libertad, los desplazados internos serán protegidos, en particular, contra:
  - a) la violación, la mutilación, la tortura, las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y otros ultrajes a su dignidad personal, como los actos de violencia contra la mujer, la prostitución forzada o cualquier otra forma de ataque a la libertad sexual;
  - b) la esclavitud o cualquier forma contemporánea de esclavitud, como la entrega en matrimonio a título oneroso, la explotación sexual o el trabajo forzado de los niños; y
  - c) los actos de violencia destinados a sembrar el terror entre los desplazados internos;

Se prohibirán las amenazas y la in-

ducción a cometer cualquiera de los actos precedentes.

### **Principio 12**

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias.
2. Para dar efecto a este derecho, los desplazados internos no podrán ser reclusos o confinados en campamentos. Si en circunstancias excepcionales la reclusión o el confinamiento resultan absolutamente necesarios, su duración no será superior a la impuesta por las circunstancias.
3. Los desplazados internos disfrutarán de protección contra la detención o prisión arbitrarias como resultado de su desplazamiento.
4. Los desplazados internos no podrán ser tomados como rehenes en ningún caso.

### **Principio 13**

1. Los niños desplazados no serán alistados en ningún caso ni se les permitirá o pedirá que participen en las hostilidades.
2. Los desplazados internos disfrutarán de protección contra las prácticas discriminatorias de alistamiento en fuerzas o grupos armados como resultado de su desplazamiento. En par-

ticular, se prohibirán en toda circunstancia las prácticas crueles, inhumanas o degradantes que obliguen a los desplazados a alistarse o castiguen a quienes no lo hagan.

#### **Principio 14**

1. Todo desplazado interno tiene derecho a la libertad de circulación y a la libertad de escoger su residencia.
2. En particular, los desplazados internos tienen derecho a circular libremente dentro y fuera de los campamentos u otros asentamientos.

#### **Principio 15**

Los desplazados internos tienen derecho a:

- a) buscar seguridad en otra parte del país;
- b) abandonar su país;
- c) solicitar asilo en otro país; y
- d) recibir protección contra el regreso forzado o el reasentamiento en cualquier lugar donde su vida, seguridad, libertad y salud se encuentren en peligro.

#### **Principio 16**

1. Los desplazados internos tienen derecho a conocer el destino y el paradero de sus familiares desaparecidos.

2. Las autoridades competentes tratarán de averiguar el destino y el paradero de los desplazados internos desaparecidos y cooperarán con las organizaciones internacionales competentes dedicadas a esta labor. Informarán a los parientes más próximos de la marcha de la investigación y les notificarán los posibles resultados.
3. Las autoridades competentes procurarán recoger e identificar los restos mortales de los fallecidos, evitar su profanación o mutilación y facilitar la devolución de esos restos al pariente más próximo o darles un trato respetuoso.
4. Los cementerios de desplazados internos serán protegidos y respetados en toda circunstancia. Los desplazados internos tendrán derecho de acceso a los cementerios de sus familiares difuntos.

#### **Principio 17**

1. Todo ser humano tiene derecho a que se respete su vida familiar.
2. Para dar efecto a este derecho, se respetará la voluntad de los miembros de familias de desplazados internos que deseen estar juntos.
3. Las familias separadas por desplazamientos serán reunidas con la mayor rapidez posible. Se adoptarán todas las medidas adecuadas para acelerar la reunificación de esas familias, particularmente en los casos de familias

con niños. Las autoridades responsables facilitarán las investigaciones realizadas por los miembros de las familias y estimularán y cooperarán con los trabajos de las organizaciones humanitarias que se ocupan de la reunificación de las familias.

4. Los miembros de familias internamente desplazadas cuya libertad personal haya sido limitada por la reclusión o el confinamiento en campamentos tendrán derecho a estar juntos.

### **Principio 18**

1. Los desplazados internos tienen derecho a un nivel de vida adecuado.
2. Cualesquiera que sean las circunstancias, las autoridades competentes proporcionarán a los desplazados internos, como mínimo, los siguientes suministros o se asegurarán de que disfruten de libre acceso a los mismos:
  - a) Alimentos esenciales y agua potable;
  - b) Alojamiento y vivienda básicos;
  - c) Vestido adecuado; y
  - d) Servicios médicos y de saneamiento esenciales.
3. Se harán esfuerzos especiales por asegurar la plena participación de la mujer en la planificación y distribución de estos suministros básicos.

### **Principio 19**

1. Los desplazados internos enfermos o heridos y los que sufran discapacidades recibirán en la mayor medida posible y con la máxima celeridad la atención y cuidado médicos que requieren, sin distinción alguna salvo por razones exclusivamente médicas. Cuando sea necesario, los desplazados internos tendrán acceso a los servicios psicológicos y sociales.
2. Se prestará especial atención a las necesidades sanitarias de la mujer, incluido su acceso a los servicios de atención médica para la mujer, en particular los servicios de salud reproductiva, y al asesoramiento adecuado de las víctimas de abusos sexuales y de otra índole.
3. Se prestará asimismo especial atención a la prevención de enfermedades contagiosas e infecciosas, incluido el SIDA, entre los desplazados internos.

### **Principio 20**

1. Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.
2. Para dar efecto a este derecho, las autoridades competentes expedirán a los desplazados internos todos los documentos necesarios para el disfrute y ejercicio de sus derechos legítimos, tales como pasaportes, documentos de identidad personal, partidas de

nacimiento y certificados de matrimonio. En particular, las autoridades facilitarán la expedición de nuevos documentos o la sustitución de los documentos perdidos durante el desplazamiento, sin imponer condiciones irracionales, como el regreso al lugar de residencia habitual para obtener los documentos necesarios.

3. La mujer y el hombre tendrán iguales derechos a obtener los documentos necesarios y a que los documentos se expidan a su propio nombre.

### **Principio 21**

1. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad o sus posesiones.
2. La propiedad y las posesiones de los desplazados internos disfrutarán de protección en toda circunstancia, en particular, contra los actos siguientes:
  - a) expolio;
  - b) ataques directos o indiscriminados u otros actos de violencia;
  - c) utilización como escudos de operaciones u objetos militares;
  - d) actos de represalia; y
  - e) destrucciones o expropiaciones como forma de castigo colectivo.

3. La propiedad y las posesiones que hayan abandonado los desplazados

internos serán objeto de protección contra la destrucción y la apropiación, ocupación o uso arbitrarios e ilegales.

### **Principio 22**

1. No se harán entre los desplazados internos, con independencia de que vivan o no en campamentos, distinciones basadas en su desplazamiento en el disfrute de los siguientes derechos:

- a) el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia, religión o creencia, opinión y expresión;
- b) el derecho a buscar libremente oportunidades de empleo y a participar en las actividades económicas;
- c) el derecho a asociarse libremente y a participar en pie de igualdad en los asuntos comunitarios;
- d) el derecho de voto y el derecho a participar en los asuntos públicos y gubernamentales, incluido el acceso a los medios necesarios para ejercerlo; y
- e) el derecho a comunicar en un idioma que comprendan.

### **Principio 23**

1. Toda persona tiene derecho a la educación.
2. Para dar efecto a este derecho las autoridades competentes se asegurarán

de que los desplazados internos, en particular los niños desplazados, reciben una educación gratuita y obligatoria a nivel primario. La educación respetará su identidad cultural, su idioma y su religión.

3. Se harán esfuerzos especiales por conseguir la plena e igual participación de mujeres y niñas en los programas educativos.
4. Tan pronto como las condiciones lo permitan, los servicios de educación y formación se pondrán a disposición de los desplazados internos, en particular adolescentes y mujeres, con independencia de que vivan o no en campamentos.

#### **Sección IV**

### **Principios relativos a la asistencia humanitaria**

#### **Principio 24**

1. La asistencia humanitaria se prestará de conformidad con los principios de humanidad e imparcialidad y sin discriminación alguna.
2. No se desviará la asistencia humanitaria destinada a los desplazados internos, ni siquiera por razones políticas o militares.

#### **Principio 25**

1. La obligación y responsabilidad primarias de proporcionar asistencia huma-

nitaria a los desplazados internos corresponde a las autoridades nacionales.

2. Las organizaciones humanitarias internacionales y otros órganos competentes tienen derecho a ofrecer sus servicios en apoyo de los desplazados internos. Este ofrecimiento no podrá ser considerado un acto inamistoso ni una interferencia en los asuntos internos del Estado y se examinará de buena fe. Su aceptación no podrá ser retirada arbitrariamente, en particular cuando las autoridades competentes no puedan o no quieran proporcionar la asistencia humanitaria necesaria.
3. Todas las autoridades competentes concederán y facilitarán el paso libre de la asistencia humanitaria y permitirán a las personas que prestan esa asistencia un acceso rápido y sin obstáculos a los desplazados internos.

#### **Principio 26**

Las personas que prestan asistencia humanitaria, sus medios de transporte y sus suministros gozarán de respeto y protección. No serán objeto de ataques ni de otros actos de violencia.

#### **Principio 27**

1. En el momento de proporcionar la asistencia, las organizaciones humanitarias internacionales y los demás órganos competentes prestarán la debida consideración a la protección de las necesidades y derechos humanos de los despla-

zados internos y adoptarán las medidas oportunas a este respecto. En esa actividad, las mencionadas organizaciones y órganos respetarán las normas y códigos de conducta internacionales pertinentes.

2. El párrafo precedente se formula sin perjuicio de las responsabilidades en materia de protección de las organizaciones internacionales encargadas de esta finalidad, cuyos servicios pueden ser ofrecidos o solicitados por los Estados.

## Sección V

### Principios relativos al regreso, el reasentamiento y la reintegración

#### Principio 28

1. Las autoridades competentes tienen la obligación y responsabilidad primarias de establecer las condiciones y proporcionar los medios que permitan el regreso voluntario, seguro y digno de los desplazados internos a su hogar o su lugar de residencia habitual, o su reasentamiento voluntario en otra parte del país. Esas autoridades tratarán de facilitar la reintegración de los desplazados internos que han regresado o se han reasentado en otra parte.

2. Se harán esfuerzos especiales por asegurar la plena participación de los desplazados internos en la planificación y gestión de su regreso o de su reasentamiento y reintegración.

#### Principio 29

1. Los desplazados internos que regresen a su hogar o a su lugar de residencia habitual o que se hayan reasentado en otra parte del país no serán objeto de discriminación alguna basada en su desplazamiento. Tendrán derecho a participar de manera plena e igualitaria en los asuntos públicos a todos los niveles y a disponer de acceso en condiciones de igualdad a los servicios públicos.

2. Las autoridades competentes tienen la obligación y la responsabilidad de prestar asistencia a los desplazados internos que hayan regresado o se hayan reasentado en otra parte, para la recuperación, en la medida de lo posible, de las propiedades o posesiones que abandonaron o de las que fueron desposeídos cuando se desplazaron. Si esa recuperación es imposible, las autoridades competentes concederán a esas personas una indemnización adecuada u otra forma de reparación justa o les prestarán asistencia para que la obtengan.

#### Principio 30

Todas las autoridades competentes concederán y facilitarán a las organizaciones humanitarias internacionales y a otros órganos competentes, en el ejercicio de sus respectivos mandatos, un acceso rápido y sin obstáculos a los desplazados internos para que les presten asistencia en su regreso o reasentamiento y reintegración.

## C182 Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999\*

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo y congregada en dicha ciudad el 1º de junio de 1999 en su octogésima séptima reunión;

*Considerando* la necesidad de adoptar nuevos instrumentos para la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil, principal prioridad de la acción nacional e internacional, incluidas la cooperación y la asistencia internacionales, como complemento del Convenio y la Recomendación sobre la edad mínima de admisión al empleo, 1973, que siguen siendo instrumentos fundamentales sobre el trabajo infantil;

*Considerando* que la eliminación efectiva de las peores formas de trabajo infantil requiere una acción inmediata y general que tenga en cuenta la importancia de la educación básica gratuita y la necesidad de librar de todas esas formas de trabajo a los niños afectados y asegurar su rehabilitación y su inserción social al mismo tiempo que se atiende a las necesidades de sus familias;

*Recordando* la resolución sobre la eliminación del trabajo infantil, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 83ª reunión, celebrada en 1996;

*Reconociendo* que el trabajo infantil se debe en gran parte a la pobreza, y que la solución a largo plazo radica en un crecimiento económico sostenido conducente al progreso social, en particular a la mitigación de la pobreza y a la educación universal;

*Recordando* la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989;

*Recordando* la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 86ª reunión, celebrada en 1998;

*Recordando* que algunas de las peores formas de trabajo infantil son objeto de otros instrumentos internacionales, en particular el Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930, y la Convención

---

\* El nombre completo de este tratado es : Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación (Nota: este Convenio todavía no ha entrado en vigor. Fecha de adopción: 17:06:1999)

suplementaria de las Naciones Unidas sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, 1956;

*Después de haber decidido* adoptar varias proposiciones relativas al trabajo infantil, cuestión que constituye el cuarto punto del orden del día de la reunión, y

*Después de haber determinado* que dichas proposiciones revistan la forma de un convenio internacional, adopta, con fecha 17 de junio de mil novecientos noventa y nueve, el siguiente Convenio, que podrá ser citado como el Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999:

### *Artículo 1*

Todo Miembro que ratifique el presente Convenio deberá adoptar medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia.

### *Artículo 2*

A los efectos del presente Convenio, el término niño designa a toda persona menor de 18 años.

### *Artículo 3*

A los efectos del presente Convenio, la expresión las peores formas de trabajo infantil abarca:

- a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados;
- b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas;
- c) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y
- d) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

### *Artículo 4*

1. Los tipos de trabajo a que se refiere el artículo 3, d) deberán ser determinados por la legislación nacional o por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas y tomando en consideración las normas internacionales en la materia, en particular los párrafos 3 y 4

de la Recomendación sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999.

2. La autoridad competente, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, deberá localizar dónde se practican los tipos de trabajo determinados a tenor del párrafo 1 de este artículo.
3. Deberá examinarse periódicamente y, en caso necesario, revisarse la lista de los tipos de trabajo determinados a tenor del párrafo 1 de este artículo, en consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas.

#### *Artículo 5*

Todo Miembro, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, deberá establecer o designar mecanismos apropiados para vigilar la aplicación de las disposiciones por las que se dé efecto al presente Convenio.

#### *Artículo 6*

1. Todo Miembro deberá elaborar y poner en práctica programas de acción para eliminar, como medida prioritaria, las peores formas de trabajo infantil.
2. Dichos programas de acción deberán elaborarse y ponerse en práctica en consulta con las instituciones gubernamentales competentes y las orga-

nizaciones de empleadores y de trabajadores, tomando en consideración las opiniones de otros grupos interesados, según proceda.

#### *Artículo 7*

1. Todo Miembro deberá adoptar cuantas medidas sean necesarias para garantizar la aplicación y el cumplimiento efectivos de las disposiciones por las que se dé efecto al presente Convenio, incluidos el establecimiento y la aplicación de sanciones penales o, según proceda, de otra índole.
1. Todo Miembro deberá adoptar, teniendo en cuenta la importancia de la educación para la eliminación del trabajo infantil, medidas efectivas y en un plazo determinado con el fin de:
  - a) impedir la ocupación de niños en las peores formas de trabajo infantil;
  - b) prestar la asistencia directa necesaria y adecuada para librar a los niños de las peores formas de trabajo infantil y asegurar su rehabilitación e inserción social;
  - c) asegurar a todos los niños que hayan sido librados de las peores formas de trabajo infantil el acceso a la enseñanza básica gratuita y, cuando sea posible y adecuado, a la formación profesional;

- d) identificar a los niños que están particularmente expuestos a riesgos y entrar en contacto directo con ellos, y
  - e) tener en cuenta la situación particular de las niñas.
1. Todo Miembro deberá designar la autoridad competente encargada de la aplicación de las disposiciones por las que se dé efecto al presente Convenio.

#### *Artículo 8*

Los Miembros deberán tomar medidas apropiadas para ayudarse recíprocamente a fin de aplicar las disposiciones del presente Convenio por medio de una mayor cooperación y/o asistencia internacionales, incluido el apoyo al desarrollo social y económico, los programas de erradicación de la pobreza y la educación universal.

#### *Artículo 9*

Las ratificaciones formales del presente Convenio serán comunicadas, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

#### *Artículo 10*

1. Este Convenio obligará únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el

Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

2. Entrará en vigor 12 meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General.
3. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada Miembro, 12 meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación.

#### *Artículo 11*

1. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio podrá denunciarlo a la expiración de un período de diez años, a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. La denuncia no surtirá efecto hasta un año después de la fecha en que se haya registrado.
2. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio y que, en el plazo de un año después de la expiración del período de diez años mencionado en el párrafo precedente, no haga uso del derecho de denuncia previsto en este artículo quedará obligado durante un nuevo período de diez años, y en lo sucesivo podrá denunciar este Convenio a la expiración de cada período de diez años, en las condiciones previstas en este artículo.

### *Artículo 12*

1. El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo notificará a todos los Miembros de la Organización Internacional del Trabajo el registro de cuantas ratificaciones, declaraciones y actas de denuncia le comuniquen los Miembros de la Organización.
2. Al notificar a los Miembros de la Organización el registro de la segunda ratificación que le haya sido comunicada, el Director General llamará la atención de los Miembros de la Organización sobre la fecha en que entrará en vigor el presente Convenio.

### *Artículo 13*

El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas, a los efectos del registro y de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas, una información completa sobre todas las ratificaciones, declaraciones y actas de denuncia que haya registrado de acuerdo con los artículos precedentes.

### *Artículo 14*

Cada vez que lo estime necesario, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo presentará a la Conferencia una memoria sobre la aplicación del Convenio, y considerará

la conveniencia de incluir en el orden del día de la Conferencia la cuestión de su revisión total o parcial.

### *Artículo 15*

1. En caso de que la Conferencia adopte un nuevo convenio que implique una revisión total o parcial del presente, y a menos que el nuevo convenio contenga disposiciones en contrario:

a) la ratificación, por un Miembro, del nuevo convenio revisor implicará ipso jure la denuncia inmediata de este Convenio, no obstante las disposiciones contenidas en el artículo 11, siempre que el nuevo convenio revisor haya entrado en vigor;

b) a partir de la fecha en que entre en vigor el nuevo convenio revisor, el presente Convenio cesará de estar abierto a la ratificación por los Miembros.

2. Este Convenio continuará en vigor en todo caso, en su forma y contenido actuales, para los Miembros que lo hayan ratificado y no ratifiquen el convenio revisor.

### *Artículo 16*

Las versiones inglesa y francesa del texto de este Convenio son igualmente auténticas.

## MIEMBROS DE LA COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS

### Presidenta

Claire L'HEUREUX-DUBE

*Jueza de la Corte Suprema de Justicia; Canadá*

### Vicepresidentes

Dalmo DE ABREU DALLARI

*Profesor de Derecho; San Pablo, Brasil*

Enoch DUMBUTSHENA

*Ex-Presidente de la Corte Suprema; Zimbabue*

Desmond FERNANDO

*Abogado, ex-Presidente de la Internacional Bar Association; Sri Lanka*

Lennart GROLL

*Ex-Juez de la Corte de Apelaciones de Estocolmo; Suecia*

Theo C. VAN BOVEN

*Prof. de Derecho Internacional; Miembro del Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial; Países Bajos*

### Miembros del Comité Ejecutivo

Diego GARCIA-SAYAN

*Miembro del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Desapariciones Forzadas; Director Ejecutivo de la Comisión Andina de Juristas; Perú*

Dato'Param CUMARASWAMY

*Abogado, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Independencia de Jueces, Abogados y Fiscales; Malasia*

Vera de Melo DUARTE MARTINS

*Jueza de la Corte Suprema de Justicia; Cabo Verde*

Lord William GOODHART, Q.C.

*Abogado, miembro de la House of Lords; Reino Unido*

Asma KHADER

*Abogada; Jordania*

Kofi KUMADO (Presidente)

*Catedrático en Derecho Internacional; Ghana*

Jerome J. SHESTACK

*Ex-Presidente, American Bar Association; USA*

### Miembros de la Comisión

Solomy Balungi BOSSA

*Presidenta de la Alta Corte de Justicia; Uganda*

Antonio CASSESE

*Juez del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia; Italia*

Arthur CHASKALSON

*Presidente de la Corte Constitucional; Sudáfrica*

Lord Robin COOKE

*Ex-Presidente de la Corte de Apelaciones; Nueva Zelanda*

Marie-Jose CRESPIN

*Miembro del Consejo Constitucional; Senegal*

Rajeev DHAVAN

*Abogado, Profesor de Derecho; India*

Jochen A. FROWEIN

*Profesor de Derecho, Director del Instituto Max Planck, ex miembro de la Comisión Europea de Derechos Humanos; Alemania*

Gustavo GALLON GIRALDO

*Abogado, Profesor de Derecho, Director de la Comisión Colombiana de Juristas; Colombia*

Ruth GAVISON

*Profesora de Derecho, Presidenta de la Association for Civil Liberties; Israel*

Asma JAHANGIR

*Jueza de la Alta Corte de Justicia, Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre Ejecuciones Extrajudiciales, sumarias o arbitrarias; Pakistán*

Maurice KAMTO

*Profesor de Derecho; Camerún*

Michael D. KIRBY

*Jueza de la Alta Corte de Justicia; Australia*

Ewa LETOWSKA

*Profesora de Derecho, Academia Polaca de Ciencias; Polonia*

Gladys Verónica LI

*Ex-Jueza Adjunta de la Alta Corte de Justicia; Hong Kong, China*

Florence N. MUMBA

*Jueza del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia; Zambia*

Adnan Buyung NASUTION

*Abogado, ex miembro del Parlamento; Indonesia*

Pedro NIKKEN

*Profesor de Derecho Internacional, Ex-Jueza de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Venezuela*

Manfred NOWAK

*Profesor de Administración Pública, Miembro del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Desapariciones Forzadas; Austria*

Elisabeth ODIO BENITO

*Ex-Jueza del Tribunal Internacional sobre la Ex-Yugoslavia, Vice-Presidenta de la República; Costa Rica*

Margarita RETUERTO BUADES

*Abogada, ex Defensora del Pueblo; España*

Hipólito SOLARI YRIGOYEN

*Miembro del Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, Presidente de la Organización Nuevos*

Lászlo SOLYOM

*Derechos Humanos, ex-Senador; Argentina*

Daniel THÜRER

*Presidente de la Corte Constitucional; Hungría*

Jozo YOKOTA

*Profesor de Derecho Internacional; Suiza*

José ZALAQUETT

*Profesor de Derecho, Miembro alterno de la Subcomisión de las Naciones Unidas sobre Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías; Japón*  
*Abogado, Profesor de Derecho, ex Presidente del Comité Ejecutivo Internacional de Amnistía Internacional; Chile*

### Miembros Honorarios

Arturo A. ALAFRIZ; *Filipinas*

P.J.G. KAPTEYN; *Países Bajos*

Sir-Shridath S. RAMPHAL; *Guyana*

Boutros BOUTROS-GHALI; *Egipto*

Jean Flavien LALIVE; *Suiza*

Joaquín RUIZ-GIMENEZ; *España*

William J. BUTLER; *Estados Unidos de América*

Rudolf MACHACEK; *Austria*

Edward ST. JOHN; *Australia*

Haim H. COHN; *Israel*

Norman S. MARSH; *Reino Unido*

Tun Mohamed SUFFIAN; *Malasia*

Alfredo ETCHEBERRY; *Chile*

J.R.W.S. MAWALLA; *Tanzania*

Christian TOMUSCHAT; *Alemania*

P.Telfort GEORGES; *Bahamas*

Keba MBAYE; *Senegal*

Michael A. TRIANTAFYLIDIS; *Ciprés*

Hans Heinrich JESCHECK; *Alemania*

Fali S. NARIMAN; *India*

### Secretario General

Adama DIENG, *Senegal*

**Publicaciones recientes de la CIJ**  
**Informe de un Seminario Regional**  
**sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales**  
**Abidjan, Costa de Marfil**

*Publicado en francés e inglés por la CIJ, 239 págs.; Ginebra 1998*  
*17 francos suizos (US\$ 11,50) más gastos de correo*

El informe contiene las memorias del seminario regional celebrado en Abidjan del 9 al 12 de marzo de 1998 con el propósito de dar seguimiento a la Conferencia sobre los derechos económicos, sociales y culturales y la función de los abogados, organizada por la CIJ en Bangalore, India, en 1995. La mayoría de los países africanos no han garantizado mediante acciones concretas los derechos económicos, sociales y culturales según se formulan en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Como no habían sido claramente definidos los obstáculos a la realización de estas normas, ni el papel desempeñado por los actores nacionales e internacionales en su aplicación, este seminario tuvo por objetivo determinar con mayor precisión los obstáculos a la realización de estos derechos y las estrategias para superarlos, así como definir la función que toca a los distintos actores, y particularmente los juristas. La finalidad de promover estos derechos es asegurar un desarrollo equitativo y duradero de África. Los participantes, cuyas colaboraciones se reproducen en este Informe, provenían de la Comisión Africana, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, instituciones intergubernamentales como ECOWAS y SADEC, bancos de desarrollo multilaterales e instituciones financieras, ONG nacionales y regionales, así como algunos profesionales del derecho y universitarios. Se espera que este informe será especialmente útil *-inter alia-* a los diversos actores nacionales y regionales y al mecanismo de la OUA que se encargará de la aplicación del Tratado Económico Africano.

**Derechos Humanos en México: Misión de la CIJ**

*Publicado en español e inglés por la CIJ, 72 págs.; Ginebra 1999*  
*12 francos suizos (US\$ 8,00) más gastos de correo*

Como respuesta a varios informes de organizaciones de derechos humanos mexicanas e intergubernamentales, la CIJ, con el acuerdo del gobierno de México, realizó una misión a este país en marzo de 1999, con el propósito de reunir informaciones sobre la situación de los derechos humanos, en particular en el Distrito Federal y en los estados de Chiapas, Guerrero y Oaxaca, así como de asegurar, al mismo tiempo, el seguimiento de las misiones de la CIJ a Chiapas de febrero de 1994. Si bien la misión y su informe elogian al gobierno mexicano por su empeño en corregir situaciones de violación de los derechos humanos, no dejan de denunciar la perpetración de múltiples violaciones a derechos fundamentales como los relativos a la vida, la libertad, la integridad física y la seguridad de las personas. La CIJ también considera muy inquietante la presencia activa de grupos paramilitares en Chiapas. Estos grupos, que hostigan a los civiles y los señalan como objetivo, gozan de una amplia impunidad. Las conclusiones y recomendaciones del Informe se presentaron, respectivamente, a la Comisión de Derechos Humanos, al Comité de Derechos Humanos y la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en 1999.