

N°69-70

ISSN: 1018-0583

# Relaciones Internacionales



Escuela de Relaciones Internacionales • Universidad Nacional, Heredia, Costa Rica

  
euna

# Relaciones Internacionales

PRIMER Y SEGUNDO SEMESTRES DE 2005 • N<sup>OS</sup> 69-70

REVISTA DE LA ESCUELA DE RELACIONES INTERNACIONALES  
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES • UNIVERSIDAD NACIONAL • HEREDIA, COSTA RICA

PUBLICACIÓN SEMESTRAL

#### Director

Eduardo Saxe Fernández

#### Comité Editorial

Roberto De la Ossa Thompson  
Adolfo Ruiz Contreras  
Jorge Cáceres Prades

#### Comité Internacional

Fernando A. Carvahlo Dantas (Brasil)  
Cristina Equizabal Mendoza (El Salvador)  
Claudio González (Chile)  
Arthur N. Gilbert (Estados Unidos)  
Joaquín Herrera Flores (España)  
François Houtart (Bélgica)  
Zulma Larrea (Argentina)  
Thomas E. Rowe (Estados Unidos)  
David Sánchez Rubio (España)  
Rafael A. Sánchez Sánchez (El Salvador)

#### Comité de Apoyo Estudiantil

Charfeene Cortez Sosa  
Francisco Robles Rivera  
Daniela Solano González  
Adrián Solano Esquivel  
Edgardo Muñoz Valenciano

#### Consejo Editorial de la Universidad Nacional

Carlos Francisco Monge, Presidente  
Hernán Alvarado Ugarte  
Maximiliano García  
Fernando Barbosa  
Rocío Madrigal  
Elizabeth Ramírez  
Dora Cerdas

#### Rector

Universidad Nacional  
Olman Segura Bonilla

#### Director

Escuela de Relaciones Internacionales  
Roberto De la Ossa Thompson

\*\*\*\*\*

Dirección editorial: Alexandra Meléndez C. Editora

Artes finales: Victor Hugo Navarro

Portada: Carlos Fernández Arce

Corrección filológica: M. Lourdes Jiménez

#### Suscripciones y canjes

Escuela de Relaciones Internacionales  
Universidad Nacional  
Apartado 437  
Heredia — Costa Rica  
Tel. (506) 277-3497  
Fax (506) 261-6129



**euna**

Editada por la Editorial  
Universidad Nacional e impresa en  
el Programa de Publicaciones e  
Impresiones de la UNA.

327  
R382r

Relaciones Internacionales / Escuela de Relaciones Internacionales. — N<sup>o</sup> 69-70 (2005). — Heredia, C. R. : EUNA, 2006. v. : 24.5 cm.

Semestral.  
ISSN: 1018-0583

1. Relaciones Internacionales — Publicaciones periódicas. I. Universidad Nacional. Facultad de Ciencias Sociales. Escuela de Relaciones Internacionales



# Relaciones Internacionales 69-70

**UNA**  
UNIVERSIDAD NACIONAL  
COSTA RICA

ESCUELA DE  
RELACIONES INTERNACIONALES



# ÍNDICE

RELACIONES  
INTERNACIONALES

N<sup>os</sup> 69-70

Primer y segundo  
semestres 2005

Presentación	9
<b>Sección monográfica</b>	
Los derechos humanos y la guerra contra el terrorismo Juan Antonio Senent de Frutos	15
La Organización Mundial del Comercio (OMC) contra los derechos humanos y ecológicos Joaquín Herrera y Alejandro Medici	45
Ocho proposiciones sobre la necesidad de recuperar los derechos humanos como concepto crítico en el contexto de la globalización neoliberal Alejandro Medici	59
Nicaraguan Migrants in Costa Rica: Addressing the Human Rights Violations Britta Anne Schnoor	111
Los pueblos indígenas brasileños y los derechos de propiedad intelectual Fernando A. Carvalho Dantas	169
Examining the Negative Effects of Economic Globalization on Human Rights: The Example of the Metals Mining Industry Johanna Gaughan	203
El autoconcepto del costarricense como una pseudo-cultura de los derechos humanos Rodolfo Meoño Soto	249
<b>Otros artículos</b>	
Derecho a la Tutela Judicial Efectiva: medidas cautelares en el ámbito constitucional, comunitario e internacional Enrique Ulate Chacón	277



## Reseñas bibliográficas

Historia, imágenes y teoría en las relaciones internacionales	
Carlos Murillo Zamora	305
Terrorismo global	
Bryan González Hernández	309
Violación a los derechos humanos en Palestina: crónicas del apartheid	
Charleene Cortez y Francisco Robles	313

**Escriben  
en este  
número**

**Carvalho Dantas, Fernando A.** Doctor en Derecho de las Relaciones Sociales en la Universidad Federal de Paraná y Doctorando en Derechos Humanos y Desarrollo en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Director del programa de Maestría en Derecho Ambiental, Universidad Estatal de Amazonas (UEA), Brasil. Dirige la revista *Hileia*.

**Cortez Sosa, Charleene.** Estudiante avanzada en Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Costa Rica (UNA).

**Gaughan, Johanna.** Graduada de la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad para la Paz (UPAZ), con este ensayo.

**González Hernández, Bryan.** Estudiante avanzado en Relaciones Internacionales de la UNA.

**Herrera Flores, Joaquín.** Director del Doctorado en Derechos Humanos y Desarrollo, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla. Conocido iusfilósofo. Recientemente ha publicado dos libros, uno sobre filosofía de los derechos humanos y otro sobre cultura y derechos humanos.

**Medici, Alejandro.** Profesor de la Maestría sobre Teorías Críticas de la Democracia, Universidad Internacional de Andalucía, La Rábida, Huelva, España. Profesor en la Facultad de Derecho, Universidad del Mar del Plata, Argentina.

**Meoño Soto, Rodolfo.** Profesor titular del Departamento de Filosofía de la UNA. Máster en Educación. Actualmente escribe su tesis doctoral en la Universidad Pablo de Olavide sobre el tema de este artículo.

**Murillo Zamora, Carlos.** Profesor de Relaciones Internacionales de la UNA y de la Universidad de Costa Rica (UCR). Obtuvo una Maestría en Relaciones Internacionales en la UNA y actualmente cursa el Doctorado en Política Pública en la UCR. Tiene dos libros concluidos, sobre nuevas interpretaciones de la política internacional.

**Robles Rivera, Francisco.** Estudiante avanzado de la Escuela de Relaciones Internacionales de la UNA.

**Schnoor, Britta Anne.** Graduada de la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad para la Paz (UPAZ), con el ensayo que publica en este número.

**Senent de Frutos, Juan Antonio.** Profesor titular de la Facultad de Filosofía del Derecho, Moral y Política de la Universidad de Sevilla. Profesor de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla.

**Ulate Chacón, Enrique.** Doctor en Derecho. Magistrado Suplente en la Corte Suprema de Justicia. Profesor invitado en la UNA.



## PRESENTACIÓN

Desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, la Declaración Universal de los Derechos Humanos fungió como cuerpo de principios definitorios de los valores expresados en el sistema institucional de la Organización de las Naciones Unidas fundada, a su vez, políticamente en la seguridad colectiva y en el rechazo a la guerra como mecanismo de solución de diferencias. Durante la guerra fría, tanto los EE. UU. como la URSS, se autoconcebían como máximos defensores de los derechos humanos, en América del Norte enfatizando los derechos humanos de primera generación (cívicos y políticos), mientras que en el país soviético la promoción se centraba en los derechos humanos de segunda generación (sociales y económicos). Con el derrumbe soviético, durante la década de 1990, por una parte, se reforzaron y ampliaron esos derechos humanos —incluyendo ahora nuevas concepciones de “derechos” y de “humanos” que se gestaban en colectivos y áreas antes ocultas, como mujeres e infantes, gays y lesbianas, el medio ambiente, etc. Al mismo tiempo, por otra parte, los derechos humanos dejaban de ocupar el lugar central en la

mundovisión y eran reemplazados por las mercancías como “titulares de derechos”. Esta teorización se basaba en un nuevo tipo de idealismo en política internacional, ya no fundado en el Derecho como durante la época de la Liga de las Naciones o la ONU, sino articulado alrededor del Comercio, y una economía de “mercado libre”, que induciría procesos de democratización nacionales e internacionales, los cuales conducirían al fin de las guerras. El aumento del comercio internacional entre estados democráticos sería necesario y suficiente para eliminar totalmente las guerras. La implicación era que la historia se acababa, en tanto ya no cabría la posibilidad de “nuevos horizontes”: el mercado y la democracia se concebían como las formas “naturales” y “eternas” de organización humana.

Pero no resultaba difícil observar que tras todas estas teorizaciones y propagandas neoliberales institucionalistas (pese a su característico “confusionismo” ecléctico y pese a sus contradicciones flagrantes y supuestos gratuitos), los procesos de la vida social de personas, pueblos y naciones marchaban por otros rumbos. Destrucción



cada vez mayor, acelerada y con efectos sinérgicos, de los ecosistemas, particularmente los oceánicos y atmosféricos. Redistribución regresiva muy intensa de la riqueza a escala planetaria. Destrucción de la sociodiversidad (pueblos, naciones, países), y homogeneización cultural reductiva, concentrada en la violencia psicosocial extrema (asesinato como modelo estético). Incremento de las capacidades para vigilar, controlar, regular y condicionar a las personas y las sociedades, con nuevos instrumentos tecnológicos –incluyendo médicos, policiales y judiciales. Corporativización de la vida, eliminando espacios de "libertad" mental, erótica, imaginaria, psicosocial, económica y política, e induciendo a que personas y sociedades se "reintegren" en las jerarquías autoritarias de la Familia, la Empresa, la Iglesia y el Ejército –todas instituciones antidemocráticas y "totales" (Goffman o Foucault). Prevalencia (y prevalecen) neocorporativismos y neooligarquismos.

El derrumbe de la URSS implicó un auge económico sin precedentes en EE. UU., aupado por una burbuja especulativa organizada alrededor del sector "tecnológico", particularmente la electrónica y la biogenética. Se formuló y difundió un nuevo mito, del capitalismo "sin crisis", implicándose que el avance de la ciencia económica y de la tecnología eran tan grandes, que hacían confluir lo ideal con lo real: un mercado "perfecto" que puede "administrarse" de forma indefinida en una tendencia de crecimiento, sin mayores declinaciones. Y, paralelamente, se dispondría de más y más tecnologías que permitirían evitar cualquier crisis y, a la vez, aumentar las ganancias para

los dueños. Fue esta burbuja especulativa la que, con su explosión a finales de la segunda administración Clinton, probó lo infundado de esas y otras mitologías neoliberal-institucionalistas.

Durante los primeros años del siglo XXI, los sectores más conservadores y regresivos, de extrema derecha, están en el poder no solamente en EE. UU., sino también en Italia, Australia o Israel. Las administraciones Bush II, compuestas por grupos y personas provenientes de los servicios de espionaje, policiales y militares (incluyendo las correspondientes "industrias"), se regocijaron y sintieron haber sido favorecidas por la Fortuna, con los atentados de setiembre de 2001 contra el centro financiero de Nueva York y el centro militar en Washington (Pentágono). De forma similar a como hiciera la dirigencia nazi después del incendio del Parlamento en Berlín, la administración Bush II logró que se aprobaran nuevas leyes que amplían los poderes de los cuerpos policiaco-militares y de espionaje, incluso volviéndoles a permitir "trabajar conjuntamente" con el crimen organizado. Derechos civiles, políticos y otros han sido conculcados o restringidos por EE. UU. a sus propios ciudadanos. Define a sus enemigos ("terroristas") como no humanos y, por tanto, carentes de cualquier derecho en tanto "personas humanas", apartándose así de toda la tendencia a la promoción de los derechos humanos y rechazando su lugar central en la vida contemporánea. De ahí la "naturalidad" con que la propaganda quiere presentar los crímenes que se cometen en Iraq, en Afganistán, en Guantánamo y en otros lugares.



La dirigencia de EE. UU. se ubica (literalmente) en una nueva cruzada contra los infieles terroristas, en términos de una nueva Guerra Mundial, ahora de carácter "civil-social" y, en consecuencia, "total y permanente" (como explícitamente pide, por ejemplo, Bush II, cuando indicaba que tal guerra podría durar "los próximos cien años").

Más aún, no sólo desde las doctrinas político-militares se ataca con ferocidad los derechos humanos (al constreñir libertades y alternativas de las sociedades y las personas; al "ubicarlas" en contextos institucionales de guerra, terror y justicia arbitraria). También se hace desde los nuevos fundamentalismos que tienden a predominar en las religiones monoteístas. Así, el recién "electo" pontífice católico, Benedicto XVI, tiene un pasado ligado al régimen nazi, y en su primer discurso decía no ruborizarse porque se le tildara de "fundamentalista". El fundamentalismo religioso, de forma similar a la Ley Patriótica de Bush II, también autoriza tratar a los enemigos como "carentes de humanidad". Se trata de las doctrinas de "guerra justa", en tanto guerra religiosa.

Y, finalmente, el tercer ataque contra los derechos humanos ha provenido del nuevo centro paradigmático de la vida en el capitalismo tardío: la mercancía y su comercio "global". Así como el sistema internacional estuvo articulado (teóricamente, en términos de "principios") desde/por los derechos humanos, entre 1945 y 2001, así también, ahora, varios actores internacionales, en primer lugar las Corporaciones Transnacionales (CTNs), han buscado establecer una "nueva constitución mundial" fundada en los derechos de las mercan-

cías y sus dueños. Esta tarea ha sido encomendada a la Organización Mundial del Comercio. Los/as "ciudadanos/as" del sistema internacional, que gozan de plenos derechos y a quienes se quiere proteger y promover por todos los medios, ahora son unas "personas" no humanas sino, más bien, unas "personas cosas" muy particulares, las "personas mercancías".

En este número de la *Revista de Relaciones Internacionales (RRI)* presentamos un conjunto de artículos y análisis que exploran las situaciones, tendencias y características de los derechos humanos actualmente. Algunos de estos trabajos han sido elaborados o coordinados con el proyecto de investigación "Militarización de la crisis mundial". Los/as lectores/as podrán conocer varios estudios de la "Escuela Iberoamericana" de derechos humanos, centrada en los programas andaluces dirigidos por Joaquín Herrera Flores y David Sánchez Rubio. Entre ellos destacamos los aportes del argentino Alejandro Medici sobre derechos humanos y mercantilización (conjuntamente con Herrera Flores), y el importante artículo de Juan Antonio Senent de Frutos sobre derecho y guerra. También incluimos dos artículos de estudiantes graduados en esos programas andaluces, uno del filósofo de la UNA Rodolfo Meoño Soto sobre la pseudocultura de los derechos humanos en Costa Rica, y otro de Fernando A. Carvalho Dantas, brasileño, sobre los derechos intelectuales de los pueblos indígenas amazónicos. Luego, gracias a la colaboración de la directora del sistema bibliotecario de la Universidad para la Paz (UPAZ), Dra. Flor Cubero, hemos incluido las partes más

sustanciosas de dos tesis de maestría escritas allí. Una es de Britta Anne Schnoor y se refiere a los derechos humanos de los inmigrantes nicaragüenses en el país costarricense; mientras que la otra investigación, de Johanna Gaughan, versa sobre el impacto de los procesos de globalización en los derechos humanos, en el caso de la minería de metales.

En la sección de otros artículos, consignamos un aporte de Enrique Ulate Chacón, Magistrado Suplente de la Sala de Casación costarricense y próximo profesor de ERI-UNA, sobre el derecho a la Tutela Judicial Efectiva en el ámbito constitucional, comunitario e internacional.

Por último, en la sección reseñas bibliográficas, participan el profesor Carlos Murillo Zamora, así como Bryan González, estudiante avanzado de ERI, y Charleene Cortez, Secretaria de Redacción de la RRI, junto con Francisco Robles Rivera.

El equipo de estudiantes que con su esfuerzo hace posible la revista ha laborado espléndidamente, permitiéndonos mejorar este número, incluyendo su edición en forma digital. Durante 2006 vamos a poner a disposición la revista también en la página de internet de la Universidad.

*Eduardo E. Saxe Fernández*  
Director



# SECCIÓN MONOGRÁFICA

---

# LOS DERECHOS HUMANOS Y LA GUERRA CONTRA EL TERRORISMO

*Juan Antonio Senent de Frutos*

## Resumen

Tras los ataques del 11 de septiembre de 2001 se agudiza y radicaliza el dominio de algunas potencias occidentales, queriendo disolver los límites éticos, jurídicos, políticos e ideológicos que se han ido imponiendo al poder de la fuerza. Emplean dos formas. 1. El dominio absoluto sobre la ley, que busca asimilar toda legalidad a la conveniencia de ciertos actores. 2. La guerra preventiva, justificada, exagerando o creando "amenazas y riesgos inminentes" (armas de Saddam Hussein, v. gr.), que universaliza la guerra permanente: se necesitan "enemigos", y es imposible cooperar y convivir socialmente. Se usan "razones" religiosas (guerra justa contra el fundamentalismo) y culturales (civilización contra barbarie). Esta situación nos lleva a resistir la modernidad jurídica, política e ideológica. El mercado y la guerra son considerados "justos en sí mismos" por quienes los controlan. Los derechos humanos pueden recuperarse buscando la igual dignidad de todos los seres humanos, con un "nuevo realismo" que nos permita "poder vivir" en tanto "buen vivir".

After the September 11, 2001, attacks, the dominance of some Western powers increases and becomes radicalized, seeking to dissolve the ethical, legal, political and ideological limits which have been imposed on the power of force. Two ways are used for this task: 1. The absolute dominion over the law, which seeks to assimilate all legality to what may be convenient for certain actors. 2. Preventive war is justified exaggerating or creating "threats and imminent risks" (v.g. Saddam Hussein's WMD). It universalizes a permanent war: "enemies" are needed, and social cooperation and conviviality become impossible. Religious (a just war against fundamentalism) and cultural (civilization versus barbarism) "reasons" are used. This leads us to resist legal, political and ideological modernity. The market and war are considered "just in themselves" by those ruling over them. Human Rights may be recovered seeking "equal dignity" for all human beings, employing a "new realism" that may allow us "to be able to live" in the form of "good living".



## 1. Diagnóstico sobre la sociedad global

Vivimos unificados en un solo mundo que, a su vez, se halla altamente escindido y confrontado. Cuatro rasgos destacan, a mi juicio, como signos de la dinámica histórica en la que estamos situados. Son tiempos de guerra y de lucha ideológica por la hegemonía total que está generando una crisis de las relaciones sociales en la sociedad global:

1. En estos tiempos de confrontación, el "arte de la guerra" se proyecta como ideal desde el que dinamizar todas las interacciones e intercambios en la sociedad global<sup>1</sup>. Estas guerras se están desplegando no sólo militarmente, ya que no se reducen a unos combatientes enfrentados, sino que atraviesan todo el espacio y los subsistemas sociales. Por ello, se habla de guerra entre culturas, entre religiones, ideológicas, en el mercado.

Así como Hannah Arendt hablaba de la banalidad del mal, hoy se puede hablar de una banalización de la guerra. Ésta se entiende como un recurso normalizado, e incluso, cotidiano. Pero esta lucha a muerte o esta guerra por el mercado, frente a otras culturas y otras religiones o sistemas políticos, no se presenta en su desnudez.

<sup>1</sup> No es cuestión de moda intelectual, como la que ahora se ha puesto en boga entre ejecutivos, estadistas y algunos intelectuales, un clásico de la cultura china como el texto de Sun Tzu, *El arte de la guerra*. Esto es un síntoma de una situación cultural de nuestra época, donde algunos individuos que pretenden tener las conductas más adaptativas tienen que colocarse reflejamente en situación de guerra permanente y asumir los valores y estrategias de la misma para llevar a cabo con éxito social su propia función en los diversos ámbitos de actividad.

2. Lo que se hace y lo que se proyecta es presentado dentro de un discurso legitimador amparado en valores humanos que por sí mismos generan un alto grado de consenso en la sociedad actual. En cada subsistema de los indicados, se juzgan las diversas manifestaciones desde valores que justifican en última instancia la eliminación de los que supuestamente contradicen a éstos; en el subsistema político se persiguen la paz, la seguridad y la libertad; en el económico, la competitividad y eficiencia; en el cultural, la racionalidad y el humanismo; en el religioso, la tolerancia y laicidad<sup>2</sup>. Incluso cuando lo que se realiza pueda parecer "poco presentable", como pudiera ser una guerra por el control y la explotación de un territorio con interés geoestratégico para quienes la emprenden, siempre se trata de arroparla y de ampararse en altos ideales a los que se dice servir.

Por ello, hoy la ideología sigue siendo necesaria para dar cobertura simbólica<sup>3</sup> a las situaciones de dominio. En este sentido, no es una época "postideológica", sino que las justificaciones axiológicas se continúan empleando en los discursos políticos y en la propaganda mediática en la que se apoyan<sup>4</sup>. Incluso en los comportamientos

<sup>2</sup> La cuestión no es ninguna renuncia a los valores en general, aparte del discernimiento que cada uno en particular exija, sino la crítica de una lógica de dominación a partir de los mismos. Que bajo su amparo ideológico no se justifique, en su caso, incluso el sacrificio de vidas humanas.

<sup>3</sup> Examiné la cuestión de la funcionalidad de los sistemas ideológicos y los valores en el libro *El acurúa y los derechos humanos*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 1998.

<sup>4</sup> En este sentido, discrepo de la consecuencia metodológica que extrae Boaventura de Sousa Santos a partir del contexto histórico actual y de la relevancia política de la ideología para reproducir el poder. Antes las clases dominantes tenían



pretendidamente más realistas, más cínicos, aquéllos que revelan en forma explícita lo que se quiere hacer, se justifican en nombre de valores o de referencias ideales que se proponen como los móviles últimos de la acción.

3. Son tiempos en los que las guerras se pretenden globales como la sociedad en la que se despliegan. Estas guerras son fruto de un modelo de relaciones entre economías, culturas, religiones y regímenes políticos. Son conflictos que se desarrollan en un escenario local, regional o global, pero que tienen un carácter de totalidad. No se trata sólo de imponerse, sino de desplazar cualquier experiencia huma-

---

interés en transformar sus ideas en ideas dominantes, por medio de lo cual, las clases dominadas creían ser gobernadas en nombre del interés general y con ello consentían en ser gobernados. Y ahora, según Santos, "lo que es nuevo del contexto histórico actual es que las clases dominantes se desinteresan del consenso, tal es la confianza que tienen en que no hay alternativa a las ideas y soluciones que defienden. Por esta razón, no se preocupan de la posible vigencia de ideas y proyectos que les son hostiles, ya que están convencidos de su irrelevancia y de lo inevitable de su fracaso. La hegemonía se transformó y pasó a convivir con la alienación social, y en vez de sustentarse en el consenso, lo hace en la resignación. Lo que existe no tiene por qué ser aceptado por ser lo bueno. Bueno o malo es inevitable, y es desde esa base que tiene que ser aceptado. La teoría crítica se propuso con el objetivo de luchar contra el consenso como forma de cuestionar la dominación, y para crear el impulso de lucha contra la misma. ¿Cómo proceder en una situación en que el consenso dejó de ser necesario y, por tanto, su desmitificación dejó de ser el resorte del inconformismo? ¿Es posible luchar contra la resignación con las mismas armas teóricas, analíticas y políticas con las que se luchó contra el consenso?" (*Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia. Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*. Vol. I,

na alternativa. Es una lucha por la hegemonía total. Un solo modelo económico, un solo modelo cultural de experiencia religiosa, un solo sistema político determinado... es el que tiene derecho a existir, porque es el único del que puede predicarse racionalidad y justicia. Los vencedores se creen justificados por el poder acreditado y merecedores de dictar las reglas del orden global en sus diversos subsistemas. Carl Schmitt ya advirtió que las luchas en la era moderna se llevaban a cabo como luchas finales, por el sometimiento total<sup>5</sup>. El

---

Desclée de Brouwer, Bilbao, 2003, p. 37). Sin embargo, entiendo que la dominación se ejerce hoy por los sectores y representantes del poder no como poder o concentración de fuerza capaz de doblegar voluntades, sino como poder que busca y propaga una justificación ideológica para afianzarse mediante la aceptación de la ciudadanía. Y por ello, sigue siendo necesario practicar el cuestionamiento y la denuncia de la mistificación ideológica en lo que tiene de justificación de lo injustificable, para ayudar a liberar el proceso de transformación y mejora del orden presente, aunque no sea lo único ni social ni metodológicamente que haya de hacerse. En este sentido, estoy de acuerdo con José Vidal-Beneyto en que hay dominación ideológica, ejercida hoy además por un eficiente complejo mediático, económico y político de intereses e instituciones en red, que desde los potentes y ubicuos medios de comunicación, lanzan sus mensajes doctrinarios para construir la hegemonía; como señala, "con tal omnímodo poder no hace falta imponer nada, basta con dejar que opere la autoimposición". Es decir, la construcción del consenso, como adopción social de las "buenas razones" del poder en sus acciones, sigue siendo valorada y propiciada por el propio poder. Frente a ello, sigue siendo necesaria "a contestación deslegitimadora de este orden mediático-ideológico" (cf. "La dominación ideológica", *El País*, 6 de diciembre de 2003).

<sup>5</sup> En este sentido, las guerras dejan de jugarse dentro de ciertos límites, desarrollándose entonces bajo la forma de "última guerra final de la humanidad".



adversario (quien porta o pretende otros modelos sociales) es despojado, mediante la construcción de un enemigo absoluto, de todo vestigio de humanidad y debe ser aniquilado tanto en lo que es como en lo que representa. En estos conflictos, el valor que más es desplazado es el de la dignidad humana universal. Éste ya no es realmente un postulado de las relaciones entre pueblos y sujetos, como se intentó desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos. No es un punto de partida, una presunción *iuris et de iure*, sino algo a demostrar por los otros que son sospechosos de inhumanidad. Éstos, en su diferencia y, por tanto, en su anomalía, tienen la carga de la prueba que son sujetos con dignidad, que no deben ser eliminados como basura humana.

4. Esta dinámica y este modelo que se proyectan como normalizados en tanto que se postulan desde los sujetos que detentan el máximo poder económico, político y militar en el mundo actual, y que, como he apuntado, no sólo pretenden estar ampara-

---

"Tales guerras son necesariamente de una particular intensidad e inhumanidad, puesto que superando lo "político", descalifican al enemigo inclusive en su perfil moral, así como en todos los demás aspectos, y lo transforman en un monstruo feroz que no puede ser sólo derrotado sino que debe ser definitivamente destruido, es decir, que no debe ser un enemigo a encerrar en sus límites" (*El concepto de lo "político"*, Folio Ediciones, Buenos Aires, 1984, p. 33; sobre esta cuestión ver F. Hinkelammert, "El concepto de lo político según Carl Schmitt", en *Democracia y totalitarismo*, DEI, San José, 1990, pp. 113-132).

Sin embargo, a pesar de lo pertinente de la observación de Schmitt, entiendo que la salida adecuada a esta situación no es la renuncia a cualquier humanismo, lo cual nos conduce igualmente a la barbarie, sino al ejercicio despótico de cualquiera de los diversos humanismos.

dos en criterios de legalidad conforme a las reglas de juego vigentes, sino también de legitimidad, pues la dinámica belicista se entiende como defensa de los valores universales, están generando una crisis de las relaciones sociales cooperadoras y pacíficas en la sociedad global. Mientras más se proyecta el principio hobbesiano del *homo hominis lupus*, más confrontación y más inseguridad se encuentran. Lo que se proyecta como modelo de ser humano se recoge en forma de relaciones sociales más escindidas, fracturadas y confrontadas. Frente al principio de la búsqueda del acuerdo y de la cooperación internacional, se proyecta hoy la redefinición de bloques entre "amigos" y "enemigos"; entre el eje del bien y el eje del mal. La división maniquea de la sociedad global es una exponente de esta crisis de las relaciones sociales, que es agravada por este modelo que quiere articular el intercambio social.

Para estas confrontaciones, se alegan no sólo razones jurídicas y políticas, sino también razones de tipo religioso y cultural que pretenden fundamentar esas otras razones. Tras estas razones, hay unos esquemas de comportamientos simplificados, que ayudan a dar respuestas prefiguradas y anulan la necesidad de cuestionamiento crítico y de revisión de los modelos de comportamiento con los que se actúa sobre la realidad social. Son aplicados de modo cuasi automático; si poniendo en marcha tales esquematismos se obtienen resultados adversos a los pretendidos, peor para la realidad. El autocentramiento y la ceguera para evaluar las consecuencias de estos modelos de confrontación hacen que sean perfectamente tautológicos. Se justifican a sí mismos tratando de que se cumpla la profecía que lanzan sin buscar



una relación adecuada con la realidad a la que se enfrentan. Pero también por ello, los hace aún más peligrosos, pues no se permite un juicio crítico que evalúe la consistencia de los presupuestos que los inspiran y los efectos reales que generan.

En lo que sigue, quiero presentar algunas confrontaciones de este tipo en el contexto de la sociedad global actual. Esas relaciones y tensiones hay que enmarcarlas dentro de las reacciones que se han ido sucediendo después de los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001. Con esos actos terroristas, se está desplegando un intento de redefinición de las reglas, que agudiza y radicaliza el anterior dominio hegemónico de algunas potencias occidentales sobre el resto del mundo, y que trata de disolver los débiles límites éticos, jurídicos y políticos que al poder de la fuerza se han ido oponiendo y construyendo en el ámbito de la sociedad global desde diversos frentes de resistencia y de oposición al dominio unilateral y antidemocrático.

## 2. Esquemas de confrontación: las "buenas" razones para la guerra

### 2.1. Razones jurídicas y políticas

En el actual marco geopolítico de confrontación, hay algunos esquemas de comportamiento que expresan esa voluntad de dominación. Entre ellos existe una continuidad. El primer esquema que ahora comentaré tiene una naturaleza jurídica, y se trata de la interpretación y aplicación del derecho en clave de lo que denomino de "dominio absoluto sobre la ley"; y el segundo tiene una naturaleza más política, el llamado de la "guerra preventiva". Aunque en realidad son dos caras de una misma moneda, y es el intento, expresado en

forma paradójica, de ejercer el poder legalmente y sin límites éticos y legales<sup>6</sup>.

#### 2.1.1. Del dominio absoluto sobre la ley

Un ejemplo del primer esquema<sup>7</sup> lo tenemos en el caso de la segunda guerra contra Iraq. Para justificar esta intervención militar, aunque se haga una interpretación que violenta el sentido que comúnmente se da a ciertos parámetros legales en el marco del Derecho Internacional, no por ello se pretende dejar de estar amparado por la legalidad, aunque los órganos competentes jurisdiccionalmente, como el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que es el órgano que puede autorizar el empleo de la fuerza con las actuales

<sup>6</sup> Como después indicaré, este planteamiento es el intento de reponer en la vida política y jurídica el esquema descrito por Hobbes como propio del Estado por encima de la ley. El Estado propiamente no comete injuria o acción antijurídica, pues la fuente de la ley no está sujeta a la misma (*Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil* [1651], ed. y trad. de C. Moya y A. Escotado, Editora Nacional, Madrid, 1979, p. 172).

<sup>7</sup> Otros ejemplos se podrían poner de posición abusiva en el ejercicio del poder, como por ejemplo, el llamado campo de concentración en la base militar norteamericana de Guantánamo (isla de Cuba), donde Estados Unidos tiene privados de libertad a los que presuntamente son miembros de la red Al Qaeda, sin ningún tipo de garantías procesales (sin acusación formal, defensa letrada, derecho a juez ni a juicio justo...) y sin respetar otros derechos fundamentales de quienes son los llamados por los captores "combatientes irregulares". Como según Estados Unidos, no son prisioneros de guerra no se les puede aplicar el Convenio de Ginebra. En realidad, tampoco son tratados como seres humanos, porque en ese caso tendrían que reconocerles al menos los derechos humanos internacionalmente reconocidos a



reglas, no lo avalen formalmente. Cuando se habla de un nuevo intento de "imperialismo" en la comunidad internacional por parte de potencias como Estados Unidos, en realidad no se suele percibir que no se trata de un intento de estar más allá de la ley, sino de someter el punto de vista de la ley, tal y como es comúnmente interpretada, al propio dominio ejercido. No se trata sólo de imponer la propia voluntad por encima de cualquier criterio, lo que sería la ley del déspota<sup>8</sup>, sino un tipo distinto de despotismo de la ley en función del déspota. El

partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948. Cuando la propaganda política norteamericana habla de que todos estos supuestos terroristas son "basura humana", ello tiene también una eficacia y una trascendencia jurídicas. La basura humana no tiene los derechos de los seres humanos.

Otro caso sería el afán liberticida de ese gobierno y algunos aliados con las reformas en la legislación antiterrorista tras el 11 de septiembre, que deja sin contenido algunos de los principios ético-jurídicos reconocidos en el acervo occidental como límites a la propia legislación penal. Un ejemplo, entre otros, está en la adopción de reformas penales retroactivas (*nulla poena sine lege previa*), como en Gran Bretaña en el caso de la tipificación del delito de falsas alarmas de ataques biológicos o químicos. La justificación se dio por Tony Blair: "Esta es una medida excepcional, pero estos son tiempos excepcionales" (*El mundo*, 21 de octubre de 2001). Pero como, por otro lado, la guerra contra el terrorismo es permanente, podría ser igualmente permanente la situación excepcional que se convierte así en lo normal.

<sup>8</sup> Sobre la distinción entre la ley del déspota y el despotismo de la ley es interesante el análisis de F. Hinkelammert, en *El grito del sujeto. Del evangelio de Juan al perro-mundo de la globalización*, 2a. ed., DEI, San José, 1998, pp. 115-121. Sin embargo, entiendo que en el esquema que estoy comentando se da una interacción entre esos dos modelos.

déspota, en este caso, entiende que su voluntad y su acción coinciden con la ley, aunque los intérpretes autorizados no le den la razón. Si el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas no amparó directamente la última intervención bélica en Iraq, peor para el Consejo<sup>9</sup>. El gobierno de Estados Unidos y sus aliados se presentaban como amparados por el Derecho Internacional, de modo que una aplicación unilateral y generalmente denunciada como abusiva, se postula dentro del marco de la ley (en realidad se solía decir que una Resolución del Consejo era conveniente —políticamente, para reunir fuerzas de los aliados—, pero no "necesaria" jurídicamente, pues la acción militar ya estaría autorizada en forma legal desde la interpretación de la potencia hegemónica y sus aliados).

El intento de asimilar el propio punto de vista con el de la ley puede ser algo cotidiano en la interpretación y aplicación del derecho, y es algo que los mecanismos para asegurar la heteronomía (ordinariamente los órganos jurisdiccionales) del derecho enfrentan en las controversias jurídicas al tratar de dar primacía a la objetividad de la regla (declarada así por los órganos competentes) sobre la opinión jurídica de los sujetos al derecho, y ello con independencia de los mismos. Sin embargo, aunque

<sup>9</sup> La resolución 1441 del 8 de noviembre de 2002 del Consejo de Seguridad no autoriza explícita ni implícitamente el ejercicio del derecho a usar la fuerza armada contra Iraq. Cuando el párrafo 13 recuerda que "de seguir infringiendo sus obligaciones, se expondrá a graves consecuencias", no anula el hecho de que el órgano legalmente instruido para decidir "las graves consecuencias" subsiguientes es el Consejo de Seguridad, y no cualquiera de los estados miembro de las Naciones Unidas (cf. A. Chueca Sancho, "El derecho internacional ante la guerra de Irak" en *Cuadernos Cristianisme i Justícia*, nº 117, febrero de 2003).



los sujetos a un régimen jurídico<sup>10</sup> traten en la lucha jurídica de imponer su punto de vista intentando que la autoridad asuma su punto de vista, esto sólo parece posible en un supuesto como el que estoy comentando. Para hacer coincidir la propia posición jurídica con el punto de vista de un sistema jurídico más allá de los órganos competentes y de la *opinio iuris* de los expertos, se requiere reunir un poder y una autoridad mayor que el del resto de intérpretes autorizados. En este sentido, sólo así sería factible un dominio absoluto sobre la ley al margen de los mismos.

A partir de ahí, desde la creencia en que se reúne ese poder y esa autoridad mayor, se ejercita el chantaje de la generación de unas nuevas condiciones de las posiciones del espacio jurídico-político internacional. Si el marco de las Naciones Unidas quiere seguir siendo operativo y no ser sobrepasado por otro esquema organizativo, tiene que asumir el punto de vista de

la interpretación que del Derecho se hace por la primera potencia militar y política del mundo, por lo que para ello debe legalizar *de facto* la situación (reconociendo la legalidad de actos posteriores al inicio de la guerra, como la ocupación del país por las fuerzas extranjeras) o *a posteriori* (reconociendo finalmente la legalidad de la intervención primera). En realidad no se trata con ello simplemente de una crisis del Derecho Internacional, sino de un intento por establecer una nueva configuración del poder para decir quién<sup>11</sup> está amparado por el Derecho Internacional y, por tanto, de una distribución no oligárquica (Consejo de Seguridad) de la capacidad reconocida para legalizar acciones de fuerza, sino unilateral.

### 2.1.2. De la guerra preventiva

Este esquema de dominio sobre la ley y aún sobre cualquier intérprete autorizado permite "justificar", jurídicamente, también el esquema político de la llamada guerra preventiva o anticipatoria. No sólo se reivindica en el caso de la última guerra contra Iraq, sino como ejercicio legítimo y derecho permanente de defensa para lo que se interprete unilateralmente como amenaza para la seguridad en cualquier parte del mundo. Si el entramado jurídico-político generado tras la Segunda Guerra Mundial con la Organización de las Naciones Unidas<sup>12</sup>, pretendía evitar y deslegitimar

<sup>10</sup> Como señala H. L. A. Hart, aunque se hable de soberanía de los estados en el ámbito del sistema jurídico internacional, ello no obsta a que éstos estén sujetos a un régimen de derechos y obligaciones, y ello a pesar de todas las dificultades que conlleva el estatuto jurídico del Derecho Internacional. Esta soberanía no es absoluta, pues ello remitiría a la idea de Estado absoluto propia de los primeros siglos de la era moderna, lo que implica la idea de una "especie de Superhombre —un ser intrínsecamente a-jurídico—, pero que es la fuente de derecho para los súbditos. Desde el siglo XVI en adelante, la identificación simbólica del estado y del monarca ("L'etat c'est moi") puede haber fomentado esta idea" (*El concepto de derecho*, trad. de G. Carrió de *The concept of law*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, p. 272).

Esta soberanía no es absoluta, a no ser que nos situemos en el paradigma absolutista al modo hobbesiano, que precisamente está como trasfondo de la posición política discutida.

<sup>11</sup> En este sentido, es una lucha por la capacidad para decir y decidir el derecho (*jurisdicción*).

<sup>12</sup> La Carta de las Naciones Unidas, en su art. 4, establece que los miembros de la Organización en sus relaciones internacionales deberán abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra otros estados, o "en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de Naciones Unidas".



el empleo unilateral de la guerra<sup>13</sup>, aun por "razones preventivas", si no había una agresión injusta y verificable, toda esta regulación y consenso político son quebrados por este modelo que entiende la guerra preventiva o anticipatoria como modo ordinario de hacer política internacional y de resolver las tensiones entre grupos. Con ello, estamos ante una reedición del modelo descrito por Hobbes<sup>14</sup> en su *Leviatán*.

Para éste, la guerra es el estado normal de la vida humana, cuando no hay un poder absoluto (su Dios mortal) que someta y elimine la posibilidad de tensiones y confrontaciones. Las personas pací-

ficas deben hacer la guerra de conquista hasta alcanzar el máximo dominio sobre los otros, que por una pura proyección o presuposición irrefutable, desearían someter a los que pacíficamente querrían quedarse en los límites de sus posesiones. Dada la natural concupiscencia humana, si dos personas desean un mismo bien devienen enemigos. Y como es necesario que concurren en el mismo deseo, dada la naturaleza humana, la guerra entre ambos es inevitable y necesaria. Pero no se trata sólo de desear bienes en sentido material, sino el deseo connatural de los seres humanos de someter bajo el propio poder a los otros. En

<sup>13</sup> De ahí también el diseño del Capítulo VII de la Carta, y particularmente del art. 51 de la Carta de San Francisco, que enmarca el ejercicio del "derecho inmanente de legítima defensa" en la autoridad del Consejo de Seguridad.

<sup>14</sup> Un autor más reciente, como M. Walzer, también plantea la posible justificación de la guerra en el supuesto "preventivo". Walzer distingue en este caso dos situaciones: la primera, la de peligro inminente, en cuyo caso ante una amenaza de fuerza que prácticamente ya se esté actualizando, está admitido, en la doctrina internacionalista, atacar preventivamente según el paradigma legalista aplicado a la sociedad internacional (Walzer, p. 118); sin embargo, a partir de este supuesto de ataque preventivo, al justificar "una acción severamente restringida", debería considerarse de modo más ampliado en la línea de un ataque preventivo ante un riesgo potencial, donde "el peligro es una cuestión de juicio y donde la decisión política está desprovista de constricciones", lo cual exige una "cierta revisión del paradigma legalista, ya que el paradigma es más restrictivo que los juicios que de hecho hacemos" (*ib.*). Desde ahí, llegará a un punto que aunque formalmente, parece diferir de lo que aquí entiendo como guerra anticipatoria al modo hobbesiano, pues se funda no sólo en la "intención maligna" (*cf.* p. 121), sino en actos que muestren evidencias de malignidad (*cf. ib.*), llega a una legitimación análoga del ataque preventivo. Por

ello, justifica que "los Estados pueden hacer uso de la fuerza militar cuando se encuentren ante amenazas de guerra y siempre que no hacerlo ponga seriamente en riesgo su integridad territorial o su independencia política" (p. 130). Ahora bien, ello nos sumerge nuevamente en el paradigma hobbesiano del Estado de naturaleza, donde cada uno es juez y parte y, por consiguiente, el derecho de defensa autotutelado no parece tener ninguna limitación procedimental externa que verifique esas "evidencias": "Dado que no hay ningún policía al que puedan apelar, el momento en que los estados se ven obligados a luchar probablemente llega antes de lo que llegaría en una sociedad estable. Pero, si imaginamos una sociedad inestable, como el "salvaje oeste" de la ficción estadounidense, la analogía puede replantearse: un Estado sometido a una amenaza es como un individuo perseguido por un enemigo que ha declarado su intención de matarlo o de herirlo. No hay duda de que esa persona tiene derecho a sorprender a su perseguidor, si es capaz de hacerlo" (*Guerras justas e injustas. Un razonamiento moral con ejemplos históricos* [1977], Paidós, Barcelona, 2001, p. 130). De las "evidencias" se pasa a la "imaginación" excitada por la "ficción estadounidense", asimilando implícitamente la sociedad internacional al "salvaje oeste" al no existir, según Walzer, una policía. Por ello, el problema no es simplemente la calificación del tipo de amenaza para



una situación de libertad, entendida como ausencia de un poder común<sup>15</sup>, la guerra es lo natural entre los seres humanos.

Esta "lamentable" situación no cesará hasta que haya un dominio perfecto de uno sobre otro, o haya un poder superior que los someta a todos y elimine los conflictos por el terror y la obediencia. Este esquema se aplica hoy a las relaciones geopolíticas. Como no existe un auténtico estado mundial que someta plenamente a los desobedientes y conflictivos (los llamados estados canallas o gamberros), entonces cada Estado puede actuar por su parte. Es más, como la capacidad de dominio depende del propio poderío militar, entonces parece "razonable", que la máxima potencia militar del mundo sea el garante de la seguridad

---

la paz y la seguridad propia o la comunidad internacional para evaluar la licitud o no de la respuesta, sino la calificación de la amenaza a partir de una construcción social que se realiza del enemigo y cómo se postulan unos riesgos como objetivos de un simple presupuesto teórico sin necesidad de probar fehacientemente aquello que se da por cierto y, por supuesto, al margen, si es necesario, de los cauces procedimentales que establece en la actualidad el Derecho Internacional. Como resultado, Walzer no consigue superar el punto de vista hobbesiano, que él mismo dice criticar como "simplemente cínico": "no es realmente prudente asumir la intención maligna de nuestros vecinos; es simplemente cínico, un ejemplo de la sabiduría terrenal de la que nadie vive ni podría vivir" (p. 121).

Otro análisis de la doctrina de la guerra anticipatoria más crítico que el de Walzer es el de I. Carnacho Laraña: "La doctrina moral sobre la guerra. Su aplicación al caso de la intervención militar en Irak", en *Revista de Fomento Social*, 58, 2003, pp. 151-179.

<sup>15</sup> "...durante el tiempo en que los hombres viven sin un poder común que les obligue a todos al respeto están en aquella condición que se llama guerra", *Leviatán*, op. cit., p. 224.

global. Esto no sólo es necesario, "sino que debe ser permitido". Por ello, el Consejo de Seguridad tiene que aceptar el punto de vista del gobierno de Estados Unidos en la interpretación de los medios adecuados para defenderse y en la interpretación de las amenazas para la seguridad. Deben actuar como "aliados", para unir fuerzas, no como contrapesos o como un órgano que colegiadamente ejerce un poder. En el caso reciente de Iraq, Estados Unidos alegaba la no cooperación con el programa de desarme impuesto por el Consejo de Seguridad. La falta de colaboración es una actitud desobediente. Y un desobediente que no se aviene a respetar el mandato del poder instituido, genera una amenaza que debe ser eliminada (y eliminado). La "no cooperación", y con ello, la desobediencia, serían para Estados Unidos y sus aliados la prueba irrefutable de su malicia y peligro, y por ello, la prueba del deseo de agredir y tratar de subyugar a otros estados.

Otra razón complementaria, y en el fondo apoyada en la anterior, se alegaba por EE. UU. La posesión de armas de destrucción masiva y la posibilidad de uso contra otras naciones, lo que generaría una situación de riesgo objetivo. Incluso se alegaba la disponibilidad de medios de agresión que se pudieran aplicar en un breve tiempo, lo que además generaba una situación de riesgo inminente. Ahora bien, todavía, no han aparecido las famosas armas de destrucción masiva que tendría el régimen iraquí. Los inspectores de las Naciones Unidas no las hallaron. Pero tampoco las fuerzas ocupantes en Iraq que están sobre el terreno desde el final de la guerra. Incluso se ha denunciado que los informes elaborados por los servicios secretos fueron "corregidos" por sus gobiernos para que fueran más convincentes en la



presentación de la amenaza que suponía Iraq para la seguridad internacional. Así, por ejemplo, en el control del Parlamento inglés a su Gobierno, se denunció la inclusión de datos falsos sobre Iraq en los informes.

Sin embargo, para EE. UU. y sus aliados, todo ello no obliga a ninguna rectificación sobre su política respecto de Iraq, y su concepto de guerra preventiva. Ante la opinión pública de sus naciones y mundial se defendió esa respuesta, amparados en la grave amenaza y riesgo inminentes que suponía la existencia de poderosas armas de destrucción masiva dispuestas con la intención de ser usadas contra otros estados. Ellos mismos, cuando hablaban de estas "armas", no tenían pruebas reales y fehacientes para ser presentadas ante los aliados, y en su caso ante la opinión pública y, sin embargo, creían en su existencia. Incluso tras la guerra, las siguieron buscando sin fortuna<sup>16</sup>. Se decía, que del hecho de que no aparecieran, no se podía derivar su

<sup>16</sup> Según un informe de finales de septiembre de 2003 de la CIA, en el que se reunía la información de 1400 investigadores (científicos, militares, expertos en espionaje) que buscaron pruebas de la tenencia de armas de destrucción masiva, no se consiguieron evidencias de las mismas. En este momento, el presidente G. W. Bush seguía diciendo que Saddam Hussein "escondió las armas y las dispersó. Pero creo firmemente que tenía armas de destrucción masiva" (*El País*, 25 de septiembre de 2003).  
Días antes, la agencia "Associated Press" tuvo acceso a un informe paralelo elaborado por un equipo de investigación que ha trabajado desde el final de la guerra en Irak con el único objetivo de encontrar pruebas de que Sadam tenía muestras del virus de la viruela, una acusación sugerida por Bush en múltiples ocasiones. Los laboratorios estaban abandonados hace años y los científicos fieles han contado que Sadam no tenía muestras del virus de la viruela y nunca intentó conseguirla" (*ib.*).

no existencia. Podían haber salido al extranjero, o bien, estar en cualquier lugar del desierto enterradas...

En realidad, ellos habían supuesto la existencia de tales armas y que constituían un peligro inminente para la seguridad mundial, y esta presuposición era una consecuencia necesaria de la desobediencia de Iraq. Si no colaboraba, como EE. UU., entendía que debía hacerlo, es porque tenía tales armas y no quería renunciar al poder de agresión que les confería<sup>17</sup>.

Del mismo modo que para Hobbes era un presupuesto inamovible que si no se está plenamente bajo un poder, se está en

<sup>17</sup> Por otra parte, las potencias aliadas, en particular EE. UU. y Reino Unido, sabían que años atrás, en la década de los ochenta, Saddam Hussein había poseído esas armas, porque empresas de las grandes potencias se las habían vendido y ellas habían consentido su uso, y con las cuales el régimen de Saddam, aliado de nuevo de estas potencias a partir de los ochenta, combatió a Irán y exterminó a parte de la población kurda de su territorio. Pero entonces no se le atribuía a esa posesión por el régimen iraquí, el carácter de grave amenaza para la seguridad mundial ni de las grandes potencias, pues precisamente este régimen era aliado. Así las cosas, lo que marca la interpretación que se dé a las supuestas armas de destrucción masiva no es su tenencia por un Estado o grupo armado, sino la supremacía de la fuerza de quien las tenga o en su caso el carácter obediente o no de quien las posea con el consentimiento del superior. Si las posee la primera potencia militar del mundo, o sus aliados estratégicos, dispuestas para ser usadas, no se entienden como ninguna amenaza para la paz o la seguridad de todos, antes bien, se dice que con ese poder de aniquilación masiva disponible se aumenta la seguridad de todos.

E. Ekaiser muestra los datos de estas prácticas políticas y económicas acerca de estas armas en un ilustrativo artículo: "Los cooperadores necesarios de Sadam", 16 de diciembre de 2003, p. 6.



situación de guerra permanente; para el gobierno de EE. UU. era un presupuesto inamovible que el régimen iraquí suponía una grave amenaza y un peligro inminente contra la seguridad de las naciones libres al no someterse en los términos que él entendía, al dictado del Consejo. La existencia de las armas de destrucción masiva y su alianza con la red terrorista Al Qaeda (tampoco se ha demostrado que existiera durante el régimen de Saddam Hussein<sup>18</sup>) eran consecuencias necesarias de su actitud desobediente, de aquí derivaba una presunción *iuris et de iure* de culpabilidad (culpable de posesión de esas temidas armas con la intención de usarlas contra las naciones pacíficas y de cooperar con la red terrorista de Bin Laden), y por ello, debía asumirse como evidente y operar como si fueran reales tales circunstancias.

En un contexto intelectualmente análogo, surge la propuesta de Hobbes de las invasiones preventivas: "No hay para el hombre más forma razonable de resguardarse de esta inseguridad mutua que la anticipación; esto es, dominar, por fuerza o astucia, a tantos hombres como pueda hasta el punto de no ver otro poder lo bastante grande como para ponerle en peligro. Y no es más que lo que su propia conservación requiere, y lo generalmente admitido. También porque habiendo algunos, que complaciéndose en contemplar su propio poder en los actos de conquista, los llevan más lejos de lo que su seguridad requeriría, si

otros, que de otra manera se contentarían con permanecer tranquilos dentro de límites modestos, no incrementasen su poder por medio de la invasión, no serían capaces de subsistir largo tiempo permaneciendo sólo a la defensiva. Y, en consecuencia, siendo tal aumento del dominio sobre hombres necesario para la conservación de un hombre, debiera serle permitido"<sup>19</sup>. Quienes deben hacer la guerra son esos "pacíficos originarios" (los que se contentarían en sus modestos límites) que deben subyugar a los otros, quienes poseyendo una malicia connatural a la situación del Estado de naturaleza (donde no hay o no se acepta un poder que someta) son sus enemigos absolutos, por el simple hecho de existir sin aceptar el yugo del Leviathan. De ahí el imperativo de hacer la guerra de anticipación, como un modo de resguardarse del futuro ataque que los otros pueden estar interiormente planeando.

Este esquema sucinto de la guerra anticipatoria está en conexión con una serie de supuestos que explica en su obra y que le otorgan inteligibilidad, así como una pretensión de justificación del mismo.

El primero de los supuestos es el de los móviles de la acción en algunos tipos humanos, cuando habla de que hay algunos (los que presenta como malos) que se complacen en contemplar su propio poder en los actos de conquista. Hay que advertir que esto no consiste necesariamente en estar practicando realmente "actos de conquista", sino en complacerse en contemplar esos actos de dominio. Por tanto, es también la capacidad de imaginación o fantasía del enemigo lo que lo convierte en peligro para los demás, y no sólo la realización actual de esos actos, sin ello, no

<sup>18</sup> Tras la captura de Saddam Hussein, el 13 de diciembre de 2003, se anunció que en los interrogatorios se estaba indagando su conexión o apoyo a la red Al Qaeda. No deja de resultar paradójico que se trate de probar ahora algo que ya se había dado por probado *ex ante* como una de las principales causas justificatorias de la guerra.

<sup>19</sup> *Leviatán*, op. cit., pp. 223-224.



tendría sentido hablar de anticipación. Esta imaginación, para Hobbes, es fruto del deseo ilimitado del dominio propio de las personas y, por tanto, un postulado de su construcción teórica sobre los móviles y el comportamiento de los seres humanos. Aunque existen grados en esas pasiones (lo que dará lugar a diversos tipos humanos), "las pasiones que fundamentalmente causan las diferencias de talento son principalmente el mayor o menor deseo de poder, de riquezas, de conocimiento y de honor. Todas las cuales pueden reducirse a la primera, que es el deseo de poder. Pues las riquezas, el conocimiento y el honor no son sino varias clases de poder. Y por tanto, un hombre que no tiene gran pasión por ninguna de estas cosas, sino que es, como dicen los hombres, indiferente, aunque pueda ser un buen hombre en la medida en que no ofende a nadie, no podrá sin embargo poseer una gran fantasía, ni mucho juicio, pues los pensamientos son para las pasiones como los exploradores y espías dispuestos al exterior de sus fronteras para encontrar el camino hacia las cosas deseadas, de donde procede toda firmeza del movimiento de la mente y toda su rapidez. Pues no tener deseo es estar muerto, tal como tener pasiones débiles es torpeza"<sup>20</sup>.

Estos móviles se articulan de modo diverso según los sujetos. Hay unos locos que al tener un deseo de poder exacerbado, generan ellos mismos inseguridad para sí y para los demás, lo que exige la anticipación de los otros. Este extremo es el de la locura: "tener pasiones más fuertes y vehementes por cualquier cosa que lo que ordinariamente se ve en otros, es lo que los hombres llaman locura"<sup>21</sup>. Pero estas pa-

siones que generan una diferencia en los talentos la explica Hobbes no sólo en razón de la diversa constitución corporal (lo cual da lugar a diversos talentos dentro de una sociedad), sino también de las diversas pautas de socialización y educación ("de la diferencia en costumbres y educación"). De esto se puede derivar un juicio ontológico de peligrosidad entre las distintas culturas y sociedades que justifica la anticipación o la invasión de otras sociedades (locas o violentas en extremo por sus costumbres o educación). Ésta es una de las causas de las guerras entre pueblos: "Puede quizás pensarse que jamás hubo tal tiempo ni tal situación de guerra; y yo creo que nunca fue generalmente así, en todo el mundo. Pero hay muchos lugares donde viven así hoy. Pues las gentes salvajes de América, con la excepción del gobierno de pequeñas familias, cuya concordia depende de la natural lujuria, no tienen gobierno alguno; y viven hoy en día de la brutal manera que antes he dicho"<sup>22</sup>.

De la disposición de las pasiones surge un complejo equilibrio. No tener apenas pasiones o deseos, es igual a torpeza, incapacidad e inseguridad. Tener pasiones fuertes, un "fuerte deseo de poder", genera inteligencia, capacidad de anticipación en la lucha, búsqueda de seguridad. Tener pasiones vehementes, conduce a la locura, donde se pierde el sentido de la realidad, y por ello, se ponen en peligro el propio poder y la propia vida. En este límite extremo, surge el límite del poder despótico, aquél que tiene un deseo fuerte de dominación y no conoce otras restricciones (legales, éticas, empíricas...) que la cantidad de poder que pueda concentrar, y que lo despliega buscando preservar y no poner en peligro el

<sup>20</sup> *Leviatán, op. cit.*, pp. 176-177.  
<sup>21</sup> *Leviatán, op. cit.*, p. 177.

<sup>22</sup> *Leviatán, op. cit.*, p. 226.



propio poder. Por tanto, cuando crea que está en superioridad y no pelagra su poder, atacará.

Ahora bien, entre el poder despótico y la locura hay una invisible línea, que no se puede saber de antemano cuando se traspasa. Como la garantía del éxito de la operación depende de que se tenga un conocimiento perfecto de las fuerzas del enemigo, de la capacidad real de las propias, de la situación del campo de batalla y de las consecuencias que se generen en el contexto con las acciones desplegadas, este conocimiento absoluto, no es humanamente posible. De ahí que un ataque "estratégicamente inteligente" por los riesgos asumidos en realidad puede devenir un "ataque loco", que genere más inseguridad para sí mismo y su bloque estratégico, que la seguridad que pretendidamente se quería alcanzar. Toda la inteligencia militar que se sea capaz de concentrar por los servicios de información y de espionaje, apoyados en los avances tecnológicos de la guerra que, por ejemplo, en la actualidad posee Estados Unidos y que le darían supuestamente una ventaja comparativa sobre fuerzas enemigas, no es capaz de asegurar el conocimiento perfecto para tomar una decisión estratégica inteligente. La inteligencia militar no puede sustituir con éxito a la sabiduría humana en la elaboración de criterios prácticos para la convivencia. La racionalidad estratégica no es suficiente para asegurar una actuación realista ni buena.

El segundo de los supuestos, para nuestra consideración en este momento, es la calificación de los hombres buenos (los tranquilos) que no ofenden a nadie porque son "indiferentes" ante los bienes apetecibles por el deseo humano, y que serían esos que denomino "pacíficos originarios" y que quisieran permanecer en sus

modestos límites, pero que deben anticiparse. Ahora bien, aquí Hobbes muestra una contradicción interna en su planteamiento, pues la inteligencia, el "movimiento de la mente y toda su rapidez" penden de que sean excitados por el deseo. Entonces no se puede explicar cómo estos seres buenos, torpes y lentos (es decir, sin apenas capacidad de imaginación), se imaginan lo que los otros "malos" están fantaseando para atacarlos, puedan darse cuenta de la situación de peligro en la que están y anticiparse a los hábiles y rápidos, que será lo que deben hacer, como después nos dirá, para preservar su seguridad y sus bienes. En realidad, Hobbes hábilmente tergiversa el punto de partida para poder justificar éticamente su posición. Pues él sabe, que en realidad son los "hombres malos" (*a sensu contrario*, en la medida en que sí ofenden a otros), quienes tienen la iniciativa para extender la dominación más allá de sus límites (guerra de conquista, que él presenta como defensa anticipatoria). Por ello, Hobbes hace gala de una posición cínica e ideologizadora, pues sabe que quienes reuniendo más poder pretenden dominar el mundo, no son los más pacíficos, sino precisamente los más violentos; pero al asimilar en última instancia fuerza con legalidad y legitimidad, estos "malos" son para él "buenos". Aunque no son esos buenos indiferentes que no causan daño a nadie. Esos "buenos" del sentido común son también para él los "tontos" del sentido común, es decir, aquéllos que no tienen la inteligencia maliciosa para darse cuenta de los riesgos y peligros que acechan la vida y actúan en consecuencia.

Pero si presentara el punto de partida real que él asume, se haría evidente que realmente quienes ponen en peligro la vida de los demás son los que pretenden



dominar el mundo, y en su virtud, tienen (o pretenden tener) la capacidad para imponer sus reglas al mismo. Entonces, el enemigo de la humanidad sería quien tiene la "necesidad" de imponer unilateralmente su dominio a los demás y dictar las reglas, y no sólo unos locos violentos, que pueden ser combatidos y reducidos por el poder establecido. Con ello, su planteamiento perdería su capacidad de tergiversación ideológica. Igualmente, la mayor potencia militar del mundo, la que tiene una mayor capacidad mortífera y destructora, se presenta a sí misma frente al mundo como líder de los "buenos" o del "eje del bien". Ni siquiera el Estado que reúne el mayor poder de coacción del mundo, puede prescindir de la ideología en el sustento de su poder.

El tercero de los supuestos es que en todo tiempo "en que los hombres viven sin un poder común que los obligue, están en aquella condición que se llama guerra". Para completar su planteamiento tiene igualmente que transformar tanto la idea de guerra como la idea de paz. ¿Cuál es la naturaleza de la guerra?, "la guerra no consiste en el hecho de la lucha, sino en la disposición conocida hacia ella, durante todo el tiempo en que no hay seguridad. De lo contrario, todo otro tiempo es de paz"<sup>23</sup>. La guerra, que para el sentido común (el mismo que reconoce Hobbes) consiste en actos de lucha, al ser la disposición hacia la lucha, subsume así el llamado tiempo de paz. Allí donde no se practican las hostilidades bélicas, que sería el tiempo de paz, es igualmente tiempo de guerra. Todo tiempo de paz es tiempo de guerra y toda guerra no es sino camino a la paz (sometimiento al poder para Hobbes). Todo tiempo extraordinario o excepcional pasa a ser ordinario o

normal; y todo tiempo sin hostilidades pasa a ser excepcional.

A partir de este esquema, se puede producir una universalización de la guerra como mecanismo para asegurar la paz y la seguridad, y una inversión de la condición de los pacíficos. ¿Quiénes son en el fondo los más "pacifistas"? Quienes con más poder y fuerza despliegan la guerra para llegar al sometimiento absoluto del otro. Mientras más guerra se practique, con más ahínco se persigue la paz. Si no hay guerra, entonces no hay esperanza de paz bajo el yugo liberador del Leviathan.

En este modelo hay sólo dos extremos, y una sola respuesta lícita a la pregunta radical desde la simplificación del escenario: ¿en qué bando está uno situado? El criterio para saberlo consiste en examinar si hay una renuncia a tener un propio criterio desde el que evaluar al propio poder y a discrepar de la pertinencia y licitud de los medios despóticos<sup>24</sup> para conseguir el fin de la paz.

Por ello, Hobbes defiende que debe permitírsele a quien procura su seguridad, "el derecho de usar todos los medios y realizar todos los actos posibles, sin los cuales no puede preservarse a sí mismo"<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Aquellos que no conocen límites legales, éticos o humanitarios, para alcanzar su objetivo.

<sup>25</sup> *De Cive. Elementos filosóficos sobre el ciudadano* (1642), ed. y trad. C. Mellizo, Alianza, Madrid, 2000, p. 60. En *Leviatán* señala, "puesto que el fin de esta institución [del soberano] es la paz y defensa de todos, y que quien tiene derecho al fin tiene derecho a los medios, pertenece por derecho al hombre o asamblea con soberanía ser juez tanto para los medios de paz como para los de defensa, y también en los obstáculos y perturbaciones de esto mismo, y hacer todo cuanto considere necesario hacer de antemano para la preservación de la paz y la seguridad.

<sup>23</sup> *Leviatán, op. cit.*, p. 225.



Ahora bien, perdería su eficacia este derecho si además no fuera acompañado de otro requisito: "el que los medios a usar<sup>26</sup> y la acción a realizar por un hombre sean o no sean necesarios para la preservación de su vida y de sus miembros es algo sobre lo que él, por derecho natural, debe decidir"<sup>27</sup>. La persona del Leviathan, quien ejerce el poder de hacer la guerra, asume ese atributo del Estado de naturaleza<sup>28</sup>, "el derecho de la espada no es otra cosa que el poder de usar la espada según la voluntad del que manda, de ello se sigue que juzgar acerca de su uso correcto pertenece también a la misma persona"<sup>29</sup>.

temiendo la discordia en casa y la hostilidad del exterior; o, una vez perdidas la paz y la seguridad, para la recuperación de esto mismo. Y, en consecuencia, juzgar cuáles son las opiniones y doctrinas adversas, y cuáles conducen a la paz y, por consiguiente, determinar además en qué ocasiones, hasta dónde y sobre qué se permitirá hablar a los hombres a multitudes de personas", *op. cit.*, p. 272.

<sup>26</sup> En la guerra se disuelve el "paradigma legalista" y las constricciones morales: "las nociones de bien y de mal, justicia e injusticia, no tienen allí lugar. Donde no hay ley no hay injusticia. La fuerza y el fraude son en la guerra las dos virtudes cardinales" (*Leviatán, op. cit.*, pp. 226-227).

<sup>27</sup> *De Cive, op. cit.*, pp. 60-61.

<sup>28</sup> Y habría que decir, que para esta interpretación extremista que practica la política exterior norteamericana, la ONU no salva todavía con plenas garantías el Estado de naturaleza en la interrelación en el ámbito internacional, por lo que debe ser reivindicado este derecho de autodefensa que tiene plena soberanía en el juicio de la amenaza y en la elección y adopción de medios pertinentes para su defensa, más allá de las regulaciones que existan sobre el *ius ad bello* y sobre el *ius in bellum*. Esta línea expresa incluso la reserva del "derecho" de usar armas nucleares contra los enemigos de EE. UU. (también Reino Unido se ha reservado ese derecho en su política exterior).

<sup>29</sup> *De Cive, op. cit.*, p. 126.

Los pacifistas, que también anhelan la paz (como los belicistas) y que, en cambio, denuncian la guerra y pretenden que se pueden articular otras formas de relación interhumana no basadas en la total sumisión, serían los colaboradores objetivos de la malicia humana. Hobbes nos recuerda, "en vano reverencian la paz en su propio país quienes no pueden defenderse contra los extranjeros; y es imposible que puedan protegerse contra los extranjeros aquellos cuyas fuerzas no están unidas"<sup>30</sup>. Esta "defensa" incluye la invasión preventiva, da derecho a usar "todos los medios" y quien ejerce y lidera el poder de la espada, es la única instancia que puede juzgar acerca de la corrección de los medios empleados, para que no se quebrante la unidad<sup>31</sup> de la fuerza. *Tertium genus non datur*.

<sup>30</sup> *Cf. De Cive, op. cit.*, p. 125.

<sup>31</sup> Aunque el poder se pueda ejercer despoticamente en contra de la voluntad mayoritaria de sus representados en las sociedades democráticas (como muestra el caso reciente de la contestación y aún oposición de una mayoría de la ciudadanía que rechazaba la guerra contra Iraq, por ejemplo, en el caso de España), sin embargo, a pesar de que la voluntad del poder se pueda configurar desde sí misma y, por tanto, no siempre necesite contar con el apoyo y el consenso de la sociedad para llevar a cabo un programa de acción, este consenso no le es indiferente al poder. En el caso, por ejemplo, de España, se han intentado varias estrategias para superar la crisis del consenso en la guerra contra Iraq, aunque ninguna haya obtenido los resultados queridos. Se ha tratado de ningunear o minimizar la oposición (todos los que no iban a las manifestaciones estaban con el gobierno, se decía, aunque las encuestas de opinión pública no le diera la razón al gobierno); se ha intentado estigmatizar la oposición como expresión de connivencia o de apoyo a la violencia terrorista; se ha intentado cooptar el espíritu de construcción pacífica reivindicado en las calles, tratando de señalar que el Gobierno compartía los



Cuando se proyecta el *homo hominis lupus*, hay una construcción social, no sólo de los enemigos, sino de la misma imposibilidad de relaciones interhumanas pacíficas y cooperadoras. Y lo que se construye no sólo es un programa intencional sino que a partir del mismo se orientan las prácticas que producen su eficacia *in re*. Entonces, la realidad social parece dar la razón a quienes han postulado ese constructo como descripción de la realidad, y nos encontramos *verificado* lo que se ha proyectado. Así, por ejemplo, si se hace la guerra a otro país, y se trata a su gente como *subespecie* terrorista, se consigue reproducir aquello que se pretende supuestamente anular. El terrorismo que se combatía, al hacerlo con sus propios métodos (acciones muchas veces indiscriminadas con destrucción masiva de población civil y de sus medios de subsistencia), reproduce lo que pretendía eliminar. Al lobo que se combate con una ferocidad mayor e indiscriminada, le parecen seguir otros muchos, lo cual se enfrenta nuevamente con un incremento de la violencia aplicada. Entonces, el esquema proyectado revela toda su veracidad destructora. Sin embargo, este esquema sigue siendo prisionero de sí mismo. En este sentido, continúa siendo perfectamente tautológico, pues no se accede a nada nuevo sino a verificarse a sí mismo. No hay ninguna novedad *in re* que no sea conformación de lo real a partir de sí mismo. Con ello, tampoco hay ninguna posibilidad de novedad histórica ni de ruptura con las experiencias sociales de confrontación destructora.

---

mismos valores de pacifismo y solidaridad; por último, se ha apelado a la legitimación de origen democrático del poder para practicar políticas contestadas por la mayoría de la ciudadanía.

## 2.2. Razones para las guerras religiosas y culturales

Presentaré ahora algunos esquemas de confrontación que surgen a partir de algunas tensiones, que en el marco de la interacción y de las relaciones de poder entre las culturas que en el contexto de la sociedad global, se dan entre la ética política y la religión. Primero, abordaré la lucha que tras un lenguaje secularizado se enfrenta teológicamente con algunas expresiones religiosas, para tratar de legitimar la guerra contra el llamado fundamentalismo islámico, y que está como trasunto, entre otras, de la guerra de Estados Unidos contra el régimen talibán de Afganistán<sup>32</sup>; y segundo, las luchas o guerras culturales que la civilización superior debe desplegar contra las inferiores. También aquí abordo dos fenómenos conexos que están dentro de un mismo afán de dominio, pero que se expresan con diversos lenguajes, y que proyectan un mismo prejuicio cultural, a saber, que dada la superioridad de una formación cultural como la occidental, ésta tiene no sólo el derecho de corregir los aspectos más disfuncionales y violentos de otras formaciones culturales, sino también el mandato de sustituir en su globalidad a esas otras civilizaciones, cuya propia lógica cultural aboca a esas expresiones de violencia. Una vez más, la cuestión no es simplemente el rechazo de la violencia de la barbarie, con lo cual también estaría de acuerdo si no se confrontaran esos fenómenos con igual o mayor violencia y

---

<sup>32</sup> Guerra que comenzó a las pocas semanas del 11 de septiembre de 2001, y que todavía, en diciembre de 2003, sigue abierta y produciendo muertes de civiles afganos por los ataques de las tropas aliadas.



destruibilidad, sino el rechazo también del uso de medios desproporcionados para superar la barbarie violenta, que nos expone al desarrollo de una espiral de destrucción y deshumanización entre sujetos, religiones y culturas.

### 2.2.1. De las razones religiosas para la guerra justa contra el fundamentalismo

Según una visión bastante común de los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001, en ellos se estaría revelando la barbarie de la amenaza terrorista proveniente del fundamentalismo islámico que pretendería destruir no sólo una nación o un imperio, sino en última instancia la forma superior de civilización que han creado los seres humanos, la civilización moderna occidental; por eso, frente a ello habría que alinearse, o mejor, "alistarse" en el único bando posible y legítimo. Es el planteamiento de los "fukuyama" y los "huntington" del sistema.

Una visión de este tipo es la que se plantea en *La carta de América. Razones de una intervención*<sup>33</sup>, donde sesenta intelectuales de Estados Unidos tratan de aportar el juicio ético y racional en ese escenario

<sup>33</sup> What We're Fighting For, febrero de 2002, del Institute of American Values, [http://www.propositionsonline.com/html/fighting\\_for.html](http://www.propositionsonline.com/html/fighting_for.html). Citaré aquí la traducción ofrecida por el diario *Offnews info*, Buenos Aires, 10 de marzo. Entre los firmantes de la carta se encuentran, Francis Fukuyama, Samuel Huntington, Michael Walzer, Michael Novak... Incluso desde otro planteamiento y sin ser firmante, como el caso de Richard Rorty, el cual se sitúa en una posición de una cierta pasividad indolente frente a la diferencia de otras culturas a las que considera irreductibles por medio de una discusión racional para comprender las virtudes de los valores de la sociedad norteamericana;

de confrontación que justificaría y obligaría a desplegar toda la fuerza bélica de que se sea capaz para eliminar la amenaza del mal que quiere acabar con la civilización humana. La agresión es interpretada como una grave amenaza para todos, no sólo para los directamente ofendidos, y el combate no es sólo para defenderse sino también para "defender los principios del hombre y de la dignidad humana"<sup>34</sup>. Es decir, no se trata en último término de defender a una parte de la población humana, sino de luchar por principios y valores ético-políticos universales que serían los de la sociedad norteamericana; tales como la dignidad humana por la que todo ser humano ha de ser tratado como un fin y no como un medio; como la igualdad entre todos los seres humanos; la libertad de culto y de opinión; y la condena del acto de "matar en nombre de Dios".

Es de destacar, que desde una supuesta posición intelectual secularizada se pretende, a su vez, erigirse en juzgadores de la corrección teológica de ciertas interpretaciones culturalmente atrasadas: "matar en nombre de Dios es contrario a la fe en Dios. Es la mayor traición posible a la universalidad de la fe religiosa". Llama la atención que esta tesis teológica no es

na; también podría sumarse a este frente de lucha (cf. R. Rorty, "Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad", en *De los derechos humanos. Las conferencias de Word Amnesty de 1993*, Trotta, Madrid, 1998).

<sup>34</sup> Cf. J. Álvarez Dorronsoro, *La carta de América. Razones de una intervención*. Ahora bien, como indica este autor, lo que no se discute es si se trata de un problema de "conflicto de valores" o si se trata también de conflictos que surgen en respuesta a acciones y conductas individuales y colectivas.

Sobre esta carta, ver también "La guerra ideológica" de J. Vidal-Beneyto, *El País*, 16 de febrero de 2002.



expresada por ningún "parlamento de las religiones", sino por intelectuales que se sitúan en una perspectiva "laica". Ahora bien, tras esa afirmación con la que estarían de acuerdo la inmensa mayoría de los creyentes de las religiones actuales, y tras negar en coherencia la licitud de una "guerra santa o cruzada", porque implica "la negación misma de la fe religiosa, ya que transforma a Dios en un ídolo al servicio de los designios humanos"; en cambio, sostiene la licitud y el deber de hacer la guerra contra Afganistán para eliminar a los talibanes en nombre de una "guerra justa": "sucede que en ciertas circunstancias la guerra no sea sólo moralmente permitida sino hasta necesaria para responder a las ignominiosas demostraciones de violencia, de odio y de injusticia. Esto es lo que hoy sucede".

Como resultado tenemos lo siguiente: la sociedad norteamericana, como portadora de una civilización universal, no puede tolerar la violencia que proviene de una interpretación cultural atrasada (que no habría secularizado las relaciones religión/Estado-sociedad civil) y pretende aniquilar los valores universales de la dignidad humana en nombre de Dios y de la defensa de un régimen teocrático y, por tanto, afirma la justicia de matar a aquellos que quieren matar en nombre de Dios. Por tanto, se vuelve a incurrir en la posición de una guerra justa, que se presenta y justifica ahora como una guerra en nombre de la verdadera religión (la religión que racionalmente podría asumirse), y por ello esta guerra justa tiene también la dimensión de una guerra santa. Desde este planteamiento, se prohíbe matar en nombre de Dios, y se ordena matar a aquellos que matan o quisieran matar en nombre de Dios. Es decir, para acabar con aquellos que convierten a Dios en ídolo al servicio de sus

propios designios, Dios, nuevamente, tiene que convertirse en ídolo que permitiría justificar los deseos de quienes tienen que destruir a los ídolos.

Otra justificación de la guerra, desde un trasfondo análogo y que resulta especialmente relevante, es la posición de Francis Fukuyama en sus recientes trabajos, en los que viene a reforzar las grandes líneas de la carta de América, en lo que entiendo que no se trata meramente de una interpretación ético-política sino del exponente intelectual de un posicionamiento político de carácter hegemónico que delimita el programa de acción y el marco de enjuiciamiento frente a otras sociedades no occidentales.

Para éste, la presente fase de conflicto expresaría la continuidad y profundización de un mismo proceso histórico: el "avance de la humanidad a lo largo de los siglos hacia la modernidad, caracterizada por instituciones como la democracia liberal y el capitalismo"<sup>35</sup>. Esta es la fuerza primordial de la historia humana, la fuerza de la universalización inscrita en la propia lógica de la modernidad, que "es un poderoso tren de mercancías que no descarrilará por los acontecimientos recientes (...) La democracia y los mercados libres seguirán expandiéndose a lo largo del tiempo como los principios dominantes de la organización del mundo". En este sentido, según Fukuyama, seguimos en el fin de la historia.

Ahora bien, trata de destacar en su análisis también el peso del factor cultural y religioso en el desarrollo de las sociedades y su papel en el conflicto entre ellas, haciéndose eco del "éxito" mediático de la interpretación de Huntington acerca del origen y

<sup>35</sup> F. Fukuyama, "Seguimos en el fin de la historia", *El País*, España, 21 de octubre de 2001.



de la dinámica de los conflictos sociales y su dependencia de la matriz cultural y, en última instancia, del tipo de religión que esté en su base. La modernidad tiene una base cultural, y donde mejor funciona es en las sociedades que han secularizado una cierta idea religiosa de base cristiana: "no es casualidad que la democracia liberal moderna surgiera primero en el Occidente cristiano, dado que la universalidad de los derechos democráticos se puede interpretar muchas veces como una forma secular de la universalidad cristiana"<sup>36</sup>. Pero dado ya ese proceso en siglos anteriores<sup>37</sup>, esos valores han ido siendo asumidos en otras formaciones culturales y religiosas, salvo el caso del Islam que es "el único sistema cultural que parece producir con regularidad gente como Osama Bin Laden o los talibanes, rechaza[ndo] de pies a cabeza la modernidad". El rechazo y odio hacia lo occidental nacerían del resentimiento hacia el éxito de Occidente y el fracaso musulmán. Pero ello no es una situación que parece abocar a un conflicto sin fin, sino a una fase coyuntural que será superada por Occidente, puesto que el choque se compone de una serie de acciones de retaguardia, provenientes de sociedades cuya existencia tradicional está amenazada por la modernización y, a su vez, por su componente moral: el respeto por los derechos humanos<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> *Ib.*

<sup>37</sup> F. Fukuyama, "No hay choque de civilizaciones", *La Nación*, Argentina, noviembre de 2001.

<sup>38</sup> *Id.*, "Seguimos en el fin de la historia"; *Id.*, "No hay choque de civilizaciones". Para Fukuyama, en este contexto se mostraría la superioridad intrínseca de los valores sociales del bloque occidental liberal, lo que determinaría su incontestable e indudable triunfo histórico y, por tanto, esa lucha tendría un final seguro y cercano.

La causa del conflicto para Fukuyama, entonces, sería el fracaso o la dificultad en dar el paso hacia la secularización de la vida social, la transición de una sociedad teocéntrica a una antropocéntrica, el paso de tratar de fundamentar el orden social y político en la autoridad divina o en la propia naturaleza humana, como según Fukuyama hiciera John Locke en tanto que autor decisivo para la formación de la tradición liberal democrática. La ausencia de laicismo, parece ser hoy, "la principal línea divisoria entre el Islam y el Occidente".

Así las cosas, el conflicto en la presente fase se polarizaría entre la defensa de la racionalidad y la justicia que se atribuyen unilateralmente *in toto* a la civilización moderna occidental frente a la barbarie a que pueden dar lugar otras formaciones culturales como las sociedades islámicas, en tanto que no se den las formas superiores de racionalidad que se despliegan en las primeras, debido a sus atavismos, a la ausencia de un proceso de modernización y de secularización de la vida social, con el consiguiente desprecio o el sometimiento de la dignidad de la persona humana frente a las exigencias de defensa del sistema social y religioso.

De ahí que la civilización occidental, dada su superioridad, está en lucha por su universalización, que para Fukuyama sería una lucha con final victorioso (aunque "la transición a la modernidad *al estilo occidental* puede ser larga y dolorosa"<sup>39</sup>).

En esta línea, y pese a las diferencias y pugnas dialécticas desplegadas entre Fukuyama y Samuel Huntington, considero que existe una profunda continuidad en el planteamiento de ambos autores, para quienes en última instancia, la única

<sup>39</sup> *Ib.* Subrayado mio.



forma de relación entre el bloque occidental y el resto de formaciones culturales o civilizaciones es la violencia de los conflictos bélicos o la aniquilación de otras formas culturales que sucumben ante la superioridad civilizatoria occidental. Mientras exista diversidad, estaría abierto el frente de batalla. Para Huntington, el triunfo final de la hegemonía occidental parece más un proceso agónico permanente, pues señala que "las líneas de ruptura entre civilizaciones serán los frentes de batalla del futuro" (...) "Occidente, en la cúspide de su poder, enfrenta al no Occidente, cuyos anhelos de dar al mundo formas no occidentales, junto con la voluntad y recursos para conseguirlo son cada vez mayores", por ello el eje primordial de la política mundial serán las relaciones entre "Occidente y el resto del mundo". Esta conflictividad permanente y estructural exige que "Occidente mantenga el poderío económico y militar necesario para proteger sus intereses respecto de estas civilizaciones"<sup>40</sup>. En ambos autores, la lucha por la hegemonía de Occidente es la forma connatural de relacionarse y de "comunicarse" con el resto de pueblos y de tradiciones.

Estos análisis y razonamientos reflejan, a mi juicio, la perspectiva de quienes detentan más poder en el escenario global de confrontación. Planteada así la situación, habría un conflicto entre la racionalidad y la justicia que deberían predicarse de la civilización cristiana occidental y la sinrazón y dominación que se derivan de esa religión y cultura de base islámica.

<sup>40</sup> "¿Choque de civilizaciones?", en *Foreign Affairs*, ed. castellana, 1993; también continúa la interpretación anterior remarcando esa polarización mundial en *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, Paldós, Barcelona, 1997.

## 2.2.2. De las razones para la guerra cultural: ¿Civilización frente a barbarie?

La pregunta que habría que despejar es si realmente en esta situación hay un conflicto entre religiones (o la base religiosa de la civilización), al menos entre el Islam, que produciría el fundamentalismo religioso frente a la religión cristiana occidental con su capacidad para permitir espacios para la tolerancia y para el respeto de la dignidad humana, o hay un conflicto entre la cultura moderna secularizada y antropocéntrica frente a las culturas teocráticas. ¿De parte de quién estaría la razón? La respuesta, a mi juicio, no puede ser el simple decantamiento por una opción, ya dado de antemano en la propia formulación del problema, si no más bien tratar de salir de un escenario de lucha a muerte, el cual se prosigue y amplifica por medio de los propios intelectuales. Si se pretende tener algún grado de lucidez acerca de la situación actual, hay que intentar desmarcarse de una discusión polarizada y maniquea para tratar de alzarse desde una perspectiva inclusiva, "en la que puedan vivir todos", en el fondo tratar de recuperar lo humano en una situación de mutua agresividad aniquiladora entre las dos posiciones. Por ello, mientras se plantee la discusión como defensa de la totalidad de un sistema social frente a lo que parece que representaría su negación histórica, no cabe posibilidad de discusión racional y de discernimiento ético del orden social. Sería un planteamiento de alineamiento bélico entre el bien y el mal, o se está conmigo (en su totalidad) o se está contra mí. Señala un refrán popular, que si te dan a elegir entre dos caminos, elige el tercero. Ese tercero, hoy, es negado y deslegitimado como una forma de cooperación y complicidad con la barbarie.



Y, sin embargo, creo que es la única salida a la destructividad de la situación y no un alineamiento con ningún mal.

Volviendo a la pregunta anterior es posible considerar, ¿es siempre el cristianismo una religión en sí misma "buena", y el Islam "mala"? o expresado con términos más actuales, ¿el fundamentalismo está en el Islam y el cristianismo siempre está a favor del ser humano?

Esta forma de preguntarse por la esencia ética de la religión toma el hecho religioso como si de un producto invariable se tratara, como algo con cuyo contacto los sujetos se vieran siempre mecánicamente abocados a reproducir un único sentido del mismo. Se niegan la historicidad y la contextualidad constitutivas de la religión en tanto que hecho humano. Este hecho cobra diversos sentidos según los contextos en los que se va actualizando, y los sujetos que viven y recrean esta dimensión humana van resignificando la tradición en la que pretenden insertarse. No se trata de ningún problema de relativismo, sino de la apertura que estas tradiciones tienen y, por tanto, de la complejidad y pluralidad de formas y de interpretaciones que van cobrando a lo largo de la historia humana.

Para tratar de esbozar una respuesta a la pregunta anterior puedo tomar, por ejemplo, las palabras de Bin Laden ante el 11 de septiembre, que bien podrían parecer una transposición actual de la agresividad cristiana desplegada en las cruzadas<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> Considero para ello las siguientes citas de un ensayo de Franz Hinkelammert sobre esta cuestión, "La caída de las Torres", en *Revista Pasos*, nº 98, DEI, Costa Rica, noviembre-diciembre de 2001. En un sermón donde se llama a las cruzadas, Bernardo de Claraval menciona en el siglo XIII: "Mas los soldados de Cristo combaten confiados en las batallas del Señor, sin temor alguno a pecar por po-

Ahora bien, como ha señalado Franz Hinkelammert<sup>42</sup>, cualquier cristiano con algo de criterio siente rechazo frente al texto de Bernardo y al hecho de las cruzadas, como

nerse en peligro de muerte y por matar al enemigo. Para ellos, morir o matar por Cristo no implica criminalidad alguna y reporta una gran gloria. Además, consiguen dos cosas: muriendo sirven a Cristo, y matando, Cristo mismo se les entrega como premio. Él acepta gustosamente como una venganza la muerte del enemigo y más gustosamente aún se da como consuelo al soldado que muere por su causa. Es decir, el soldado de Cristo mata con seguridad de conciencia y muere con mayor seguridad aún. Si sucumbe, él sale ganador; y si vence, Cristo. *Por algo lleva la espada; es el agente de Dios, el ejecutor de su reprobación contra el malhechor.*

No peca como homicida, sino —diría yo— como malicida, el que mata al pecador para defender a los buenos. Es considerado como defensor de los cristianos y vengador de Cristo en los malhechores y cuando le matan, sabemos que no ha perecido, sino que ha llegado a su meta. La muerte que él causa es un beneficio para Cristo. Y cuando se la infieren a él, lo es para sí mismo. La muerte del pagano es una gloria para el cristiano, pues por ella es glorificado Cristo" (*Obras Completas de San Bernardo*, Herder, Madrid, 1983, 1, p. 503).

Por otra parte, un cronista árabe del siglo XIII indicaba lo que sigue sobre los cruzados cristianos: "Aquí el Islam está confrontado con un pueblo enamorado de la muerte... Celosamente imitan a aquel que adoran; desean morir por su sepulcro... Proceden con tanta impetuosidad, como las polillas de la noche vuelan a la luz" (según cita K. Dëshner, *Kirche und Krieg*, Stuttgart, 1970, p. 266). Y Bin Laden, en nuestros días, parece retomar esa posición del cristianismo cuando tras el atentado de las Torres Gemelas declaró: "Aquí está América golpeada por Dios Omnipotente en uno de sus órganos vitales, con sus más grandes edificios destruidos. Por la gracia de Dios... Dios ha bendecido a un grupo de vanguardia de los musulmanes, la primera línea del Islam, para destruir América. Dios les bendiga y asigne un supremo lugar en el cielo...".

<sup>42</sup> *ib.*, p. 42.



cualquier musulmán con criterio siente rechazo frente a la interpretación que los terroristas hacen del Islam y frente a los atentados terroristas. El texto de Bernardo muestra un disfraz cristiano de la agresividad del imperio medieval europeo en su afán de conquistar Oriente Medio en nombre de una cruzada e igualmente la religión de los terroristas es un disfraz islámico de su negación de la civilización dominante.

Por ello, como resultado la religión es completamente ambivalente. Desde un punto de vista ético, no puedo decantarme por las cualidades acerca de una religión de forma abstracta, descontextualizada y despersonalizada, por ejemplo, si hubiese siempre una religión "verdadera" y "buena" y otras su contrario. Por ello, en la religión tomada como algo separado de la experiencia humana no podríamos encontrar un criterio de discernimiento relevante sobre la misma al margen de la posición y disposición que adoptan los sujetos al tratar de vivir religiosamente<sup>43</sup>. De ahí que el criterio estaría en su respectividad con el ser humano<sup>44</sup>. Es decir, con el uso o manejo que

los sujetos hagan de la religión para la construcción de las relaciones entre los seres humanos, bien al servicio de lógicas sociales inclusivas y respetuosas o por el contrario para articular relaciones sociales de dominación y destrucción entre individuos.

Por ello, frente a Fukuyama o Huntington habría que señalar que la lectura, vivencia y práctica de una religión como el cristianismo o como el Islam no dependen simplemente de un problema de corrección teológica desvinculado de la eticidad propia que se despliega en toda manifestación religiosa, sino de su empleo al servicio de las lógicas de poder y de confrontación entre sujetos, o bien, de un uso emancipador de las mismas.

La otra parte de la pregunta que me hacía al inicio de este apartado era si, en el caso de que no fuera el conflicto estrictamente religioso, lo fuera entonces de carácter cultural. Es decir, sería el conflicto entre una cultura (buena), como la moderna occidental; avanzada, secularizada, respetuosa de la libertad y de los seres humanos, frente a otras, como la cultura islámica que no ha desarrollado suficientemente la separación entre la esfera religiosa y la social, es decir, como diría Fukuyama, su ausencia de "laicismo"<sup>45</sup>, que entorpecería el re-

<sup>43</sup> No se trata de un problema que dependa simplemente de los elementos fundantes de una tradición religiosa, sino de cómo esos elementos son vividos e interpretados en cada momento de su historia. Sería completamente ingenuo si para juzgar la "calidad moral de las religiones" se atendieran, por ejemplo, a sus textos fundacionales. La historia de las religiones es también la historia de la inversión ideológica de sus preceptos fundamentales. Del "no matarás", como precepto religioso, se ha derivado en no pocas ocasiones la obligación de matar en nombre de Dios. La libertad humana en relación con las instituciones religiosas es en buena medida lo que otorga la significación real e histórica de éstas.

<sup>44</sup> Tomo aquí el planteamiento de Zubiri en relación con la des-sustantivación que opera de los fenómenos morales y del mundo humanizado. No hay entidades

moralmente buenas "en sí", si no por la relación con el ser humano: "Todo bien y todo mal es bien o mal para alguien. Pero no son relativos. No se trata de relatividad sino de respectividad" (*Sobre el sentimiento y la volición*, Alianza Editorial-Fundación Zubiri, Madrid, 1992, p. 225).

<sup>45</sup> Como defiende Fukuyama, "Hobbes, Locke y Montesquieu respondieron a los horrores de la Guerra de los Treinta años, y otras contiendas, afirmando que era preciso separar la religión de la política para asegurar, ante todo y por sobre todo, la paz civil", "No hay choque de civilizaciones", *op. cit.*



conocimiento de los valores universales que están en la base de la cultura moderna.

Así la situación, volveríamos otra vez a estar decantados en una polaridad maniquea. Si queremos estar de parte de un programa cultural de base humanista frente a otra que permite desarrollar el fundamentalismo religioso, ya estaríamos supuestamente alineados para luchar desde la primera.

Siendo esto así, las culturas subalternas (por su relación con la cultura hegemónica en el orden mundial) tendrían ya un mandato imperativo de transformación conforme al proceso habido por parte de la cultura superior<sup>46</sup>. "La" cultura "buena" tiene la legitimidad para corregir o castigar a las culturas mal desarrolladas, de donde volvemos no ya a una situación de guerra entre religiones sino de guerra entre culturas<sup>47</sup>. Por ello no hay que decir, simplemente, que existen diversas posiciones legítimas confrontadas, sino realmente una jerarquización axiológica y racional que no permite escapar a la prelación entre el bien y el mal.

¿Cómo desarmar esta guerra cultural? Creo que hace falta volver a inventar una tercera opción que escape a la destructividad de las otras dos.

Por ello, es posible señalar, que del mismo modo que desde un punto de vista

ético, la religión es completamente ambivalente, también, la cultura, o mejor, las culturas son completamente ambivalentes; porque su significado lo generamos nosotros, si sirve para la guerra o sirve para la paz, para la reproducción de la vida o para la producción de la muerte. Se trata de un problema general del ser humano de su relación con las mediaciones institucionales, sean religiosas, culturales, legales o económicas, lo que va decidiendo la significación ética de las mismas. En este sentido, cuando estas mediaciones se absolutizan y operan como si estuvieran por encima de los seres humanos pueden destruirlo, porque se elimina "la vida humana concreta como fuente de discernimiento"<sup>48</sup>.

Ello supone que al igual que se ha operado la "desacralización" de la religión al centrar el criterio de su discernimiento en la subjetividad<sup>49</sup> del ser humano, también debemos operar una "desculturización" de la cultura<sup>50</sup>, que debe ser entendida no como algo sustantivo y dado que está más allá de los sujetos que son constituidos desde ella, para poderla entender como un

<sup>46</sup> Sobre este asunto, puede verse el interesante trabajo de R. Srinivasa en "Las perspectivas filosóficas de la asimetría cultural y los retos de la globalización", en R. Fomet-Betancourt (ed.), *Culturas y poder. Interacción y asimetría entre culturas en el contexto de globalización*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2003.

<sup>47</sup> Este parece ser uno de los temas fuertes de nuestro tiempo, que muchos siguen amplificando en la actualidad. Véase, v. gr., el número monográfico sobre las "guerras culturales" del ABC. *Cultural*, nº 538, mayo de 2002, Madrid.

<sup>48</sup> Cf. F. Hinkelammert, *El grito del sujeto. Del evangelio de Juan al perro-mundo de la globalización*, 2a. ed., DEI, San José, 1998.

<sup>49</sup> Como ha señalado Franz Hinkelammert, "la libertad humana no puede consistir en una relación del sujeto con las instituciones, en la cual el sujeto somete a éstas a sus condiciones de vida". *Crítica de la razón utópica*, 2a. ed. rev., Desclée de Brouwer, Bilbao, 2002, p. 306.

<sup>50</sup> Véase R. Fomet-Betancourt, "Interacción y asimetría entre las culturas en el contexto de la globalización. Una introducción", texto de la conferencia tenida en el IV Congreso Internacional de Filosofía Intercultural, celebrado en Bandolera, India, septiembre de 2001, y publicado en *Culturas y poder. Interacción y asimetría entre culturas en el contexto de la globalización*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2003.



proceso social complejo y ambiguo, abierto a la transformación y a la resignificación de las propias tradiciones desde los autores del proceso cultural: los seres humanos. Por ello la significación ética de una cultura depende de la posición y de la disposición que los sujetos adopten en sus prácticas con respecto a sus tradiciones culturales.

Desde lo anterior, se puede entonces plantear la cuestión de la supuesta bondad intrínseca de la cultura moderna, en tanto que defensora de la libertad y de la igual dignidad de los seres humanos frente a otras formas opresivas de cultura. El supuesto base que dotaría de superioridad a esta cultura y la hace expandirse e ir transformando otras culturas es su humanismo. Es la defensa del ser humano, que originalmente se interpreta como un legado religioso (propia de su tradición judeocristiana), pero que después se asumiría en una clave meramente moral y secularizada. En definitiva sería su "antropocentrismo" y la prohibición de matar (su rechazo a los sacrificios humanos) lo que la dota de fuerza y de universalidad, según se nos dice por la propia visión hegemónica acerca de la misma.

Sin embargo, no considero que ese sea el signo decisivo de lo que realmente esa modernidad ha desplegado en el mundo en su relación con otros pueblos en los últimos siglos. Ellacuría señalaba que desde los pueblos del tercer mundo se revelaba una "indignación hacia la modernidad"<sup>51</sup>.

<sup>51</sup> Si como postulaba Ellacuría se mira la realidad de la sociedad mundial desde las mayorías populares, se pone al descubierto realmente la función que los altos ideales de la modernidad jugarían en realidad en la configuración de la sociedad mundial. Y es que el Primer Mundo, desde la lógica que rige la sociedad global, no se dirige al Tercer Mundo, para

¿Por qué?, ¿es que estos otros pueblos están en contra de la emancipación humana de las diversas formas de opresión, es que son "antropófagos"?

Creo que no. La resistencia frente a la modernidad no es a la propuesta humanista que contendría, sino más bien a la larga historia de agresiones contra los diversos pueblos, en diversas épocas y regiones que se le pueden imputar a los "occidentales"<sup>52</sup>.

Todas esas agresiones se han hecho en cambio con la conciencia limpia y sin culpa de ningún tipo, antes bien, se presenta y se entiende a sí misma como portadora de salvación para la humanidad, siendo los pueblos sometidos los verdaderos

extender universalmente sus logros ético-políticos, para afirmar su compromiso con la "democracia" y los "derechos humanos". Detrás de estas generosas proposiciones, se encierra un proyecto económico y político muy distinto, el cual se observa cuando se mira fuera de sus fronteras, que es donde se está manifestando la realidad del proyecto que ideológicamente se dice tener. Y es que dentro de las sociedades desarrolladas, y en el mejor de los casos, se podrán generalizar estas propuestas, pero en cambio, no les interesa como valor universal. Por ello, tendrán que defender y asegurar estas "conquistas", manteniendo en la sociedad global una postura antidemocrática y el desconocimiento o violación de los derechos más básicos de las mayorías de la sociedad global. Para un análisis de esta cuestión, pueden verse de este autor: "Quinto Centenario de América Latina" (1989), *Cuadernos Cristianismo i justicia*, nº 31, 1991; "Utopía y profetismo" (1989), en *Mysterium Liberationis. Conceptos fundamentales de la Teología de la Liberación*, J. Sobrino e I. Ellacuría (eds.), Trotta, Madrid, 1990. Desde el reverso de esa lógica que se pretende triunfante, se evidencia, en cambio, el alto grado de violencia cultural, económica y ecológica a la que se ha sometido y se somete a otras sociedades.



responsables de su destrucción cultural, social, económica y ecológica<sup>53</sup>.

¿Cómo se ha operado ese proceso, cómo se pasaría de la defensa universal del ser humano a su negación, teniendo en su origen un carácter antisacrificial?

Como ha señalado Franz Hinkelammert, se ha operado un uso despótico de las instituciones de las que se predica que son absolutamente justas y racionales, y desde ellas se da la exigencia de dominar al mundo entero como si de fieras salvajes e irracionales se tratara<sup>54</sup>.

Esas instituciones sacrosantas de la modernidad, como no deja de recordarnos Fukuyama, son la democracia liberal y el respeto de los derechos humanos, de un lado, y la instauración del mercado libre o del capitalismo, del otro. En nombre de la racionalidad y de la justicia de unas instituciones superiores se ha desplegado a lo largo de los últimos siglos una voluntad de poder y dominación sobre diversos pueblos, culturas y sobre la propia naturaleza.

En la sociedad burguesa el derecho central que jerarquiza y regula al resto de derechos es el de propiedad. La persona, entendida como individuo, tiene el derecho a vivir en una sociedad burguesa, lo que implica, a su vez, que se le niegue cualquier derecho a vivir en otro tipo de sociedad. Vivir (en el supuesto de las culturas subalternas) o buscar (en el caso de los disconformes con esa jerarquización) una sociedad diferente a la burguesa, se transforma entonces en la negación del sistema de derechos humanos. Por tanto, la oposición

a la sociedad burguesa es considerada como una renuncia a la vigencia de los derechos, y los opositores a la misma son convertidos en enemigos absolutos sin derechos humanos reconocidos por la sociedad burguesa<sup>55</sup>. Con ello, esta sociedad reproduce el despotismo y la intolerancia, en contra de los cuales se levantó frente a la sociedad feudal<sup>56</sup>.

De igual forma, la imposición del "mercado libre" o "capitalismo", como institución suprema de la vida económica frente a la cual los seres humanos tienen una condición subalterna, conlleva formas de exclusión humana. El actual proceso de globalización neoliberal sólo permite reconocer, para que el mercado funcione sin distorsiones (sin límites éticos, sociales y ecológicos que alteren o restrinjan la propia dinámica del mercado), los derechos del propietario en el mercado. Con ello, se reconocen los derechos tanto a las personas jurídicas como a las personas naturales, de modo que la empresa aparece como sujeto de derechos humanos, con la tendencia a reducir los derechos humanos fundamentales a aquellos que sean compartidos por las mismas. Los derechos que se refieren a la satisfacción de las necesidades básicas o que se vinculan con el respeto a la naturaleza, son olvidados o

<sup>53</sup> Cf. F. Hinkelammert, "La inversión de los derechos humanos: el caso de John Locke", *El vuelo de Anteo. Crítica de la razón liberal*, J. Herrera (ed.), Desclée de Brouwer, Bilbao, 2000, pp. 80-81.

<sup>54</sup> *Ib.*, pp. 104-105.

<sup>55</sup> F. Hinkelammert, "La rebelión en la Tierra, rebelión en el Cielo: el ser humano como sujeto", en *Anuario Iberoamericano de Derechos Humanos (2001-2002)*, Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2002, p. 283.

<sup>56</sup> Como ha recordado este autor, "el colonialismo con sus destrucciones de todas las culturas no-burguesas, genocidios y etnocidios en el mundo entero, el trabajo forzado de siglos de esclavitud liberal, la guillotina de la revolución francesa y la masacre de la comuna de París forman un gran conjunto que atestiguan este despotismo e intolerancia de la cultura burguesa", *ib.*



directamente negados en cuanto entrarían en conflicto con el ámbito de acción de la "libertad de mercado", y por ello, pueden ser sacrificados<sup>57</sup>.

Si frente a otras sociedades y frente a los reformadores de la propia sociedad moderna se desató el fundamentalismo cultural que Occidente desplegó con el colonialismo y con la persecución de la disidencia, ahora con el sometimiento de la sociedad global a las leyes del mercado, se está generando una forma de "imperialismo económico"<sup>58</sup>, que es una forma de fundamentalismo del mercado<sup>59</sup>.

En estas condiciones, la única relación permitida a los individuos frente a las instituciones sociales es la del sometimiento ciego. Por ello, la justicia sólo es entendida como conformidad y cumplimiento de la legalidad que marca la sociedad de mercado. En este sentido, como define Friedrich Hayek, "la justicia no es, por supuesto, cuestión de los objetivos de una acción sino de su obediencia a las reglas a la que está sujeta"<sup>60</sup>.

Las reglas a las que se refiere Hayek son las leyes del mercado, el derecho de propiedad y la libertad contractual, lo cual constituye las "únicas reglas morales"<sup>61</sup>.

Portanto, lo que se hace en el mercado y se produce desde él es justo por sí mismo. Por ello no es posible una crítica del mismo en nombre de sus resultados, aunque genere condiciones de muerte para muchos seres humanos y para la propia naturaleza.

En esta sociedad, lo único que se permite es una racionalidad de tipo instrumental y fragmentaria, donde no se cuestiona la racionalidad de los fines ni la corrección de las consecuencias humanas o ecológicas de la actividad social, y que tiene como correlato una idea de justicia funcional a la reproducción de este tipo de orden social, por la cual la corrección de las acciones se evalúa por el cumplimiento estricto de las reglas impuestas por la racionalidad de mercado sin tener en cuenta razones de índole humanitaria o de factibilidad social como criterio de discernimiento de la justicia de las reglas.

Por ello, hace falta tratar de recuperar la defensa universal del ser humano más allá del tipo de racionalidad y justicia que impone la sociedad moderna y que conlleva la crisis del ser humano en nombre de la sociedad de mercado.

### 3. Más allá del arte de la guerra: la recuperación de los derechos humanos

Frente a la guerra en diversos subsistemas por la hegemonía total que está generando una crisis de las relaciones sociales en la sociedad global, necesitamos postular la igual dignidad de cualquier persona humana, como fundamento de la convivencia en la sociedad global, y con ello, postular también el horizonte ético de la democracia, que excluye la construcción y funcionamiento de un orden social que considera a los individuos, particularmente a

<sup>57</sup> F. Hinkelammert, "El proceso actual de globalización y los derechos humanos", en *El vuelo de Anteo*, op. cit.

<sup>58</sup> G. Tullock, "Economic Imperialism", en *Theory of Public Choice. Political Applications of Economics*, James Buchanan (ed.), Michigan, 1972.

<sup>59</sup> Cf. J. E. Stiglitz, *El malestar en la globalización*, Taurus, Madrid, 2002.

<sup>60</sup> F. A. Hayek, "El ideal democrático y la contención del poder", en *Estudios Públicos*, n° 1, Santiago de Chile, diciembre de 1980, p. 56. Cita tomada de F. Hinkelammert, *Crítica de la razón utópica*, op. cit.

<sup>61</sup> "Entrevista", *Mercurio*, Santiago de Chile, 19 de abril de 1981.



los que habitan en el Sur de la humanidad, como meros objetos de dominación económica, política, social, cultural o religiosa.

El artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece como correlato de la igual dignidad de los seres humanos el deber de fraternidad: "dotados como están los seres humanos de conciencia y razón deben comportarse fraternalmente los unos con los otros". A pesar del enunciado que puede ser criticado desde el realismo político por su ingenuidad y candidez, se revela hoy en el contexto de la sociedad global como camino para un nuevo realismo político. Tomar como presupuesto práctico para la convivencia la dignidad humana, la fraternidad en la común dignidad se revela no como una propuesta ingenua sino perfectamente realista. A estas alturas de la experiencia histórica de la humanidad, es necesario reconocer que no se trata sólo de un ideal normativo para bien vivir, fundamentado en buenas razones, sino de un ideal para poder vivir que hay que tomar en serio si se quiere no sólo ser justos frente a los demás, sino seguir existiendo humanamente, y por ello, en sociedad. Sin este presupuesto, que rechaza tratar en forma despótica a los demás y, por tanto, como meros objetos de explotación y dominación, y que impide universalizar el paradigma de la guerra como pauta de comportamiento social, la vida es "solitaria, pobre, desagradable, brutal y corta"<sup>62</sup>. Por ello, debemos maximizar la práctica de la fraternidad y no la práctica de la enemistad. Frente a la construcción social de la enemistad dentro del paradigma del arte de la guerra, necesitamos proyectar y practicar la fraternidad en el arte de la paz, como fundamento para articular tramas sociales

pacíficas, cooperadoras y emancipadoras entre los seres humanos, en suma, la construcción de un mundo habitable y respirable en el que se pueda vivir. Ello no elimina la posibilidad de tensiones y conflictos, sino que encamina de modo diverso la solución de los mismos y excluye las "soluciones" aniquiladoras de las partes en conflicto.

La solución de Hobbes a este horizonte práctico criticado, que él mismo percibe con plena lucidez en donde desemboca, es la traslación del paradigma de la guerra en el Estado de naturaleza a la sociedad civil constituida por medio de la obediencia ciega al poder y el temor sacral a su potencia. Los "buenos ciudadanos", que se saben continuamente sujetos al poder que se cierne sobre ellos, pueden continuar ahora la guerra de la naturaleza por medios civiles. La dominación ahora podrá estar sancionada legalmente, y el poder, será, en su caso, el brazo ejecutor de los que quebrantan los pactos y los contratos civiles. Las víctimas de la depredación legalizada por los contratos serán ahora sacrificadas en el altar de las instituciones jurídicas<sup>63</sup>. También frente a otros pueblos "salvajes" subsiste la condición de guerra. Hobbes permite expandir la guerra a todos los subsistemas sociales más allá del Estado de naturaleza. En este sentido, la lógica de la globalización neoliberal, practicando una verdadera "revolución conservadora", participa de esta extensión que entiende la economía como instrumento de guerra entre los diversos actores; la política como una vuelta a la sumisión en el Estado poli-

<sup>62</sup> *Leviatán*, op. cit., p. 225.

<sup>63</sup> Hayek, pensador neoliberal, en la línea de la modernidad hobbesiana, como antes indiqué, nos recuerda la esencia de la libertad en la "sociedad libre", cuyas "únicas reglas morales son las que llevan al "cálculo de vidas": la propiedad y el contrato".



cial; la religión como práctica del exorcismo para destruir las caras del diablo<sup>64</sup> en la tierra; la cultura como proceso de modernización impuesta<sup>65</sup> y, por ello, alienador.

Otro camino parece necesario. El respeto a la voz de los otros, incluso de aquellos que siendo más en el planeta carecen de poder para ejercer sus derechos humanos, la promoción de la satisfacción de sus necesidades, como estrategia para confrontar la violencia estructural que multiplica el modelo de globalización impuesto por las grandes potencias. Las amenazas globales no surgen simplemente de algunos violentos que puedan ejercer el terrorismo indiscriminadamente. La violencia estructural sobre la que se pretende asentar el orden en la sociedad global, donde las mayorías populares del planeta no pueden controlar sus destinos económicos, culturales, políticos y religiosos, posibilita la generación y expansión de esas amenazas. Antes se solía hablar de la amenaza de la pobreza y de la destrucción del medio ambiente, hoy sólo se permite reconocer como tal la "amenaza del terrorismo". Creo que hay en la actualidad una fuente de mayor amenaza para el conjunto de la humanidad y que multiplica la expansión de las tres citadas, pobreza, crisis medioambiental<sup>66</sup> y terrorismo: es la amenaza de la destrucción de las relaciones sociales por la proyección del paradigma de la guerra como principio orientador de las interaccio-

nes sociales. No necesitamos ni "justicia infinita" ni "libertad duradera", busquemos más bien la construcción de las condiciones de posibilidad del ideal kantiano de la "paz perpetua", una paz que no sea la que rige en los cementerios. Ello supone, como ha mostrado Franz Hinkelammert, la necesidad de la recuperación de los valores humanos en términos cualitativos no reducidos a ningún cálculo de utilidad, más allá de lo que se realiza desde el sistema hegemónico. Ello exige la denuncia de este "cálculo de vidas" en nombre de los derechos de todas las personas, lo que abre la vía para el cuestionamiento y el control de esas instituciones y las prácticas sociales, con el objetivo de *minimizar*<sup>67</sup> y no de maximizar la producción histórica de muertes.

<sup>64</sup> Bush, en la lógica del fundamentalismo de los "cristianos renacidos" en auge en EE. UU, veía en Saddam Hussein la cara del diablo.

<sup>65</sup> Cf. J. Habermas y J. Derrida, "Europa: en defensa de una política exterior común", *El País*, 4 de junio de 2003.

<sup>66</sup> Como sabemos, las guerras (en sentido amplio) no son el mejor camino para la protección de la naturaleza.

<sup>67</sup> Cf. F. Hinkelammert, *Democracia y totalitarismo*, op. cit., p. 165.



## Bibliografía

- DE CLARAVAL, B., *Obras Completas de San Bernardo*, Herder, Madrid, 1983.
- DESHNER, K., *Kirche und Krieg*, Stuttgart, 1970.
- ELLACURÍA, I., "Quinto Centenario de América Latina" (1989), *Cuadernos Cristianismo i justicia*, nº 31, 1991.
- ELLACURÍA, I., "Utopía y profetismo" (1989), en *Mysterium Liberationis. Conceptos fundamentales de la Teología de la Liberación*, J. Sobrino e I. Ellacuría (eds.), Trotta, Madrid, 1990.
- FUKUYAMA, F., "No hay choque de civilizaciones", *La Nación*, Argentina, noviembre de 2001.
- FUKUYAMA, F., "Seguimos en el fin de la historia", *El País*, España, 21 de octubre de 2001.
- HABERMAS, J. y DERRIDA, J., "Europa: en defensa de una política exterior común", *El País*, 4 de junio de 2003.
- HAYEK, F., "Entrevista", *Mercurio*, Santiago de Chile, 19 de abril de 1981.
- HAYEK, F., "El ideal democrático y la contención del poder", en *Estudios Públicos*, nº 1, Santiago de Chile, diciembre de 1980.
- HINKELAMMERT, F. J., *Crítica de la razón utópica*, 2a. ed. rev., Desclée de Brouwer, Bilbao, 2002.
- HINKELAMMERT, F. J., "La caída de las Torres", en *Revista Pasos*, nº 98, DEI, Costa Rica, noviembre-diciembre de 2001.
- HINKELAMMERT, F. J., "El concepto de lo político según Carl Schmitt", en *Democracia y totalitarismo*, DEI, San José, 1990.
- HINKELAMMERT, F. J., *El grito del sujeto. Del evangelio de Juan al perro-mundo de la globalización*, 2a. ed., DEI, San José, 1998.
- HINKELAMMERT, F., "El proceso actual de globalización y los derechos humanos", en *El vuelo de Anteo. Crítica de la razón liberal*, J. Herrera (ed.), Desclée de Brouwer, Bilbao, 2000.
- HINKELAMMERT, F., "La rebelión en la Tierra, rebelión en el Cielo: el ser humano como sujeto", en *Anuario Iberoamericano de Derechos Humanos (2001-2002)*, Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2002.
- HINKELAMMERT, F., "La inversión de los derechos humanos: el caso de John Locke", *El vuelo de Anteo*, op. cit.
- HOBBS, T., *De Cive. Elementos filosóficos sobre el ciudadano (1642)*, ed. y trad. de C. Mellizo, Alianza, Madrid, 2000.
- HOBBS, T., *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil (1651)*, ed. y trad. de C. Moya y A. Escotado, Editora Nacional, Madrid, 1979.
- HUNTINGTON, S., "¿Choque de civilizaciones?", en *Foreign Affairs*, ed. castellana, 1993.
- HUNTINGTON, S., *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, Paidós, Barcelona, 1997.
- Informes del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (<http://www.un.org/Publications>).
- INSTITUTE OF AMERICAN VALUES, What We're Fighting For, febrero de 2002 (trad. diario *Offnews info*, Buenos Aires, 10 de marzo), -<http://www.propositionsonline.com/html/fighting-for.html>
- KANT, I., *Sobre la paz perpetua (1795)*, ed. de A. Truyol, Tecnos, Madrid, 1991.
- RORTY, R., "Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad", en *De los derechos*



- humanos. *Las conferencias de Word Amnesty de 1993*, Trotta, Madrid, 1998.
- SCHMITT, C., *El concepto de lo "político"*, Folio Ediciones, Buenos Aires, 1984.
- SENET DE FRUTOS, J. A., *Elacuría y los derechos humanos*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 1998.
- SRINIVASA, Rao, "Las perspectivas filosóficas de la asimetría cultural y los retos de la globalización", en R. FORNET-BETANCOURT (ed.), *Culturas y poder. Interacción y asimetría entre culturas en el contexto de la globalización*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2003.
- STIGLITZ, J. E., *El malestar en la globalización*, Taurus, Madrid, 2002.
- SUN TZU, *El arte de la guerra*, ed. de Th. Cleary, Edaf, Madrid, 2002.
- TULLOCK, G., "Economic Imperialism", en *Theory of Public Choice. Political Applications of Economics*, J. Buchanan (ed.), Michigan, 1972.
- VIDAL-BENEYTO, J., "La guerra ideológica", *El País*, 16 de febrero de 2002.
- VIDAL-BENEYTO, J., "La dominación ideológica", *El País*, 6 de diciembre de 2003.
- WALZER, M., *Guerras justas e injustas. Un razonamiento moral con ejemplos históricos* (1977), Paidós, Barcelona, 2001.
- ZUBIRI, X., *Sobre el sentimiento y la volición*, Alianza Editorial-Fundación Zubiri, Madrid, 1992.



# LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC) CONTRA LOS DERECHOS HUMANOS Y ECOLÓGICOS

*Joaquín Herrera Flores  
Alejandro Marcelo Medici*

## Resumen

La OMC es parte de un "nuevo constitucionalismo" que busca establecer como sujetos privilegiados de derecho (constituyentes) a las corporaciones transnacionales (CTNs). La estructura y dinámica de la OMC garantizan los derechos de las grandes potencias y bloques económicos, en los que radican las principales CTNs. Los procesos de la OMC son reuniones privadas con gran falta de transparencia, que afectan las políticas estatales de salud pública, seguridad social y alimentaria, medio ambiente, y mercancías culturales y científico-tecnológicas. Mediante las Medidas de Inversiones Relacionadas con el Comercio (TRIMs) prohíben todo tipo de medidas de los estados, que favorezcan el sector laboral o la diversificación productiva. Mediante el Omnibus Trade and Competitiveness Act y la OMC, las CTNs de EE. UU. promueven constitucionalismo para sí mismas.

The World Trade Organization (WTO) is part of a new "constitutionalism" which seeks to establish the Trans National Corporations (CTNs) as the privileged bearers of constitutional rights. The structure and dynamics of the WTO warrant the rights of the major powers and economic blocks, where most CTNs are based. The WTO procedures are nothing but private meetings greatly lacking transparency; but they impact on public policies about health, social and food security, the environment, and cultural and scientific-technological commodities. By means of the Trade Related Investment Measures (TRIMs), they prohibit any kind of state measure that may favor labor or productive diversification. Employing the Omnibus Trade and Competitiveness Act and the WTO, the US CTNs are promoting a constitutionalism for themselves.



Más allá de las prácticas de las CTNs que pueden subsumirse bajo el rótulo de la *lex mercatoria*<sup>1</sup>, surge además la pretensión de un "nuevo constitucionalismo"<sup>2</sup>, que brinde estabilidad y seguridad a la movilidad del capital, a través de instituciones y formas jurídicas (tratados internacionales multilaterales), que obliguen a los estados. Es decir, un nuevo constitucionalismo que utiliza la forma jurídica y su capacidad de constreñir, para asegurar, consolidar y estabilizar la lógica de la constitución material.

Este término ha sido acuñado para identificar "la doctrina y el conjunto de fuerzas sociales que buscan establecer restricciones sobre el control democrático de las organizaciones e instituciones económicas, públicas y privadas"<sup>3</sup>, y abarca, en un sentido amplio, tanto la actual configuración institucional de la Organización Mundial del Comercio (OMC), como el fracasado inten-

to del Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI) y el proceso de construcción del Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA). Incluso, puede decirse que atañe a los aspectos menos democráticos de la UE en lo que hace a la falta de control ciudadano sobre el contenido de las decisiones que toman sus agencias ejecutivas.

El nuevo constitucionalismo es "garantista": trata de garantizar la libertad de entrada y salida del capital internacional móvil en relación con diferentes espacios socioeconómicos<sup>4</sup>. Las limitaciones de política que esto supone en una era de sustancial movilidad del capital significan que los líderes políticos serán tan responsables ante los mercados internacionales como lo son ante los electorados. Es decir, deberán aprobar un doble examen ante los dos principios de legitimación crecientemente contradictorios que anidan en la constitución material global, lo que explica la erosión de la representatividad política y el corrimiento hacia el costado represivo, en el continuo consenso/coerción en el que se enmarcan los mecanismos de dominación, especialmente en los estados periféricos, hasta hace poco llamados "mercados emergentes" de Asia, América Latina y África.

Un ejemplo claro y paradigmático de que este "nuevo constitucionalismo" debe ser tomado en serio es la rapidez con que se construyó y la efectividad con que está marchando el nuevo sistema multilateral comercial internacional de la OMC.

La actual OMC es consecuencia directa del final de la Ronda Uruguay del GATT. Su creación supuso la extensión del ámbito de aplicación del sistema y, fundamentalmente, un procedimiento judicial de solución de diferencias.

<sup>1</sup> Respecto a los antecedentes, características y vinculación de la *lex mercatoria* con el sistema mundial ver Faría, J.E. *El derecho en la economía globalizada*, Madrid: Trotta, 2001: 134-137; de Sousa Santos, B. *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 1998: 104-115. También Capella, J.R. *Fruta prohibida*, Madrid: Trotta, 1997: 272-278.

<sup>2</sup> El término corresponde a la corriente crítica neogramsciana de las relaciones internacionales y fue utilizado por primera vez por Stephen Gill. Cf. Gill, S. "The emerging world order and european change", en R. Milliband & L. Panitch (eds.), *The New World Order. Socialist Register 1992*, Merlin Press (sin lugar de edición), 1992.

<sup>3</sup> Gill, S. "Gramsci and global politics. Towards a post-hegemonic agenda", en Gill, S. (ed.), *Gramsci, historical materialism and international relations*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993: 10.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 11.



En ese sentido, la OMC es la institución idónea para cumplir con los objetivos que el GATT se había propuesto al inicio de la Ronda Uruguay y que excedían sus posibilidades institucionales: "Someter una proporción más grande del comercio mundial a disciplinas multilaterales convenidas, eficaces y exigibles" y de esa forma potenciar la vigilancia para permitir un control regular de las políticas y prácticas comerciales de las partes contratantes y de su efecto en el sistema multilateral de comercio<sup>5</sup>.

La nueva organización ejerce una fuerte imperatividad sobre sus miembros, asegurando la cohesión de la regulación jurídica del comercio internacional. Por medio del artículo 16 establece que "No podrán formularse reservas respecto de ninguna disposición del Acuerdo de la OMC". Se señalan como objetivos del nuevo organismo, la reducción sustancial de los aranceles aduaneros y de los obstáculos al comercio, así como la eliminación del trato discriminatorio en las relaciones comerciales internacionales.

La OMC es el órgano de aplicación y el ámbito en el que se desenvuelven las relaciones comerciales entre los miembros en relación con los acuerdos e instrumentos jurídicos conexos, incluidos como anexos. Ellos son: los acuerdos multilaterales sobre Mercancías, Servicios, Propiedad Intelectual, Solución de Disputas, Examen de Políticas Comerciales, que son además vinculantes para todos sus miembros.

En este contexto, el Acuerdo de Solución de Disputas, de 1994, ha creado un verdadero tribunal y procedimiento

internacional de comercio, con la posibilidad de imponer sanciones a los miembros que no sigan las pautas de las políticas comerciales de la OMC. Todas las diferencias que surjan entre los miembros deberán ser resueltas por este mecanismo de solución de disputas.

Se ha creado el órgano de solución de disputas (OSD) y un órgano de apelación (OA), cuyas recomendaciones son verdaderas sentencias de derecho comercial internacional, con la posibilidad de aplicar sanciones frente a su incumplimiento. Además, se ha invertido la regla del consenso respecto al viejo sistema GATT, ahora, para rechazar los informes de los grupos especiales, las resoluciones del OSD o del OA, hace falta la unanimidad de todos los miembros de la OMC, que es muy difícil de obtener en la práctica, ya que supondría que en los casos de conflictos ante la organización, la parte beneficiada por las resoluciones renuncie a dicho beneficio.

A diferencia de su antecesor, el GATT, las reglas ni las sanciones de los paneles de la OMC necesitan unanimidad para ser adoptadas. La OMC es única entre todos los otros acuerdos internacionales, ya que el consenso es requerido para detener las acciones y, por consiguiente, las sanciones comerciales. Una vez que la OMC ha declarado ilegal de acuerdo con sus reglas una ley de un Estado miembro, éste debe cambiarla o enfrentar sanciones comerciales.

En síntesis, la imposibilidad de plantear reservas al tratado de la OMC, la configuración del procedimiento de solución de disputas como jurisdicción obligatoria por el solo hecho de ser miembro y la institucionalización de las sanciones, son elementos que refuerzan la capacidad de regulación de las políticas económicas en relación con

<sup>5</sup> GATT. Declaración ministerial de Punta del Este, Montevideo, 1983.



el comercio de la mayoría de los estados miembros, al mismo tiempo que la OMC sirve de foro para que las grandes potencias y bloques económicos impongan sus políticas y tengan un ámbito de resolución de sus disputas comerciales. Los datos anteriores dan sustento para afirmar que: "El procedimiento de solución de diferencias de la OMC es el más consolidado de todas las organizaciones internacionales presentes y pasadas, exceptuando la Comunidad Europea"<sup>6</sup>.

Según el informe Leutwiler:

"Las normas y procedimientos del sistema GATT/OMC tienen una influencia decisiva en el funcionamiento del sistema comercial internacional y en la predictibilidad de las condiciones en que deben actuar los operadores económicos. Se refuerza la libertad de actuación de todos los operadores, dan al sistema comercial un sentimiento de lealtad y minimizan el conflicto político. Estas normas ayudan a estimular y promover las inversiones proporcionando una gran confianza en que los mercados permanecerán abiertos"<sup>7</sup>.

De acuerdo con Lori Wallach y Michelle Sforza<sup>8</sup>, la OMC contiene los más

efectivos procedimientos de todos los tratados internacionales vigentes en la actualidad. La OMC es una organización que no depende de ninguna instancia superior jerárquica, posee en principio el mismo estatus político que las Naciones Unidas, y tiene un procedimiento de resolución de disputas que refuerza constantemente sus reglas de comercio.

Los "negocios" de la OMC son conducidos por comités y paneles, que se reúnen a puertas cerradas en Ginebra, Suiza. Al contrario que los tribunales de los estados y también otros sistemas de arbitraje internacional, hay una gran falta de transparencia en términos de publicidad y responsabilidad. Esta situación conduce a grandes concentraciones de poder e influencia corporativas<sup>9</sup>.

El Acuerdo de Solución de Disputas establece que los actos y documentos utilizados en los procedimientos son confidenciales y las sesiones cerradas, restringidas a los estados que actúan en la disputa. El debido proceso y la participación de los ciudadanos afectados están ausentes y ninguna intervención más allá de las partes es permitida. Los documentos emanados de estos procedimientos sólo pierden su confidencialidad si uno de los gobiernos involucrados decide hacerlos públicos.

Las disputas ante la OMC son juzgadas por tribunales compuestos por tres

<sup>6</sup> Montañá Mora, M. *La OMC y el reforzamiento del sistema GATT*, Madrid: Mc Graw Hill, 1997: 177.

<sup>7</sup> GATT/OMC. *Trade Policies for a Better Future: The Leutwiler Report. The GATT and the Uruguay Round*, p. 11. Citado en Montañá Mora, M. 1997: 184.

<sup>8</sup> Wallach, L. & Sforza, M. *The WTO. Five Years of Reasons to Resist Corporate Globalization*, Seven Stories Press (sin lugar de edición), 1999: 17. Ver también Wallach, L. "The World Trade

Organization's Five Year Record: Seattle in context", en E. Goldsmith & J. Mander (eds.), *The Case Against the Global Economy & for a Turn Towards Localization*. Wallach y Sforza, cuyo análisis de la OMC seguiremos en las páginas que siguen, trabajan en la organización estadounidense Public Citizen Global Trade Watch, uno de los más destacados centros mundiales de pensamiento crítico frente al proceso de globalización.

<sup>9</sup> Wallach, L. & Sforza, M., *op. cit.*, p. 17.



penalistas nominados por el Secretario de la OMC. Las calificaciones que se exigen promueven la selección de penalistas con experiencia y conocimiento en el sistema existente de comercio, que comparten la filosofía del mismo acerca del comercio internacional y el rol del sistema GATT/OMC en el mantenimiento del *statu quo*.

Esto significa que burócratas con experiencia en comercio internacional, respaldados por un procedimiento de alta eficacia resolutoria, están juzgando a partir de su visión sesgada del mundo, sobre materias tales como salud pública, derechos laborales y políticas de desarrollo económico, en la medida que las reglas de la OMC ni siquiera requieren que los penalistas consulten con expertos en esa materia: esa posibilidad queda confinada al ámbito de discrecionalidad de sus funcionarios.

En realidad, no se trata sólo de una cuestión procedimental, sino fundamentalmente de contenido, ya que las reglas y el procedimiento de la OMC incursionan en áreas reservadas a las políticas públicas estatales, tales como la salud pública, la seguridad social y alimentaria y el medio ambiente, en forma directa relacionadas con la efectividad de los derechos humanos, trasladando su regulación de los órganos electos democráticamente, a las reuniones a puertas cerradas de los tribunales de la organización, en Ginebra. El récord de la OMC, desde su puesta en funcionamiento, consiste en que ninguna de las leyes democráticamente sancionadas en materia ambiental, sanitaria o de seguridad alimentaria impugnadas ante la organización, ha sobrevivido al ataque. Todas han sido declaradas barreras al libre comercio<sup>10</sup>.

La expansión de los acuerdos de la Ronda Uruguay incrementó los condiciona-

<sup>10</sup> *ibid.*, p. 22.

mientos sobre los gobiernos para mantener regulaciones en interés público, a través del OSD y el OA, que constituyen un verdadero tribunal de comercio internacional con poder de juzgar las leyes de los estados. Desde que la OMC fue creada en 1995, uno de cada cuatro litigios ante ella ha involucrado alguna política ambiental, de salud o de seguridad alimentaria.

Las naciones cuyas leyes fueron declaradas barreras al comercio por la OMC, o que han sido solamente amenazadas con la posibilidad de una acción ante la misma, han eliminado o reducido sus políticas para adecuarse a sus requerimientos. Además, esta tendencia tiene un efecto disuasorio en las inclinaciones y propósitos de los estados, de propiciar nuevas leyes en materias ambientales, de derechos humanos o de seguridad, porque buscan evitar litigios ante la organización.

Las políticas domésticas de los estados deben pasar entonces la aprobación de la OMC. Las reglas de la organización prohíben a los estados imponer restricciones a productos físicamente similares, basándose en diferencias en la forma de producción o recolección. Por ejemplo, ante los ojos de la OMC, el atún capturado en redes seguras para los delfines no debe ser considerado diferente de aquél capturado en redes que enredan y matan a los delfines. Esta lógica subyacente amenaza potencialmente, por lo tanto, las leyes que prohíben el comercio de bienes hechos con el trabajo de niños o el comercio con estados donde se dan abusos de los derechos humanos.

La "filosofía" de la OMC obstaculiza la cooperación global en cuestiones de medio ambiente, salud y derechos humanos. Si un país es miembro de la OMC, su implementación doméstica de



otros compromisos internacionales en esas materias debe adecuarse a las reglas de la organización.

Los estándares estatales en salud, medio ambiente y seguridad pública alimentaria, etc., que son generalmente más altos que los internacionales, deben pasar un conjunto de parámetros limitadores para no ser considerados barreras desleales al comercio.

La OMC es un poderoso agente de promoción de la "comodificación" de la vida, para la que todo puede ser transformado en mercancía que puede ser vendida y comprada. El nuevo sistema permite que corporaciones transnacionales patenten formas de vida y de conocimientos ancestrales de las comunidades indígenas. También pueden patentar variedades de semillas, cuyo desarrollo costó generaciones a agricultores de subsistencia, existiendo incluso la posibilidad de obligarles a pagar un derecho anual por el uso de la patente ("royalty"), una vez que las semillas hayan sido patentadas. Esta situación queda en blanco sobre negro al examinar, por ejemplo, el tratado de comercio de servicios (GATS).

Pese al rechazo social de la Ronda del Milenio de la OMC en Seattle, que tuvo a este acuerdo como uno de sus principales blancos, la OMC siguió adelante, buscando comprender en el mismo la salud, la educación, el medio ambiente y la cultura. Con este tratado, la casi totalidad de los servicios públicos, que han sido prerrogativa de los gobiernos, con excepción probablemente de la defensa y las funciones regulativas de los bancos centrales, serán abiertos a la competencia de las corporaciones multinacionales, bajo las condiciones de la OMC y las específicas establecidas por el GATS.

El sector servicios es tan vasto como indefinido. Una pauta de su magnitud e importancia reside en que la nueva economía surgida con la globalización es, principalmente, una economía de servicios, y que su importancia relativa respecto a los sectores económicos primarios (agricultura y minería) y secundarios (industria manufacturera), no deja de crecer. Abarca desde las telecomunicaciones hasta el transporte, el turismo, el entretenimiento y la información, los servicios postales, los seguros, las finanzas, la industria de la construcción, el medio ambiente, la salud y la educación. De acuerdo con la OMC, los servicios que caen en el ámbito del GATS conforman no menos de 160 sectores diferentes<sup>11</sup>.

La actividad económica en la forma de servicios constituye ahora más de dos tercios de la mayoría de las economías, y la mayor parte de los servicios es provista por empresas domésticas. Tal vez por eso, detrás de la "liberalización de los servicios", están los poderosos cabildeos ("lobbies") de la Coalición de Industrias de Servicio (Coalition of Service Industries) de EE. UU. y el Foro Europeo de Servicios (European Services Forum). Tanto es así, que la Comisión Europea ha hecho suyas las inquietudes de las empresas de servicios de la UE. En el sitio de internet de la comisión pueden encontrarse afirmaciones como la siguiente:

"...la participación activa de las industrias de servicios en las negociaciones es crucial para permitirnos alinear nuestros objetivos de

<sup>11</sup> Bertrand, A. & Kalafatides, L. "The WTO and the liberalization of trade in health care and services", en Goldsmith & Mander, op. cit., p. 219.



negociación con las prioridades de las empresas. El GATS no es sólo un acuerdo entre gobernantes. Es, ante todo, un instrumento en beneficio de los medios de negocios<sup>12</sup>.

El objetivo fundamental del GATS es lograr la privatización progresiva de todo el sector servicios, dando amplios derechos para acceder a los mercados a las compañías multinacionales estadounidenses y europeas. Es necesario tener en cuenta que el comercio de servicios, a diferencia del de mercancías, no está sujeto a grandes barreras externas, por lo tanto, a diferencia de los otros acuerdos del sistema GATT/OMC, que buscan remover tarifas, cuotas de importación y aranceles, este acuerdo tiene como blanco un amplio espectro de leyes, regulaciones y políticas domésticas que en muchos casos tienen relación con la adecuada provisión de servicios públicos esenciales, especialmente para los sectores populares, y en especial para esos sectores en los países del Sur<sup>13</sup>.

El GATS busca remover todos los impedimentos a las compañías multinacionales, ya sea que provean servicios desde el exterior o que realicen inversiones domésticas, de cualquier medida que puedan esas mismas compañías considerar discriminatoria. Esto incluye subsidios y exenciones fiscales para empresas domésticas, requisitos de nacionalidad y residencia, estándares para proveer licencias y proce-

dimientos de registro, requisitos para que las compañías beneficien la economía local, como utilizar proveedores locales o emplear trabajadores locales. Lo que significa que toda regulación de los servicios será sometida a dos preguntas: ¿Es una regulación necesaria? ¿Es una limitación innecesaria de los proveedores de servicios extranjeros?<sup>14</sup> Las respuestas a estas preguntas quedarán en el marco discrecional de la OMC, y no de los gobiernos que cargan, o deberían cargar, con la responsabilidad de regular el interés público.

Los defensores del tratado, como el ex primer ministro francés Alain Juppé, han argumentado que el acuerdo GATS se aplicará a todos los servicios, en todos los sectores, con excepción de aquéllos provistos por el Estado. Este tipo de aseveraciones, por supuesto, ocultan parte de la realidad que surge de las cláusulas del GATS: debería agregarse que dicha excepción se aplica solamente si el Estado no está compitiendo, en un sector, con más de un proveedor de servicios, y si el servicio provisto por el Estado es gratuito<sup>15</sup>. La expansividad de la cláusula a la educación pública secundaria y universitaria, a los servicios públicos de salud y a otros servicios públicos esenciales, como la provisión de agua potable y gas, dibuja en el horizonte un escenario estremecedor de poder de las corporaciones multinacionales, y de sectores populares que quedan al margen del uso de esos servicios, sobre todo en el Sur<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> Disponible en <http://gats-info.eu.int/gats-info/g2000.pf?NEWS=bbb>. Cit. en George, S. & Gould, E. "Liberalizar a escondidas, para entregar la salud y la educación a las multinacionales", en AA.VV., *ATTAC contra la dictadura de los mercados*, Barcelona: Icaria, 2001.

<sup>13</sup> Coates, B. *GATS. World Development Movement*. Disponible en [www.wdm.org.uk](http://www.wdm.org.uk)

<sup>14</sup> *Idem*.

<sup>15</sup> Bertrand & Kalafatides, *op. cit.*, p. 219.

<sup>16</sup> Un anticipo de tales escenarios fue la guerra del agua en Cochabamba, Bolivia, cuya población sufrió un aumento prohibitivo en el precio del agua, e incluso, la posibilidad de recolectar agua de lluvia, debido a la concesión promovida por el Banco Mundial. La resistencia popular, que enfrentó la represión del gobierno y



Tras las experiencias del AMI y de la Ronda del Milenio de la OMC, las negociaciones para poner en funcionamiento el GATS continúan buscando formas más sigilosas y opacas que no despierten la reacción de la opinión pública. La Coalición de Industrias de Servicio persuadió a la OMC para adoptar, entre otros aspectos, una estrategia de negociación más "flexible" e "innovadora"<sup>17</sup>. Para ello, como nos cuentan Susan George y Ellen Gould, existen varios medios que surgen de una lectura liberal del acuerdo GATS:

1. Reclassificar categorías de servicios, moviéndolos dentro de las listas existentes y haciéndolos más estrechos o creando subcategorías. De esta forma, los sectores de servicios más sensibles frente a la posible oposición al acuerdo son desplazados bajo rótulos de apariencia poco importante. Por ejemplo, la explotación de bases de datos de pacientes o estudiantes no serán servicios sanitarios o educativos, sino de "tratamiento informático"; la gestión de los hospitales y de la seguridad social pasan a ser "gestión", "contabilidad" y "servicios a las empresas".
2. Adoptar el punto de vista "horizontal". Esto significa que si una regla liberalizadora es acordada en cualquier sector de servicios, debe ser

sufrió víctimas fatales, incluso la muerte de un joven de 17 años por un disparo contra su cara, hizo finalmente retroceder al gobierno en la concesión. El problema es que, de aprobarse el GATS, el gobierno boliviano no podría haber revisado su política, y tendría un argumento más para desolir o incluso reprimir la protesta popular.

<sup>17</sup> Bertrand & Kalafatides, *op. cit.*, p. 221.

3. Restringir drásticamente las "regulaciones internas" que un gobierno tendría derecho a implementar. El artículo 6.4 del GATS se ha interpretado de forma extensiva, para que el Consejo del Comercio de los Servicios de la OMC pueda elaborar las "disciplinas necesarias" imponibles a los estados miembros. De esta forma, la OMC se erigirá en juez de las regulaciones internas en todos los terrenos en los que los gobiernos pueden pretender establecer regulaciones y normas, pudiendo calificarlas como "impedimentos arbitrarios al comercio". Estas "disciplinas" incluyen las medidas relativas a los procedimientos de calificación, las normas técnicas y la concesión de licencias, categorías sumamente amplias que potencian los poderes de vigilancia y "disciplinamiento" de la OMC<sup>18</sup>.

Volviendo al aspecto disciplinario de la OMC en general, es importante saber que, a diferencia del GATT, las sanciones de la OMC pueden ser aplicadas intersectorialmente. En consecuencia, un Estado vencedor, luego del procedimiento ante la organización, puede ejercer represalias

<sup>18</sup> George & Gould, *op. cit.*, pp. 65-67.



sobre cualquier segmento de los bienes y servicios de la parte perdedora y no simplemente ante productos idénticos o similares. Esto es en especial gravoso para los países no desarrollados, que no tienen sus exportaciones diversificadas y que pueden ser más fácilmente presionados por amenazas de represalias de un país desarrollado, sobre sus productos de exportación más importantes.

En relación con los derechos humanos y con los derechos sociales, Wallach y Sforza señalan que, tomados en su totalidad, los Acuerdos de la Ronda Uruguay crearon un sistema global de comercio construido para servir a las corporaciones multinacionales, dándoles los recursos para mover la producción alrededor del mundo y para proveer servicios o bienes a numerosos mercados simultáneamente. Los derechos de los trabajadores han sido ignorados por completo, excepto en la medida en que las políticas que los promuevan sean consideradas barreras al comercio y, por lo tanto, impugnables bajo las reglas de la OMC.

De similar forma, el tratamiento diferencial de los estados basados en sus políticas en materia de derechos humanos está explícitamente prohibido. Así, por ejemplo, el tipo de sanciones exigidas por los líderes sudafricanos en su lucha contra el *Apartheid* hubiera colisionado frontalmente con las normas actuales de la OMC. Incluso una ley que recortaba las importaciones de los Estados Unidos como sanción comercial contra la dictadura militar de Burma fue impugnada con el procedimiento de la OMC<sup>19</sup>.

El Acuerdo sobre las Medidas de Inversiones Relacionadas con el Comercio

(TRIMs) promueve la proliferación de zonas de procesamiento de exportaciones (EPZ, *Export Processing Zones*), llamadas genéricamente "zonas francas", donde empresas globales manufactureras importan los componentes de sus subsidiarias en el mundo y pagan a los trabajadores salarios de miseria, para ensamblar productos que se exportan a los países ricos.

Este proceso es promovido por una combinación de las reglas de la OMC, que prohíben todo tipo de medidas que los estados puedan tomar para asegurar tanto los derechos laborales como una producción más diversificada. Por ejemplo, el Acuerdo TRIMs de la OMC prohíbe a los estados miembros exigir que una cierta proporción del contenido de un producto sea producido o suministrado localmente. Por supuesto que este tipo de reglas afecta más a los estados periféricos que a los industrializados, al no permitirles crear más puestos de trabajo y capacidades productivas que aquellas requeridas para ensamblar productos y exportarlos a los mercados de los países ricos. Las reglas de la OMC tampoco permiten cerrar o limitar las importaciones de bienes producidos en fábricas o estados donde los derechos laborales son violados.

Las perspectivas de rectificar la tendencia de la OMC contraria a los derechos sociales de los trabajadores a través de alguna reforma de la institución son escasas. En 1994, durante la Ronda Uruguay, los Estados Unidos y Francia sugirieron que una "cláusula social" debería ser incluida en la OMC. Esta débil iniciativa fracasó, como todos los esfuerzos posteriores.

De todas formas, muchas ONG's críticas de la globalización consideran la "cláusula social" como inútil y políticamente contraproducente, en tanto sería

<sup>19</sup> Wallach & Sforza, *op. cit.*, p. 59.



una peligrosa distracción de los problemas reales en relación con la OMC. El argumento básico que sostienen es que, si no se cambian o eliminan las numerosas reglas y principios de la OMC que afectan el interés público, retocarlas con un lenguaje más social es "como poner una venda sobre una gangrena"<sup>20</sup>.

Pero además, hay otro aspecto que merece ser destacado, sobre las corporaciones transnacionales. El intento fallido por establecer el Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI), según el cual las empresas multinacionales podrían enjuiciar ante una jurisdicción internacional obligatoria a los estados receptores de sus inversiones, es sintomático de una tendencia, la de conferir un reforzamiento de la posibilidad de las empresas transnacionales, de llegar a ser sujetos de derecho internacional en pie de igualdad frente a los estados.

Este reforzamiento de la subjetividad del derecho internacional de las corporaciones multinacionales, pese al fracaso del AMI, ya encuentra un ámbito propicio en la OMC para su desarrollo y expansión, porque, paralelamente al ámbito de regulación de los servicios, propiedad intelectual, inversiones y contratación pública, tanto los Estados Unidos como la UE, están llevando ante la jurisdicción de la OMC los reclamos de sus empresas frente a terceros estados. De esta forma apoyan sus esfuerzos por instalarse ventajosamente en terceros mercados.

A pesar de que el procedimiento de solución de diferencias de la OMC tiene como actores exclusivos a los estados, los Estados Unidos y la UE se han dotado de procedimientos administrativos, mediante los cuales las empresas pueden solicitar, a

su gobierno, presentar reclamaciones contra otros estados, sobre prácticas comerciales que lesionen sus intereses.

En Estados Unidos, la Sección 301 de la *Trade Act* de 1974, enmendada por la *Omnibus Trade and Competitiveness Act* de 1988, permite que los particulares puedan solicitar ante el Representante de Comercio, que emprenda acciones contrapráticas comerciales de otros estados que sean contrarias al derecho internacional o que consideren injustificadas, irrazonables o discriminatorias. Las empresas estadounidenses han hecho un gran uso de las posibilidades que les ofrece la Sección 301, lo cual explica en parte que los Estados Unidos sean, con mucho, el miembro que ha iniciado más procedimientos de solución de diferencias, tanto ante el GATT en su oportunidad, como ahora en la OMC<sup>21</sup>.

Por ejemplo, los Estados Unidos promovieron una causa ante la OMC a favor de la gigantesca empresa bananera norteamericana Chiquita, impugnando exitosamente el tratamiento preferencial que la UE daba a los estados caribeños. Los Estados Unidos no producen bananos para exportación y muchos de los empleados de Chiquita son trabajadores que sufren condiciones de trabajo y salarios misérrimos en las vastas plantaciones de la empresa en América Central. La UE tuvo que dejar de lado su trato preferencial, con un impacto devastador en los pequeños productores independientes de banano del Caribe<sup>22</sup>.

En lo que se refiere a la UE, impulsada por la competencia comercial con Estados Unidos, ha puesto en marcha la misma política desde mediados de los años ochenta, por medio del Reglamento 2641/84,

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 60.

<sup>21</sup> Montaña Mora, *op. cit.*, pp. 177-179.

<sup>22</sup> Wallach & Sforza, *op. cit.*, p. 19.



denominado "Nuevo Instrumento de Política Comercial". Éste exigía a las empresas reclamantes el agotamiento previo de los mecanismos internacionales de solución de diferencias, y les confería la carga de la prueba, de que la práctica comercial cuestionada había provocado un daño a la industria comunitaria.

Esta norma fue reemplazada el 1 de enero de 1996 por el Reglamento 3286/94, que extiende su ámbito de aplicación a los servicios, facilita que las empresas invoquen obstáculos al comercio por parte de terceros estados, y en su artículo 3.1 amplía la legitimación activa a

"...cualquier persona física o jurídica, así como cualquier asociación que no tenga personalidad jurídica, que actúe en nombre de un sector económico de la Comunidad que se estime objeto de un perjuicio resultante de obstáculos al comercio que afecten el mercado de la Comunidad, podrá presentar una denuncia por escrito"<sup>23</sup>.

Fervorosos defensores de que las empresas transnacionales puedan llevar sus reclamaciones contra los estados ante una jurisdicción internacional obligatoria, para proteger sus inversiones y capitales de "obstáculos arbitrarios al comercio", consideran que ello sería un acto de justicia global, equiparable a la posibilidad que tienen los individuos, en los sistemas de protección internacional de los derechos humanos, de acceder a una jurisdicción internacional o regional, una vez agotada la vía ante los estados, o ante la inviabilidad o inexistencia de la misma:

"...otros ejemplos recientes de acceso directo de los particulares a instancias internacionales pueden encontrarse en el Tribunal Internacional de Derecho del Mar y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tras la aprobación de los protocolos adicionales 9 y 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950. La posibilidad de otorgar acceso directo a las empresas se ha justificado argumentando que los tratados internacionales, como lo demuestran los tratados en materia de derechos humanos, impuestos, derechos de propiedad de diverso tipo, etc., no sólo conciernen a los estados, sino que afectan directamente a los derechos e intereses de los individuos, ya sean personas físicas o jurídicas"<sup>24</sup>.

Desde esta perspectiva, se considera que:

"El acceso directo de las empresas abriría una vía para superar las inhibiciones políticas propias de un sistema basado en la diferencia entre estados... (E)n cualquier caso, la evolución del procedimiento de solución de diferencias hacia un sistema jurisdiccional resultará en un mayor protagonismo de los sectores de la industria directamente perjudicados por las medidas comerciales que se discutan, lo cual abrirá un nuevo mundo de posibilidades a las empresas"<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Cit. en Montañá Mora, *op. cit.*, p. 181.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 183.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 185.



Bajo el paraguas de una subjetividad o personalidad jurídica abstracta, se confunden legitimaciones activas tan diversas como la de los seres humanos que recurren a instancias de protección internacional para intentar obtener garantías frente a las violaciones de sus derechos humanos, y las corporaciones transnacionales que buscan respaldar y asegurar por medio de la forma jurídica, la posición que ya ostentan de hecho, y jurídicamente de manera indirecta a través de la OMC, como sujetos privilegiados en el nuevo sistema mundial.

En la práctica, no hay punto de comparación entre el poder de las corporaciones multinacionales, en relación con la capacidad de las personas de carne y hueso, de defender internacionalmente sus derechos. La asimetría se hace patente al analizar la diferencia de efectividad en su capacidad para influenciar y obligar a los estados, en las instituciones económicas, financieras y comerciales internacionales, como el FMI y el BM, o el sistema GATT/OMC, con respecto a los avances y la efectividad en materia de protección internacional de los derechos humanos. También encontramos una situación similar, al comparar la movilidad absoluta del capital, casi imposible de regular para los "países beneficiarios", en cuanto a la penosa y arriesgada migración a través de las militarizadas fronteras entre el Norte y el Sur, de quienes ven violados sus derechos y su dignidad, tanto en los países de origen como en aquéllos en los que pretenden establecerse.

En síntesis, en sus más de seis años de existencia:

"La OMC ha tenido un altísimo impacto en el empleo, los salarios, los niveles de vida y en las leyes na-

cionales e internacionales ambientales, sanitarias y de seguridad alimentaria, así como en el desarrollo económico, los derechos humanos y el comercio y las inversiones globales... La OMC no se relaciona solamente con el comercio y tendencias económicas distantes. Más que eso, ella motoriza un profundo rediseño de las leyes, políticas, culturas y valores"<sup>26</sup>.

Hemos tomado el ejemplo de la OMC porque creemos es paradigmático de cómo la forma jurídica puede utilizarse para superar, las "limitaciones" y "distorsiones" que imponen las normas de derechos humanos internacionales y nacionales al despliegue de la movilidad y rentabilidad del capital y a la mercantilización ("commodification") de la vida.

El "nuevo constitucionalismo" plantea, entonces, un paradigma jurídico<sup>27</sup> opuesto al constitucionalismo global o a la globalización del Estado de derecho propuesto por Ferrajoli y que pugna por hacerse hegemónico, como ya lo son los intereses económicos y financieros y la ideología neoliberal que lo sustentan. El diferencial de eficacia entre los mecanismos universales y regionales de protección internacional de los derechos humanos (que echan

<sup>26</sup> Wallach & Sforza, *op. cit.*, p. 70.

<sup>27</sup> Por paradigma jurídico entendemos, siguiendo a Habermas, los nexos de sentido que permanecen latentes para los implicados mismos y que objetivamente establecen una conexión entre el sistema jurídico y su entorno social, y también subjetivamente, a través de la imagen que los juristas se hacen de sus contextos sociales. Cf. Habermas, J. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid: Trotta, 1998: 477.



de menos procedimientos y normas tan efectivas y coercitivas como las de la OMC) y los mecanismos de protección de los "derechos" de las corporaciones transnacionales, por medio del procedimiento de resolución de conflictos de la OMC y el entorno económico global favorable que proveen el FMI y el BM, son un síntoma de que la hegemonía en el nuevo campo de poder tiene el efecto de conferir eficacias diferenciales, y en ese sentido de activar y/o desactivar "zonas" enteras del derecho internacional, especialmente aquéllas que constituyen distorsiones u obstáculos a la acumulación y libertad del capital y sus sujetos privilegiados: las corporaciones multinacionales.

En este contexto, cabe preguntarse, cuáles derechos se globalizan en la constitución material del mundo y quiénes son sus beneficiarios.

Respondiendo estas preguntas, María José Fariñas sostiene que:

"Se consolida como global el respeto universal y formal de los derechos humanos en cuanto concepto propio de la cultura occidental, y especialmente de los derechos humanos de carácter individual y liberal, que no representan ninguna limitación en contra del principio básico de la libertad del mercado, y que son compatibles, por lo tanto, con la ideología neoliberal del mercado global, que en la práctica representa la explotación más despiadada de los seres humanos y de la naturaleza"<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> Fariñas Dulce, M.J. *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Dickinson, 2000: 15.

Los derechos que no se globalizan son la otra cara de la moneda, ya que la globalización neoliberal perpetúa y profundiza esa situación, descrita por Pierre Sané:

"La evolución de la legislación internacional relativa a los derechos humanos ha estado marcada por una separación, tan artificial como engañosa, entre derechos civiles y políticos, por una parte, y derechos económicos, sociales y culturales, por otra; una separación que reflejaba un mundo polarizado por el conflicto ideológico y estratégico de la Guerra Fría... Hoy resulta esencial atender al desequilibrio entre los derechos económicos y los demás derechos de la persona, dado que el debate sobre las libertades fundamentales se desarrolla, cada vez más, en la esfera económica. Cuando los gobiernos no hacen nada para proteger a sus ciudadanos de los efectos negativos de la mundialización, la necesidad de hacer respetar y reforzar los derechos económicos es más evidente"<sup>29</sup>.

Estamos, entonces, ante la subsunción de los derechos humanos frente a la acumulación mundial de capital y sus necesidades, según las entiende la hegemonía ideológica del neoliberalismo. Porque más allá de la retórica legitimadora, en realidad unos derechos humanos realmente universales, indivisibles e interdependientes constituyen distorsiones del mercado, y

<sup>29</sup> Sané, P. "A 50 años de la Declaración Universal", en *Le Monde Diplomatique. Geopolítica del caos*, Madrid: Editorial Debate: 1999: 358-359.



su garantía jurídica una regulación inadmisibles en el paradigma neoliberal.

Evidentemente, llamar a este paradigma "nuevo constitucionalismo", representa una ironía (¿tal vez destinada a los juristas?) de Stephen Gill y los teóricos críticos de las relaciones internacionales<sup>30</sup>, toda vez que ese constitucionalismo, al fundarse en la legitimación eficientista, técnica y economicista de que habla Capella, está en las antípodas del paradigma garantista y democrático de los derechos humanos.

<sup>30</sup> Gill, S. *Gramsci, Historical Materialism and International Relations*.



# OCHO PROPOSICIONES SOBRE LA NECESIDAD DE RECUPERAR LOS DERECHOS HUMANOS COMO CONCEPTO CRÍTICO EN EL CONTEXTO DE LA GLOBALIZACIÓN NEOLIBERAL

*Alejandro Medici*

## Resumen

Este artículo critica la globalización neoliberal por sus efectos sobre los derechos humanos. Ocho proposiciones explican la hipótesis. 1. La globalización es entendida como una trama jerárquica y hegemónica, atravesada por profundas desigualdades y en contradicción con la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos. 2. La globalización neoliberal perpetúa el paradigma occidental de los derechos humanos históricamente hegemónico, funcional a la invisibilización estructural de esos derechos. 3. La formulación oficial de los derechos humanos es una formalización teórica del paradigma dominante, establecida como dog-

mática jurídica. 4. Existe una aparente dispersión de las formas actuales del pluralismo jurídico global. 5. Los derechos humanos están parcialmente globalizados. 6. La globalización implica la subordinación objetiva de estos derechos a los imperativos de acumulación del capital. 7. Hace falta reconstruir los derechos humanos como conceptos críticos, asumiendo su politicidad. 8. Hay que partir de analizar el carácter impuro, complejo de los derechos humanos presentes en la cultura. Termina planteando un nuevo comienzo, desde una perspectiva materialista y situacional de los derechos humanos. Incluye cuatro pautas de desarrollo para futuros estudios sobre los derechos humanos.



The neoliberal globalization is criticized because of the way it impacts on Human Rights. Eight propositions explain the hypothesis: 1. Neoliberal globalization is understood as a hierarchical and hegemonic fabric; it is crossed by deep inequalities and openly contradicts the universality and indivisibility of Human Rights. 2. Neoliberal globalization perpetuates the Western Paradigm of Human Rights, historically hegemonic and conducive to the structural invisibilization of those same rights. 3. The official formulation of Human Rights is a theoretical formulation of the dominant paradigm, established as a legal dogmatics. 4. There exists an apparent dispersion in the current forms of global legal pluralism. 5. Human Rights are partially globalized. 6. The neoliberal globalization implicates the objective subordination of Human Rights to the capital accumulation imperatives. 7. It is necessary to rebuild Human Rights as critical concepts, assuming that they are political. 8. It is necessary to begin by analyzing the impure and complex character of Human Rights, as they appear culturally. The article concludes presenting a new beginning, for a materialist and situational analysis of Human Rights, including four patterns of development for future studies of Human Rights.

## Introducción

En este trabajo planteo algunos interrogantes, en torno a la discusión sobre los derechos humanos en el contexto de la actual globalización neoliberal. Con ese fin presento, en forma de proposiciones teóricas y metodológicas, muchas de las ideas que he venido considerando. Estas proposiciones obviamente no son conclusiones definitivas. Más bien, permiten contribuir a la continuidad de una reflexión colectiva — de la cual son deudoras —, y que viene expresándose en una renovación crítica de la teoría de los derechos humanos con un

ya importante caudal bibliográfico<sup>1</sup>.

En lo que hace a la fundamentación teórica, parto entonces de la ya célebre comprensión de los derechos humanos, como impuros y contextuales a tramas de relaciones sociohistóricas: son *el conjunto de procesos (normativos, institucionales y sociales) que abren y consolidan espacios de lucha por la dignidad humana*.

En lo que tiene que ver con el contexto de este trabajo (texto en relación con su contexto), éste está (y esto se notará por algunos ejemplos y notas) influido por mi regreso de un mes a Argentina entre noviembre-diciembre de 2002, y podría decirse, que son, en general, ejemplos y situaciones compartidos en Latinoamérica.

A continuación, entonces, enuncio las siguientes proposiciones para provocar discusión:

<sup>1</sup> Son discusiones desarrolladas en el Doctorado en Derechos Humanos y Desarrollo, de la Universidad Pablo de Olavide, en Sevilla; así como las conducentes a mi tesis doctoral en este programa. Respecto a la bibliografía, véanse, entre otros: Herrera Flores, Joaquín (ed.). *El vuelo de Anteo. Derechos Humanos y crítica de la razón liberal*. Desclee de Brouwer. Bilbao. 2000. Sánchez Rubio, David. *Filosofía, derecho y liberación en América Latina*. Desclee de Brouwer. Bilbao. 1999. Senent de Frutos, Juan Antonio. *Elacuría y los derechos humanos*. Desclee de Brouwer. Bilbao. 1998. Hinkelammert, Franz. *Crítica de la razón utópica*. Desclee de Brouwer. Bilbao. 2001. Sánchez Rubio, David, Herrera Flores, Joaquín y De Carvalho, Salo. *Anuario Iberoamericano de Derechos Humanos*. Lumen-juris. Sao Paulo. 2002.



**1. La globalización, en tanto que contexto de reflexión sobre los derechos humanos, debe ser entendida críticamente: lejos de ser un proceso objetivo y sin sujetos, refleja una trama jerárquica y hegemónica que, atravesada por profundas desigualdades, es parcial y en última instancia contradictoria con la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos.**

En los últimos años se va abriendo camino una visión crítica de la globalización que, sin negar las bases objetivas de la misma en el desarrollo de las "nuevas tecnologías de la información" y los desarrollos de las fuerzas productivas, comienza a analizar críticamente las relaciones sociales en sentido amplio (económicas, políticas, culturales) que enmarcan y dan formato a esos desarrollos, como el aspecto más artificial —construido— de la globalización. En ese sentido, entienden la globalización, también, como posibilidad de pensar distintas formas de relaciones sociales —en tanto producto de decisiones y no decisiones en el contexto de constelaciones y relaciones de fuerzas.

De la "gobernancia sin gobierno" y la "interdependencia", se pasa a visualizar cada vez más, la trama jerárquica de la globalización y sus consecuentes desigualdades sociales. De la presentación retórica de la novedad absoluta basada en un optimismo tecnocrático (por ejemplo, la sociedad postcapitalista de Peter Drucker, o la sociedad tecnetrónica de Brzezinski), se pasa a reconocer la radicalización de las lógicas de acumulación de capital propias del modo de producción capitalista, y la ruptura solamente en la continuidad del desarrollo de las fuerzas productivas como característica inherente del mismo.

De la exaltación de la naturalidad del nuevo marco de relaciones sociales caracterizado por la desregulación, la flexibilización, la protección y los subsidios al capital, y demás imperativos en aras de la competitividad de la "nueva economía" —en el contexto del régimen de acumulación postfordista—, se ha pasado a identificar en la globalización, cada vez con más claridad, una nueva fase de relanzamiento de la acumulación de capital, que ya no admite alguna forma de compromiso social entre el capital y el trabajo, sino que provoca y profundiza procesos de exclusión y explotación, relanzando continuamente la acumulación primitiva de capital. Proceso cuya lógica inherente necesita "comodificar" (del inglés "commodity", "mercancía"), extensiva e intensivamente más espacios de vida, agudizando las luchas y las resistencias sociales, tanto en el centro metropolitano como en su periferia.

Por consiguiente, de comprensiones diversas de los procesos de la globalización, que fueron desarrollando aspectos parciales de ésta desde disciplinas diferentes (estudios de comunicación, economía, gestión y administración de empresas, teoría de la cultura y relaciones internacionales), hemos pasado en los últimos años a una comprensión inter, e incluso, transdisciplinaria de la misma, que busca entender su modo de articulación.

Por tal, podemos entender la relación entre procesos que aparecen como separados y de diversa naturaleza, y que sin embargo presentan, en un análisis más atento, ciertas complementariedades funcionales, ciertas formas de conexión o solapamientos no evidentes en principio. Es así que, en el caso de lo que comúnmente se llama globalización, ella supone una conexión, una interrelación, un solapamiento



de espacios sociales, económicos, políticos, culturales, que conforman una determinada trama.

Un análisis atento a las articulaciones es siempre oblicuo o transversal a las ciencias separadas y encapsuladas jerárquicamente en disciplinas y subdisciplinas. Es una mirada de lazos de totalidad, que a priori, rechaza la especialización. Es decir, no parte de la separación reificada de instancias o disciplinas, sino de su totalidad no evidente que debe ser redescubierta. En ese sentido, la comprensión de las articulaciones universal o "global", aunque no sea evidente en primera instancia.

Los estudios especializados desde diversos aspectos de las ciencias sociales sobre la/s globalización/es, en la medida que fueron avanzando, siempre se encontraron asomándose afuera de los umbrales y constructos teórico-metodológicos oficialmente aceptados en sus disciplinas. Los/as ecologistas tuvieron que trascender el estudio de ecosistemas aislados, desarrollando un pensamiento relacional y complejo, hasta hacerse cargo y enfrentar las consecuencias de la acumulación, el gigantismo y el productivismo. Esto implicó para este grupo de estudiosos/as, aproximarse a la economía, la cultura y la política. Los/as economistas, al menos los/as que tuvieron y tienen un mínimo de sentido crítico, tuvieron que hacerse cargo de que no podían tomar las consecuencias sociales y ecológicas de la producción como meras externalidades, sin más. Los/as estudiosos/as de las relaciones internacionales tuvieron que hacerse cargo de las relaciones socioeconómicas que abarcaban crecientemente, además de los estados, a nuevos actores como las corporaciones transnacionales, las ONG's y los movimientos sociales, que trascienden las fronteras. Los/as

juristas, como veremos, se enfrentaron ante un contexto de creciente complejidad, que les obligaba a replantear sus paradigmas, pensados desde un marco de congruencia entre Estado nacional soberano y ordenamiento jurídico. Podríamos seguir inventariando los cambios de percepción y las confluencias que el nuevo contexto provoca en diferentes grupos y colectivos de estudiantes de las ciencias sociales, las humanidades y muchas otras disciplinas, obligándoles a pensar "globalmente".

La complejidad y sus metáforas comenzaron entonces a enseñorearse de los diferentes campos de las ciencias sociales, cada vez más solapados. A medida que las diversas disciplinas se van descentrando de sus matrices teórico-metodológicas, encontrándose en una *terra incognita* en la que se ven forzadas a considerar marcos conceptuales de otras disciplinas e incluso nuevos, resulta que la comprensión de las articulaciones de procesos en principio diferentes pero relacionados, asociados todos ellos a la globalización, es más fácil de enunciar que de desarrollar como conocimiento crítico. Ello, porque el análisis choca con la segmentación y especialización propias del discurso científico "competente" en el cual hemos sido formados<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Como explica Alejandro Dabat, la dificultad de comprensión de la globalización está anclada en las propias ciencias sociales actuales: la incomunicación entre sus principales disciplinas, el paradigma estadocentrista, el paradigma postmoderno contrario al estudio de totalidades sociales, el individualismo metodológico, el pragmatismo tecnocrático, la insuficiencia del espacio tomado como espacio meramente geográfico-territorial. Dabat, Alejandro. "Globalización: capitalismo informático global y nueva configuración espacial del mundo". En varios autores, *Globalización y perspectivas incluyentes para el siglo XXI*. Porrúa-UNAM-UAM. México, D.F. 2002. P. 2.



Por el lado de lo fáctico, rastrear las pistas de la articulación global supone intentar descubrir los hilos que vinculan a los muertos en el estrecho de Gibraltar y la frontera de México y los Estados Unidos, a los niños muertos por desnutrición, por ejemplo, en África subsahariana y Argentina, al crecimiento de la pobreza y la violencia social universales, incluyendo las crisis financieras "contagiosas", las catástrofes ecológicas, las "guerras preventivas" o "humanitarias" del siglo XXI, todo esto contrastado con la opulencia y arrogancia de una ínfima minoría de la humanidad que concentra riqueza y poder y que se siente dueña del "globo".

Evidentemente existe una relación no unívoca ni determinada, entre teoría social y procesos sociales. La teoría social, en sentido amplio, es una de las manifestaciones de la realidad social, a la que pretende explicar y tomar como referente de forma, a veces, demasiado pretenciosa. Lo real es siempre un exceso respecto a la teoría.

Por lo tanto, estas convergencias y complejidades de la teoría social actual van queriendo tomar como referentes, las transformaciones que hacen evidentes las articulaciones sociales denominadas "globalización".

Cuando me refiero a la globalización como articulación no se trata de un lugar físico de gobierno mundial, sino de complementariedades relativamente funcionales, afinidades electivas. Como enlace entre procesos de diversa naturaleza; de una estructura de distribución de capacidades y, por lo tanto, de decisiones y no decisiones que sustentan ese lazo. De un ensamblaje de conciencia relativa sobre intereses genéricamente compartidos por los grupos sociales que se benefician del esquema, y de una combinación de consenso y coacción para sustentarlo. Todo ello, además, como

sedimentación histórica, provisional y no permanente.

Es decir, se trata de un espacio de tensión entre las tendencias de largo plazo, anónimas y objetivas de un sistema mundial y la acción estructurada-estructurante de los actores relevantes. Ni conspiración mundial de los dueños del mundo, ni procesos sin sujetos.

Finalmente, son cada vez más las voces y perspectivas plurales, señalando que esa articulación de los procesos de la globalización revela una trama jerárquica, una constelación de fuerzas por las que los costos y riesgos sociales y ambientales, socializados en forma generosa, redundan en beneficios y privilegios privatizados de minorías. Un paso más dado en los últimos años: el de comprender la articulación como una relación social. Susceptible entonces, en tanto que relación social, de una mirada que explique sus desigualdades, asimetrías, su trama jerárquica, las fuerzas sociales actuantes; en definitiva, su politicidad.

Desde esta perspectiva, la hipótesis idealista de la pérdida de soberanía de los estados en función del cosmopolitismo y la universalidad de los derechos humanos cede cada vez más terreno, ante la realidad de la pérdida de soberanía, en función del capitalismo neoliberal globalizado. La refuncionalización de los estados se da a favor de una trama jerárquica de condicionalidades, que ha sido denominada de las más diversas formas: "gobernancia sin gobierno", "campo de poder", "gobierno oligárquico global", "sistema imperial", "imperialismo" e "imperio". Sin entrar en este debate al que me he referido en otra parte<sup>3</sup>,

<sup>3</sup> Medici, Alejandro. *La otra globalización: movimientos, redes sociales y cultura de los derechos. De la resistencia a las alternativas*. UPO. Sevilla. 2002. Tesis doctoral.



prefiero, en aras de la economía de extensión de este trabajo, partir de un concepto básico de la globalización que señale cómo afecta a los derechos humanos.

Sintéticamente, la globalización puede entenderse como un proceso hegemónico y selectivo de liberalizaciones y globalizaciones, sustentado sobre un marco jurídico-político oligárquico, que trasciende los estados, y donde la libertad máxima la ostenta el capital, mientras que la política democrática y los derechos humanos son los menos globalizados, salvo con fines de legitimación ideológica.

**2. El paradigma occidental-normativo de los derechos humanos, históricamente hegemónico, es funcional a la invisibilización de la violencia estructural de la globalización. Debe ser complementado con la consideración de las necesidades, los procesos sociales y las estructuras en el actual contexto.**

El paradigma dominante en lo que hace a la protección, promoción y también a la doctrina de los derechos humanos, es fuertemente tributario de las notas comunes de la cultura jurídica occidental.

Las características de esta cultura del derecho, siguiendo a Johan Galtung<sup>4</sup>, hacen que tome como unidad básica de análisis a los actores de forma individual (individuos, estados, ya sea como violadores o víctimas de las violaciones de los derechos humanos) y olvide las relaciones y posiciones entre ellos, es decir, lo que usualmente se llaman estructuras que producen formas difusas y generalizadas de violación de los derechos.

<sup>4</sup> Galtung, Johan. *Derechos Humanos. Una nova perspectiva*. Instituto Piaget. Lisboa, 1998. Pp. 47 y ss.

En ese sentido, la dimensión básica es la intencionalidad de los actores en la violación de los derechos humanos. De esta forma, se pone la tensión entre derechos y violaciones en el eje contradictorio bien/mal, siempre imputable a los actores. Así, quedan al margen contradicciones que hacen al contexto relacional y que son asumidas como "dadas" más allá de la intencionalidad de los sujetos, tales como las que se dan entre: explotación/igualdad, colonización/autonomía, segmentación/integración, fragmentación/solidaridad, marginalización/participación<sup>5</sup>.

Por lo tanto, las causas de las violaciones de los derechos humanos tienden a quedar confinadas a un problema delictivo, de sujetos que actúan como "encarnaciones del mal" infligiendo daños a la vida, integridad personal y libertades de las víctimas, olvidando que muchas veces es el propio contexto estructural el que produce las violaciones a partir de ser represivo, explotador, colonizador, segmentario, fragmentario, marginador.

La estrategia para enfrentar las violaciones consiste en buscar la responsabilidad estatal o personal del violador de los derechos, y restaurar, aunque sea simbólicamente, la situación de normalidad anterior a las mismas. Sin embargo, de esta forma, quedan en penumbras los factores estructurales que coadyuvan a la violación.

<sup>5</sup> Defino la violencia estructural, siguiendo a Galtung, como aquella que se produce en tramas de relaciones sociales que provocan y reproducen explotación, heteronomía, exclusión, fragmentación y marginalización de individuos y grupos sociales. Según sea el criterio de análisis, los contextos de relaciones analizados desde esta perspectiva pueden ser locales, nacionales o globales, pudiendo hablarse, en este último caso, de imperialismo. Ver Galtung, Johan. *Op. cit.*, p. 58.



En general, el caso jurídico de violación es la punta de un iceberg y refleja una práctica que sólo ocasionalmente queda bajo las luces de los foros judiciales. Es una forma de enfrentar *ex post* que actúa cuando el daño fue producido, cuando los bienes y necesidades tutelados por las normas de derechos se han ausentado, aunque puede producir mejores condiciones para su eficacia en el futuro. De todas formas, su carácter casuístico es compatible con el mantenimiento de estructuras opresivas, en tanto el procedimiento y la ritualización jurisdiccional actúan selectivamente frente al conflicto social latente detrás de los "eventos" aislados de la violación de los derechos humanos.

El problema es que muchas violaciones difusas de los derechos humanos, vinculadas a las características estructurales, como por ejemplo, las que se desprenden de un contexto de producción de desigualdad económica o de formas de economía no sustentables, que degradan de forma continua y creciente el medio ambiente, no pueden ser eficazmente combatidas si las estructuras no son "llevadas a juicio" por medio de políticas y sobre todo de prácticas de producción/reproducción sociales y ambientales que transformen esas relaciones en más justas y ecológicas.

Para esa estrategia predominante orientada a los actores, los instrumentos por excelencia para responsabilizar/punir a los sujetos estatales y personales que violan derechos consisten en desarrollar instituciones y normas de garantía, lo cual constituye un frente de lucha muy importante y necesario, al mismo tiempo que insuficiente. Hacer descansar todo el peso de la protección, y la concepción teórico-práctica misma de los derechos en esos instrumentos, deja en penumbras la tarea (inherentemente

política) de transformación de los contextos de relaciones que generan las violaciones, lo que es lo mismo que decir que olvidan la dimensión política y cultural de los derechos humanos.

El "tempo" de este paradigma es el del acontecimiento de la violación de los derechos en la forma de "casos" individualmente tomados y que son "iluminados" en la publicidad del foro. Sin embargo, esta visión tiene dificultades para registrar el carácter más o menos continuo de las violaciones de los derechos humanos generados por determinados contextos estructurales que quedan en una vasta zona de penumbra que la mirada "judicializante" no llega a penetrar.

Lejos de ser un problema exclusivo de la cultura especializada de los juristas, en realidad, el individualismo, casuismo y selectividad constituyen un dato de las formas de sociabilidad y cultura hegemónicas en las sociedades capitalistas occidentales que empapa también sus formas jurídicas. Me gustaría ilustrar esto con un ejemplo de lo que acontece cuando escribo estas líneas con el tratamiento periodístico del hambre en Argentina.

"El hambre vuelve a atacar en Tucumán", dispara el periodista desde el tele-diario del mediodía. "Muere otro niño de desnutrición en Misiones", titula el periódico vespertino, acompañando el encabezado con una fotografía de un niño con evidentes signos de desnutrición aguda, los ojos grandes y los huesos evidentes, como las imágenes que para los argentinos solían evocar contextos geográficos extraños a su realidad. El hambre vuelve a atacar como si fuera un agente antropomórfico, genio maligno que asesina víctimas selectivamente y que aparece sólo en el contexto de "la crisis" por la que atraviesa Argentina.



En esa operación de presentación casuística, algo por demás evidente y de larga data: la existencia de una estructura de relaciones sociales injusta, se pierde, queda en la zona de penumbra. La elevación de los índices de mortalidad infantil es apenas la consecuencia de ese contexto relacional por el cual un país que produce y exporta alimentos como para sustentar la vida de 300 millones de personas, tiene 18 millones de habitantes (de 36 millones) por debajo de la línea de pobreza<sup>6</sup>.

Debo remitirme entonces al contexto cultural que empapa el paradigma dominante de los derechos humanos, para intentar sacar de la penumbra sus características estructurales, a lo largo de algunas dimensiones culturales básicas: espacio, tiempo, saber, naturaleza, sociedad, trascendencia<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> En Argentina el 20% más rico, es decir, 5 millones de habitantes, se apropian del 53% del total del ingreso nacional, mientras los restantes 31 millones se distribuyen el 47% que queda. Todos los estratos de la población, salvo el más alto, perdieron participación relativa en la distribución del ingreso desde 1975 hasta mediados del 2002. Cada uno de los 31 millones de argentinos integrantes de los segmentos bajos y medios transfirieron 250 dólares por año (a valores de mayo de 2002) a los 5 millones del estrato más alto y, en especial, a los 2,3 millones de la cima de la pirámide. Una transferencia por habitante anual que representa a valores del año 2000 el 9,5% del PBI. A mediados de la década del 70, 7 de cada 10 habitantes en Argentina residían en hogares de ingresos medios, mientras que a fines del 2002 se calcula que serán 4 entre 10 las personas que integran la faja de ingresos medios. Fuente: Consultora Equis. *La transferencia de ingresos durante la etapa de la valorización financiera*. Buenos Aires, Set., 2002. Apud. Burgo, Ezequiel. "El mapa latinoamericano de la desigualdad". En: *Le Monde Diplomatique*. Edición Cono Sur. Noviembre, 2002. P. 9.

<sup>7</sup> Se trata de un análisis cosmológico que toma en cuenta las nociones de las dis-

a) La imagen de la organización espacial del mundo que se tiene desde Occidente es autocentrada, con los centros sucesivos del capitalismo y la modernización como difusores de la civilización, y unas regiones periféricas a veces dóciles, pero frecuentemente reacias a adoptar "las luces" y reacias a ser incorporadas como un "occidente de segunda clase". En esta imagen de la organización espacial del mundo existen tres supuestos básicos subyacentes activos: centralismo, con Occidente como centro causal del mundo, universalismo *a priori*, con la idea de que lo que es bueno para Occidente es bueno para el resto del mundo, y una dicotomía bien/mal, que margina lo diferente, lo otro cultural, promoviendo cruzadas en su contra.

Algo de esto sucedió históricamente con los derechos humanos, significativo inventado y difundido desde Occidente, que en general se consideran universales en el paradigma dominante en la medida que sean formateados en la versión occidental restringida de la dignidad humana y resultan ciegos a otras necesidades y prácticas de dignidad. Como una profecía autocumplida, los resultados de la acumulación de capital en escala mundial y los procesos geopolíticos permiten a los países del centro mostrar estándares más altos de eficacia de los derechos humanos, y tomarse jueces de su cumplimiento en el resto del mundo, transformando algunos derechos, especialmente los llamados de "primera generación", en elementos integrantes de las "nuevas condicionalidades" que acompañan el despliegue de las asimetrías de la globalización.

b) La perspectiva del tiempo occidental combina el progreso con una convergencia asintótica en un estadio final de la

litas culturas acerca de esas dimensiones estructurales. Galtung, Johan. *Op. cit.*, p. 24.



historia. Los derechos humanos y la idea de desarrollo occidental cumplen esa idea, con un progreso en el cual Occidente está siempre más adelantado y marcando el modelo al que el resto debe intentar acercarse. La asimetría en la capacidad de definir derechos y expandir conjuntos de normas, siempre refuerza la posición vanguardista de Occidente y "retrasada" del resto, así como los contenidos del estadio más avanzado o modélico, es decir, qué se puede esperar en términos de "progreso" de los derechos humanos. Sea en una versión lineal del desarrollo de los derechos, sea en una versión dialéctica, como la que propone Norberto Bobbio en *El tiempo de los derechos*<sup>8</sup>, éstos son considerados implícitamente como un proceso "in crescendo" centrado y difundido siempre desde Occidente.

Sin embargo, la certidumbre de una progresión sin límites hacia la consecución de un *telos* que se expresaba como un programa de interés genérico y universal, hoy ya no puede sustentarse ante todas las evidencias de una realidad adversa a la eficacia de cadenas normativas completas de derechos humanos que no se corresponden con las relaciones sociales establecidas al compás de la dinámica de acumulación de capital a escala mundial. "Hoy nos invade y nos constituye una sensación de pérdida de seguridad ontológica a la vez que de innovación y cierta consistencia de la fragilidad que afecta indudablemente a la fundamentación (teórica) y a la política (práctica) de los derechos humanos"<sup>9</sup>.

Por lo tanto, esta perspectiva dominante tiene dos consecuencias. Primero: considerar el producto normativo institucional y su funcionamiento, como vimos, en forma casuística y selectiva y olvidar los procesos sociales sobre los que su funcionamiento se sustenta. De esta forma, la fiijeza de las normas jurídicas y de los procedimientos puede quedar ciega frente a la historicidad de marcos de relaciones sociales que aportan, más que al "progreso" de los derechos, a su retroceso objetivo, como es el caso de las tendencias económicas de la acumulación de capital en la fase actual de globalización y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Segundo: no considerar como parte integrante de la tradición de los derechos humanos a ideas y prácticas de dignidad humana ajenas al ámbito cultural occidental que es el centro de irradiación de los mismos.

En realidad, los derechos humanos se afirman en los procesos sociales que hacen posible la apertura y consolidación institucional y normativa de espacios de lucha por la dignidad humana. Las instituciones y normas deben entonces ser confrontadas en cuanto a su eficacia con los procesos sociales e históricos que les dan sustento, y de los cuales son el producto.

c) En cuanto al conocimiento occidental, su estructura es atomística y deductiva por oposición al carácter más holístico y relacional de otros espacios culturales. De esta forma, la consideración de la eficacia de los derechos humanos se realiza bajo un parámetro atomista, derechos humanos para  $n$  individuos, reconocidos en  $m$  normas, perdiendo de vista los contextos relacionales que sustentan la eficacia o la violación de los mismos. Esto se refleja en el individuo como sujeto privilegiado de protección de las normas de los derechos

<sup>8</sup> Bobbio, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Editorial Sistema. Madrid. 1994. Pp. 63 y ss.

<sup>9</sup> Martínez de Bringas, Asier. *Globalización y derechos humanos*. Universidad de Deusto. Bilbao. 2001. P. 51.



humanos, en detrimento de los grupos sociales. Mientras tanto, en el plano internacional, los sujetos privilegiados son los estados, quienes deben velar y responsabilizarse por los derechos.

Todavía el paradigma dominante, pese a todas las evidencias de su insuficiencia, tiene grandes dificultades para proteger y promover con eficacia que vaya más allá de lo meramente declarativo, derechos de grupos sociales, y de la propia naturaleza o desarrollar formas de responsabilidad por las violaciones de derechos que alcancen también a agentes sociales poderosos como las corporaciones transnacionales, industriales y financieras.

d) La relación con la naturaleza ha sido construida como apropiación y dominación usufructuada por los individuos. Quiere decir que la naturaleza, en relación de exterioridad e instrumentalidad con los seres humanos, puede ser manipulada a voluntad como "propiedad privada". Esta relación que pone a la persona por encima y apartada de la naturaleza se refleja en los derechos humanos y en la dificultad para considerar desde su paradigma dominante las relaciones sociales en el contexto más holístico de las interacciones con la naturaleza y sus consecuencias.

Todo esto se expresa en la grave insuficiencia de las soluciones típicas de un esquema jurídico retributivo a través de sanciones, como el principio de derecho ambiental, "el que contamina paga", y la facilidad con que las prioridades productivistas de la industria en función de la acumulación de capital, burlan los objetivos de reducción de la contaminación y las emisiones que la causan (típicamente la dificultad para el cumplimiento del protocolo de Kyoto y otros instrumentos de derecho internacional ambiental), así como la facilidad con

que en el contexto de la economía capitalista globalizada, las corporaciones transnacionales diseñan su ingeniería jurídico-financiera, con el fin de externalizar los costos ambientales y sociales.

Casos resonantes que reflejan contextos estructurales de violación de los derechos ambientales, económicos, sociales y culturales de comunidades enteras, han sido conocidos no a partir de esos patrones de relaciones sociales, sino solamente a causa de la represión de esas mismas comunidades víctimas, y del asesinato de sus líderes, como sucedió con los Ogoni en Nigeria, con Ken Saro Wiwa y de los caucheros en Acre, Brasil, con Chico Mendes. ¿Cuántas situaciones similares en el mundo escapan a nuestra mirada acostumbrada a la miopía de la casuística de los hechos graves que revisten un "caso" jurídico y mediático?

e) La visión de la sociedad propia de Occidente enfatiza un esquema vertical y fuertemente competitivo e individualista que jerarquiza la primacía de los planos internacional y estatal.

La referencia a esferas trascendentes tiene en la cultura occidental su origen en la teología judeocristiana. Los derechos y los deberes se remiten en última instancia a un Dios trascendental que está en el cielo del cual emanan, como mandamientos, que los juzga y, por supuesto, también se remiten subsidiariamente a la jerarquía de sus representantes en la tierra. Esta ética vertical trascendente occidental es muy distinta a la ética horizontal —inmanente de reciprocidad de derechos y deberes de muchas culturas extraoccidentales, y se ha transmitido a lo largo de la historia a las instituciones nacionales e internacionales secularizadas, típicamente el Estado y las organizaciones interestatales.



Para Galtung existe, como consecuencia de esta herencia cultural de Occidente impuesta globalmente a través de la forma Estado y las instituciones interestatales, una estructura normativa que incide también en la construcción internacional y nacional de los derechos humanos. En sustitución de Dios, apareció el Estado como emisor trascendente de normas de obligaciones/derechos, primero en nombre de la voluntad regia soberana, después en nombre y representación de la nación o el pueblo, y más tarde, las instituciones interestatales aparecieron por arriba en nombre de los mismos estados emitiendo mandatos en el plano mundial.

De esta forma, más allá de los momentos de fundación, de institución, de ejercicio del poder constituyente que genera, como producto de los procesos históricos de lucha por la dignidad humana y del ejercicio de la autonomía, las nuevas legitimidades, la inercia de lo instituido consolida una estructura profundamente vertical que discurre en la producción normativa desde arriba hacia abajo, con exceso mediada y heterónoma, y que disloca la titularidad simbólica de los derechos y su ejercicio efectivo.

En la óptica de Galtung, entonces, la forma de operar en el contexto mundial de los derechos puede entenderse a través de una estructura descendente, en cuyo tope están las organizaciones internacionales (típicamente, el sistema universal de protección de los derechos humanos a través de las agencias de la ONU), como emisores de normas (la Carta Internacional de Derechos Humanos, la Declaración Universal, los pactos internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y luego los demás tratados e instrumentos internacio-

nales), los estados aparecen como receptores de esas normas y responsables últimos de su cumplimiento por acción y por omisión, por debajo, los individuos, titulares simbólicos de los derechos humanos, son en la práctica los objetos de protección de las normas.

Me parece que otra implicación importante de este esquema de Galtung, es que no existen normas que consagren solamente derechos, sino que implícita o explícitamente existe un esquema de derechos y obligaciones, que se revela como estructura social de los derechos humanos si miramos un poco más allá de la estructura normativa. Así, el Estado destinatario de las normas de la "comunidad internacional", que cumple con su responsabilidad, recibe a cambio legitimidad en el sistema mundial, mientras que los individuos a los que se imputan la titularidad de derechos por el Estado y las instituciones internacionales tienen frente al Estado, en contrapartida, una serie de obligaciones o deberes: producir, tradicionalmente imputado a los hombres, reproducir, tradicionalmente imputado a las mujeres<sup>10</sup>, es decir, el deber de enriquecer el Estado en términos de recursos materiales y humanos, pagar impuestos, obedecer la ley, e incluso, el deber militar que puede implicar, *in extremis*, el sacrificio de la propia vida en función de objetivos definidos por el propio Estado.

Estos deberes son bastante pesados en algunos casos y reflejan una estructura paradójica, cuando más derechos reconoce el Estado proporcionalmente crecen

<sup>10</sup> Nótese que la estructura de estas relaciones de producción y de reproducción sustentan desigualdades de clases sociales y de géneros, por las que capitalismo y patriarcalismo aparecen en forma profunda entrelazados material y simbólicamente.



los deberes de los individuos, como indica Galtung: "El Estado da, el Estado saca, loado sea el nombre del Estado, porque es aquí que la sustancia semejante a Dios fue transferida. Pregunta básica: ¿Esto es un buen negocio?"<sup>11</sup>

Esta paradoja de la ciudadanía como "centro de imputación" de derechos y deberes frente al Estado, y la ambigüedad resultante de éste, que es al mismo tiempo garante y responsable último por acción y omisión de los derechos, ha sido apuntada también por Juan Ramón Capella en su ensayo *Los ciudadanos siervos*. Pese a la retórica de la democracia representativa y la ciudadanía, el proceso histórico tiene resultados diferentes: "Hizo al Estado más fuerte que antes, con poderes de intervención ampliados; también fortaleció al poder ejecutivo del Estado —el encargado de la intervención—, respecto de la instancia representativa... Y sobre todo, el proceso facilitó la ampliación inaudita del poder político privado que surge espontáneamente en el sistema: el poder político privado del capital, que crece, en la correlación de fuerzas, frente al poder político público imponiendo su *lex mercatoria*"<sup>12</sup>.

Sin embargo, esta perspectiva, pese a la pertinencia de la crítica a la verticalidad y heteronomía de la relación de ciudadanía frente al Estado, es todavía muy tributaria de estados que retienen capacidad de regulación, que cubren con un recurso a lo público sus decisiones y que aspiran a márgenes de representatividad todavía relativamente importantes. Es decir, a estados ubicados en los centros dinámicos de la acumulación mundial de capital o "centrales". En los estados periféricos, donde

han existido caricaturas populistas y clientelistas del Estado de bienestar, o donde directamente ese "compromiso social" que le daba sustento no ha existido, un desequilibrio entre el carácter obligante y los derechos imputados siempre fue mucho más visible, reflejando la pervivencia de una combinación de formas de autoridad verticales asentadas en la tradición, el pasado colonial y la desigualdad social, mucho más difíciles de justificar bajo la ideología de la representación democrática. La verticalidad del Estado, su carácter obligante y represivo, siempre han sido mucho más claros y, por lo tanto, mucho más patente también su carácter ambiguo, que hace por demás problemático considerarlo garante sin más del cumplimiento de las normas nacionales e internacionales de derechos.

La paradoja de los procesos de democratización que abarcaron vastas regiones del mundo, conocidos como "Tercera Ola", consiste en la novedad histórica de instalar regímenes políticos que se quieren democráticos, al mismo tiempo que en los contextos económicos y sociales condicionantes producidos por la llamada globalización, renuncian a posibilidades sustanciales de avanzar en la igualdad social y, por lo tanto, de trascender el plano declarativo y meramente simbólico en lo que hace a la eficacia de los derechos que van más allá de los de la llamada "primera generación". De esta forma, las democracias y las ciudadanía, que han remitido siempre a una reflexión teórica acerca de contextos históricos de avance de la igualdad y la autonomía de los grupos sociales, han tenido que ser adjetivadas para dar cuenta de sus peculiaridades, en especial de su "baja intensidad" o carácter formal. De la posibilidad históricamente confirmada, en definitiva, de coexistencia de regímenes

<sup>11</sup> Galtung, Johan. *Op. cit.*, p. 21.

<sup>12</sup> Capella, Juan Ramón. *Los ciudadanos siervos*. Trotta, Madrid. 1993. Pp. 149-150.



políticos que pretenden ser democráticos, "de derecho", con contextos de profundo agravamiento de la desigualdad social y la heteronomía como el que caracteriza a América Latina en la actualidad.

No se trata, después de pasar revista al paradigma dominante que hemos llamado "occidental-normativo", de negar todo valor a los innegables avances que después de la Segunda Guerra Mundial se han hecho en la promoción y protección de los derechos humanos por medio del derecho internacional, sino de superar cierta incomunicación e invisibilización del contexto de violencia estructural propio de la globalización neoliberal (lo cual es paradójico, ya que si algo tiene de característico, para bien o para mal este contexto, es la creciente visibilidad mediática de todos y de todo, que no garantiza por sí misma "audiencias críticas", mientras que el derecho, aparece como un ámbito crecientemente opaco aunque se presume a sí mismo público y conocido).

Pero volviendo al hilo central de mi argumentación, se trata más que de negar la importancia de los procedimientos y normas de derecho, lo cual sería necio, de comunicar, relacionar los mismos con los procesos de lucha por la dignidad humana que expresan necesidades irrealizables de no mediar modificaciones de contextos de violencia estructural. Se trata de ir más allá de la punta del iceberg y de enjuiciar las relaciones sociales injustas.

Se trata de comunicar e interpretar los procesos normativos de los derechos humanos, con y desde los procesos sociales, las necesidades y las estructuras. Esta tarea se hace más urgente que nunca en el contexto de la globalización y sus consecuencias en materia de derechos humanos.

**3. En el nuevo contexto, la formalización teórica del paradigma dominante como dogmática jurídica es, además, inadecuado, ya que el derecho internacional de los derechos humanos es una de las jurisdicciones, que con distintas formas, racionalidades, ritmos, objetivos y niveles de eficacia, caracterizan el nuevo contexto.**

Este paradigma hegemónico en la comprensión de los derechos humanos que analizo en la proposición anterior, en realidad, es una de las formas jurídicas que acompaña el despliegue de la globalización. Por eso, sus límites no derivan solamente de sus características intrínsecas y de la cosmovisión cultural occidental que refleja, sino también de su coexistencia e interacción con otras jurisdicciones incoherentes e incluso contradictorias con sus objetivos, formas y racionalidad en el contexto global. Además del derecho internacional de los derechos humanos, tengo en cuenta otras dos formas de jurisdicción que surgen en el contexto de la globalización: la *lex mercatoria* y el "nuevo constitucionalismo".

La primera tiene relación con las prácticas de las corporaciones transnacionales, que establecen un derecho informal, consuetudinario a la vez que flexible para regir las relaciones con sus subcontratistas, con otras empresas transnacionales, e incluso, entre sectores de su propio mercado intraempresario.

Es una forma jurídica que adopta ese nombre por analogía al derecho construido en el pasaje de la edad media a la edad moderna por las prácticas comerciales de los mercaderes que trascendían la unidad económica de los feudos. La actual *lex mercatoria* resulta funcional a los nuevos modelos de gestión y producción



económica segmentados transnacionalmente y articulados en una red que va más allá de las jurisdicciones estatales.

Su objetivo es posibilitar una ingeniería jurídica financiera que maximice las ganancias y reduzca los costos transaccionales, sociales, ambientales y fiscales de la producción. De esta forma, la producción segmentaria se organiza teniendo en cuenta los costos de cada actividad, la posibilidad de externalización de éstos, desplazando las actividades de acuerdo con esta lógica, y la necesidad de flexibilidad e informalidad para las transacciones y eventuales litigios evitando el lento y oneroso ritualismo de las instancias jurisdiccionales de los estados nacionales.

Más allá de las prácticas de las corporaciones transnacionales que pueden subsumirse bajo el rótulo de la *lex mercatoria*<sup>13</sup>, surge además la pretensión de un "nuevo constitucionalismo"<sup>14</sup>, que brinde estabilidad y seguridad a la movilidad del capital, a través de instituciones y formas jurídicas (tratados internacionales multilaterales), que obliguen a los estados. Es decir, un nuevo constitucionalismo que utili-

<sup>13</sup> Respecto a los antecedentes, características y vinculación de la *lex mercatoria* con el sistema mundial ver Faría, José Eduardo. *El derecho en la economía globalizada*. Trotta. Madrid. 2001. Pp. 134-137. De Sousa Santos, Boaventura. *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. ILSA. Bogotá. 1998. Pp. 104-115. También Capella, Juan Ramón. *Fruta prohibida*. Trotta. Madrid. 1997. Pp. 272-278.

<sup>14</sup> El término corresponde a la corriente crítica neogramsciana de las relaciones internacionales y fue utilizado por primera vez por Stephen Gill. Ver Gill, Stephen. "The emerging world order and european change". En: Milliband, Ralph and Panitch, Leo (eds.). *The new world order. Socialist Register 1992*. Merlin Press. London. 1992.

za la forma jurídica y su capacidad de contraer, para asegurar, consolidar y estabilizar la lógica de la globalización neoliberal.

Este término ha sido acuñado para identificar "la doctrina y el conjunto de fuerzas sociales que buscan establecer restricciones sobre el control democrático de las organizaciones e instituciones económicas públicas y privadas"<sup>15</sup>, y abarca en un sentido amplio, tanto la actual configuración institucional de la Organización Mundial del Comercio (OMC), como el fracasado intento del Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI) y el proceso de construcción del Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA). Incluso, puede señalarse que atañe a los aspectos menos democráticos de la UE, en lo que hace a la falta de control ciudadano sobre el contenido de las decisiones que toman sus agencias ejecutivas.

El nuevo constitucionalismo es "garantista": trata de garantizar la libertad de entrada y salida del capital internacional móvil en relación con diferentes espacios socioeconómicos<sup>16</sup>. Las limitaciones de política que esto supone en una era de sustancial movilidad del capital significan que los líderes políticos serán tan responsables ante los mercados internacionales, como lo son ante los electorados. Es decir, deberán aprobar un doble test, ante dos principios de legitimación crecientemente contradictorios, lo que explica la erosión de la representatividad política y el corrimiento hacia el costado represivo, en el continuo consenso/coerción en el que se enmarcan los mecanismos de dominación,

<sup>15</sup> Gill, Stephen. "Gramsci and global politics. Towards a post-hegemonic agenda". En: Gill, Stephen (ed.). *Gramsci historical materialism and international relations*. Cambridge University Press. Cambridge. 1993. P. 10.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 11.



especialmente en los estados periféricos, hasta hace poco llamados "mercados emergentes" de Asia, América Latina, etc.

Reflexionando sobre el proceso de construcción de la UE, en sus aspectos menos democráticos, relacionados con las agencias ejecutivas de carácter económico y político carentes de controles y lejanas de la ciudadanía, cuyas decisiones prevalecen sobre las leyes y a veces sobre las constituciones, Luigi Ferrajoli se ocupa del "nuevo constitucionalismo". Ferrajoli verifica una crisis del constitucionalismo "*subsiguiente a la alteración del sistema de fuentes producida por el ingreso de fuentes de carácter internacional en nuestro ordenamiento*", situación que "*lleva consigo el riesgo de deformar la estructura constitucional de nuestras democracias... que, está en la base de la función misma del derecho como sistema de garantías*"<sup>17</sup>.

Por otra parte, la coexistencia de legitimaciones diversas, aquélla basada en la democracia y los derechos y la que sustenta ideológicamente la globalización neoliberal, y su traducción en el plano institucional y jurídico de la emergencia del "nuevo constitucionalismo", hace difícil establecer con claridad la jerarquía de las fuentes normativas y aleja radicalmente cualquier tendencia (siempre irrealizada) hacia la unidad, coherencia y completitud del derecho internacional.

El "nuevo constitucionalismo" plantea, entonces, un paradigma jurídico<sup>18</sup> opuesto al del constitucionalismo global o

la globalización del Estado de derecho y que pugna por hacerse hegemónico, como ya lo son los intereses económicos y financieros y la ideología neoliberal que lo sustentan.

En la teoría del derecho, el paradigma que en la tesis anterior denominé como "normativo occidental" ha sido alimentado por las formas de entender el fenómeno jurídico construidas desde la dogmática jurídica. Ellas suponen la ubicación del orden jurídico en un *locus* privilegiado, el Estado nacional soberano. De esta forma, la dogmática jurídica construye esa imagen piramidal del derecho en la cual hemos sido formados los operadores jurídicos en general. Con una constitución, unas normas generales-abstractas y unas normas particulares que las aplican a los casos concretos, cayendo en cascada desde el vértice a partir de las ideas de sistematicidad, unidad o monismo del derecho que nace del monopolio estatal de la producción jurídica, jerarquía de fuentes, derivación lógico-normativa, etc.

Estas características tienen relación también con el lado formal del Estado de derecho: la seguridad jurídica que se alcanza al regular con normas patrones de relaciones sociales relativamente estables o previsibles que aseguran una esfera de producción y reproducción económica y, por lo tanto, de acumulación de capital que por lo general se traduce en las imágenes y metáforas de los mercados y de los contratos en la época del Estado liberal,

<sup>17</sup> Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta. Madrid. 2002. P. 30.

<sup>18</sup> Por paradigma jurídico entiendo, siguiendo a Jürgen Habermas, "Los nexos de sentido que permanecen latentes para los implicados mismos y que objetivamente establecen una conexión entre el

sistema jurídico y su entorno social, y también subjetivamente, a través de la imagen que los juristas se hacen de sus contextos sociales". Ver Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trotta. Madrid. 1998. P. 477.



y de los acuerdos neocorporativos o pactos sociales en la época de los estados de compromiso, ya sea en sus versiones centrales o periféricas.

Sin embargo, como lo ha explicado de diferentes formas la extensa literatura que analiza el impacto de los procesos de globalización sobre el Estado, la soberanía está siendo afectada, cuando no seriamente mellada y las funciones estatales modificadas por el nuevo contexto.

Aquí vale hacer la aclaración que no comparto ciertas visiones globalistas que sustentan la lisa y llana desaparición del Estado soberano como actor relevante. Estas posiciones reflejan un reduccionismo y un simplismo en el nuevo contexto, similar a las versiones reduccionistas de las épocas de apogeo del Estado nacional en la llamada teoría general del Estado, que se reflejaban en una visión metafísica de la soberanía<sup>19</sup>. Pero una vez hecha esta aclaración es necesario advertir que en tanto la relación social que se expresa en la forma de Estado se modifica con los procesos de

la globalización, se está modificando también al mismo tiempo el supuesto básico subyacente de la teoría dogmática del derecho que empapa el paradigma normativista-occidental de los derechos humanos.

En efecto, el Estado capitalista de la época de la globalización neoliberal y el predominio de la fracción financiera es, tanto en el centro como en la periferia, muy diferente del Estado liberal y del Estado de compromiso social. Se caracteriza por ser balizado y limitado en su elenco de políticas económicas: a) por una fuerte heterorreferencia hacia la centralidad del mercado como espacio social privilegiado, b) por su tendencia a intentar mediar entre sistemas normativos en su funcionalidad diferenciados y relativamente autónomos que afectan la pretensión de estructuración jerárquica, basada en normas abstractas y generales.

Finalmente, c) por su creciente dificultad para lograr un compromiso entre su carácter capitalista y, por lo tanto, garante de la acumulación de capital para sus agentes

<sup>19</sup> El Estado era considerado como un macrosujeto con personalidad jurídica, con características inmutables y esenciales, en el otro extremo, desde las teorías instrumentales era tomado como una "cosa" que podría ser utilizada de acuerdo con los designios de los grupos sociopolíticos que accedían al poder del gobierno, ya sea en versión de ideología liberal, socialdemócrata o leninista. Entonces, como ahora, es preciso oponer a esas visiones reduccionistas una visión relacional del Estado. Éste es, y ha sido siempre, una relación social, histórica y fluctuante, una condensación de una relación de fuerzas entre clases, etnias, regiones y sexos, tensionada entre sus pretensiones de legitimidad y su carácter estructuralmente capitalista. Si la doctrina de la soberanía siempre tuvo algo de metafísica, en el nuevo contexto se trataría de disociar parcialmente soberanía de estatalidad. Esta última no desaparece

con la globalización, sino que se refuncionaliza en la medida en que se modifican las relaciones sociales. Aquella fue siempre una forma ideológica de entender la autonomía relativa del Estado, en tanto que "forma rigidizada" de las relaciones sociales, que resulta difícil de sostener retóricamente en el nuevo contexto. Corolario: el Estado no desaparece, sigue siendo importante como garante de la acumulación de capital, y como locus de legitimación, asumiendo funciones nuevas que varían en cada caso, según una multiplicidad de factores, entre los cuales es muy importante tener en cuenta su carácter central o periférico en la economía-mundo. Ni hablar de los estados que actúan en los centros dinámicos de acumulación de capital a escala global y, especialmente, de los Estados Unidos de Norteamérica. ¿Cómo puede ante esos ejemplos sustentarse la desaparición del Estado?



económicos y de representante de una legitimidad democrática ante sus ciudadanos titulares de derechos. Esta tensión entre legitimación y acumulación se hace más patente cuando el Estado participa menos de los centros y procesos más dinámicos de la economía-mundo capitalista.

Como explica José Eduardo Faria<sup>20</sup>, la reflexión sobre estos cambios en las formas de juridicidad, que acompañan el despliegue de los procesos de globalización, ha sido abordada principalmente desde dos enfoques: el derecho internacional público y el pluralismo jurídico.

El primero parece adaptarse mejor al nuevo contexto que la imagen dogmática del derecho, dadas sus características: un bajo grado de coercibilidad, una indiferenciación jerárquica de sus normas que surge del principio (formal) de la igualdad soberana de los estados como actores del derecho internacional, lo que está en el origen de su evolución hacia técnicas de composición de intereses, garantías de coexistencia y cooperación, que morigeraron históricamente el siempre posible recurso a la fuerza como solución de los conflictos en las relaciones internacionales.

Al ser el derecho internacional, entonces, un derecho construido preponderantemente como convenciones entre sujetos soberanos, la distinción propia de los órdenes jurídicos nacionales jerárquicos entre ley y contrato se difumina en el contexto internacional, y la cohesión jurídica no puede estar asegurada siguiendo una lógica vertical sino una transversal y horizontal.

Si una de las imágenes y objetivos de las tendencias neoidealistas y cosmopolitas de las relaciones internacionales que se tuvo siempre presente desde el fin

de la Segunda Guerra Mundial y la creación del sistema de la ONU ha sido el de un derecho internacional que tendía a parecerse más a los ordenamientos jurídicos nacionales, teniendo en su vértice una jerarquía de normas que aseguraban la proscripción del uso de la fuerza en las relaciones internacionales, la cooperación y la paz internacionales, y los derechos humanos, la realidad de las formas de juridicidad que acompañan el despliegue de la globalización realmente existente parece ser el de la construcción de formas diferentes de derecho, que se caracterizan por tener distintos objetivos, racionalidades, velocidades y niveles de eficacia, donde los sistemas universales y regionales de protección de los derechos humanos coexisten con otras formas de juridicidad, como la *lex mercatoria* y el "nuevo constitucionalismo".

Pareciera que son los órdenes jurídicos nacionales los que se aproximan cada vez más a las características del derecho internacional y no al revés. En efecto, estos procesos de crisis del modelo dogmático del derecho van enfatizando, por contraste, las características de policentrismo normativo, relativización del carácter absoluto de la soberanía, dispersión del poder normativo entre organizaciones internacionales, estados y empresas multinacionales, la interpenetración de lo público y lo privado, factores que van minando la capacidad del derecho estatal de organizarse en forma de actos unilaterales que transmiten de modo imperativo las decisiones y mandatos del legislador o del gobierno.

El derecho se transforma en un acto multilateral como en el ámbito internacional, al expresar voluntades concordantes sobre objetivos comunes, pero la analogía se termina ahí, porque a diferencia de aquél, que es una instancia de representación de

<sup>20</sup> Faria, José Eduardo. *Op. cit.*, pp. 128 y ss.



los estados, su contenido, que pretende ser resultado de la soberanía popular, en la práctica resulta de opacos e intrincados procesos de negociación y presión que quedan fuera de los mecanismos democráticos deliberativos que tienen relación con la publicidad en el proceso de creación de las normas jurídicas.

Estos procesos se inician y definen generalmente antes de pasar por el ritual del poder legislativo o de su adopción por el ejecutivo y terminan en el momento de su aplicación. La opacidad ampara la entronización de las desigualdades de poder en la capacidad de presión sobre los gobiernos y mayorías parlamentarias y esto lógicamente repercute en el grado de eficacia de unos derechos humanos que sólo se afirman en el cada vez más difícil ejercicio de una ciudadanía igualitaria, activa y pluriforme.

En definitiva, estamos aquí ante una inversión del proceso que se supondría haría evolucionar el derecho internacional hacia un modelo cosmopolita, caracterizado por el acercamiento de la imagen de éste a la de los órdenes jurídicos nacionales. Por el contrario, es el derecho de los estados nacionales el que se va asemejando a las características del derecho internacional, planteando de esta forma escenarios muy complejos a la hora de visualizar las posibilidades de avance en la implementación del derecho de los derechos humanos, y ello, como correlato de líneas de fragmentación social, crecimiento de la desigualdad, retroceso de la ciudadanía y reforzamiento de los lazos de unos poderes privados y públicos crecientemente opacos.

Por su parte, el pluralismo, que no constituye novedad en el pensamiento social sobre el fenómeno jurídico, ha sido siempre, sin embargo, relegado a los márgenes de la teoría del derecho, a raíz del predominio del paradigma de la dogmática

jurídica. No obstante, frente al desarrollo de jurisdicciones de formas, velocidades, grados de eficacia y objetivos diferentes que acompañan los procesos de la globalización, el paradigma del pluralismo vuelve a ganar terreno como una descripción plausible de los intrincados caminos de los derechos globales.

Supone la existencia de la interlegalidad no solamente como coexistencia de distintos tipos de derecho, sino también como articulación, superposición e interpenetración de varios espacios jurídicos. Este bagaje conceptual permitiría dar cuenta de la práctica de las organizaciones transnacionales que había calificado como *lex mercatoria*, es decir, el tendido de complejas redes de acuerdos formales e informales a escala mundial, estableciendo sus propias reglas, procedimientos de resolución de conflictos y criterios de legitimación. Expandiendo, de esta forma, los espacios de autorregulación, y minando las capacidades del derecho internacional y de los derechos nacionales de regular, por ejemplo, las condiciones sociales y ambientales de la inversión extranjera directa (IDE), de los flujos de capital financiero, etc.

En ese sentido, la capacidad explicativa del paradigma del pluralismo jurídico sería superior a aquélla basada en las características del derecho internacional, en tanto éste solamente abarca el derecho oficial establecido en el marco de la interestatalidad y no el propio de las prácticas económico-financieras de producción y gestión de las corporaciones transnacionales.

En la propuesta de comprensión del pluralismo jurídico sostenida por Boaventura de Sousa Santos<sup>21</sup>, las sociedades

<sup>21</sup> De Sousa Santos, Boaventura. *A crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência*. Cortez Editora. São Paulo. 2001. Pp. 261 y ss.



capitalistas estarían sustentadas en la interlegalidad de varios modos de producción del poder y del derecho, cada una de los cuales tendría sus formas específicas de unidad de práctica social, con formas institucionales específicas, mecanismos específicos de poder, formas de derecho, racionalidad y epistemologías diferenciadas.

Resultando de su interacción, superposición, solapamiento, la formación de espacios heterogéneos e híbridos. Por ejemplo, ámbitos como los que tienen relación con las formas de organización de la salud y la educación en las distintas sociedades combinan de forma variable elementos de los espacios de comunidad, doméstico, mercado, ciudadanía y mundialidad.

En este contexto general de pluralismo jurídico, la *lex mercatoria*, el nuevo constitucionalismo y el derecho internacional de los derechos humanos, se desarrollan en un terreno de juridicidades de geometría variable que acompañan los procesos de despliegue de la globalización, con diferentes ritmos, grados de eficacia y expresando objetivos y racionalidades distintos.

Mientras los sistemas de protección universal y regional de los derechos humanos se han desarrollado lentamente desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, con la adopción de la Carta Internacional de Derechos Humanos, los tratados internacionales posteriores en el ámbito de las Naciones Unidas, y los mecanismos regionales de los cuales puede pregonarse eficacia solamente del europeo y del americano. Al mismo tiempo, debido a una serie de características intrínsecas a estos sistemas que reseño en la tesis anterior, como extrínsecas, provenientes de los contextos históricos, se han desarrollado de forma escindida en lo que hace a los grados de eficacia

de las categorías o generaciones de derechos (de primera, segunda, tercera generación, etc.), que, sin embargo, se proclaman como universales, interdependientes e indivisibles.

Estos sistemas de derecho internacional de los derechos humanos se atienen a una racionalidad formal, basada en tratados convencionales de derecho internacional público, que establecen sus procedimientos y sus supuestos normativos. Su funcionamiento es discontinuo, basado en la casuística de hechos individuales que son juzgados en la medida en que se configuren los presupuestos materiales y formales exigidos, sus efectos son restitutivos, ya que se repara materialmente a las víctimas o sus familiares y se restablece de manera simbólica el orden jurídico, una vez producida de hecho la violación de los derechos humanos. Más allá de la casuística, el derecho internacional de los derechos humanos ejerce también una forma de influencia y promoción sobre los estados, a través de los órganos especializados de la ONU y de los sistemas regionales, por medio de informes periódicos y consultas, que los condiciona en tanto constituyen una forma de mantener niveles básicos de legitimidad estatal ante los ojos de la comunidad internacional. Nuevamente, hay que constatar que la sensibilidad de estos procedimientos de informes, consultas, etc., está siempre mucho más volcada hacia los derechos llamados de primera generación, que hacia el resto de éstos.

Por el contrario, la *lex mercatoria* obedece a una nueva configuración segmentaria y articulada de forma flexible de la producción y la gestión económicas, cuyos actores principales son las corporaciones transnacionales, con un desarrollo que data de los últimos 25 años aproximadamente,



su funcionamiento es continuo, ya que supone convenios informales entre proveedores, subcontratistas en el espacio intra e interempresario que deben permitir procesos continuados de producción, distribución de bienes y servicios con el máximo grado de rentabilidad, de ahí también que su modalidad sea flexible e informal, incluso en los casos de conflicto, donde se buscan evitar la rigidez y lentitud de los procesos judiciales. La lógica del desarrollo de la *lex mercatoria* favorece estructuralmente a los actores más poderosos con más capacidad de negociación, de desplazamiento de actividades en función de la reducción y externalización de costos sociales, fiscales y ambientales.

El "nuevo constitucionalismo" es, como vimos, un desarrollo novedoso, que viene a cumplir la función de asegurar subsidiariamente, por medio de la forma y la fuerza jurídicas el funcionamiento de los mercados internacionales de bienes y servicios. Se presenta a sí mismo como un corrector de segunda instancia que restituye la normalidad del "orden espontáneo" del mercado en caso de que conductas arbitrarias de los estados lo lesionen. Por conductas arbitrarias deben entenderse aquellas políticas de los estados que sean contradictorias respecto a la tendencia de liberalización del comercio, las inversiones y los servicios. Pienso en el ejemplo paradigmático del procedimiento de solución de disputas de la OMC.

Su forma es la de los tratados de derecho internacional, su actuación es casuística y sus sanciones son restitutivas. Pero actúa de forma subsidiaria y disciplinaria cuando las tendencias, que son consideradas naturales o espontáneas a la liberalización de los mercados, son rechazadas o demoradas por los estados.

Evidentemente, llamar a este paradigma "nuevo constitucionalismo", constituye una ironía (¿talvez destinada a los juristas?) de Stephen Gill y los teóricos críticos de las relaciones internacionales<sup>22</sup>, toda vez que el mismo, al fundarse en la legitimación eficientista, técnica y economicista, está en realidad en las antípodas del paradigma garantista y democrático de los derechos humanos.

Pese a lo que podría pensarse, la situación de pluralismo jurídico hace que entre estas formas diversas de derecho que acompañan los procesos de la globalización, no exista una jerarquía de fuentes normativas. Así, la OMC es un tratado internacional de derecho público que abarca en la práctica la totalidad de estados relevantes en el sistema internacional, incluso China y Cuba, que no depende formalmente del sistema ONU, mientras que la *lex mercatoria* al tener su fuente en las costumbres flexibles y acuerdos informales de los espacios interempresarios de las corporaciones multinacionales, transnacionales y sus redes de proveedores y subcontratistas, tiende a escapar de regulaciones internacionales y a dejarse sujetar solamente por las regulaciones jurídicas nacionales menos costosas en términos sociales, ambientales y fiscales, que incluso son impuestas a los estados como condición para recibir algún tipo de inversión económica, bajo el chantaje de quedar excluidos de los flujos de producción y comercio internacionales.

Por lo tanto, dos conclusiones: nada más lejos de la imagen de la pirámide jurídica que acompañó el desarrollo del paradigma en crisis de la dogmática jurídica que la geometría variable de las formas plurales de derecho global.

<sup>22</sup> Gill, Stephen. *Gramsci, historical materialism and international relations*. Op. cit.



Una segunda conclusión es que los objetivos y efectos tanto de la *lex mercatoria* como del "nuevo constitucionalismo", son contradictorios con la universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, ya que así entendidos y buscados, los derechos son distorsiones del libre mercado<sup>23</sup>.

**4. La aparente dispersión de las formas de pluralismo jurídico global, no carece, sin embargo, de articulación y jerarquía, que se explican como consecuencia de su lógica hegemónica. Para comprenderla es necesario un enfoque transversal, una mediación disciplinar entre el derecho y las ciencias sociales que estudian los diferentes aspectos de la globalización y entre las distintas ramas y ámbitos del propio derecho que nos ayude a comprender cuál es la lógica de la construcción de juridicidad en relación con los imperativos del nuevo contexto.**

Las consecuencias de un análisis de la globalización como articulación jerárquica se proyectan aquí en el campo de las juridicidades plurales. Esos diversos derechos que se desarrollan a distintas velocidades se entrelazan, sin embargo, de forma funcional en una interlegalidad propia y característica de la globalización.

En la dinámica de la sociedad capitalista, la naturaleza del poder y el carácter del derecho no son atributos exclusivos de ninguna forma política, social, institucional o jurídica específica, sino el resultado de

sus distintas posibilidades de articulación. Resultan de la articulación de diferentes derechos con distintos tipos de normas, productos, escalas, áreas de competencia y mecanismos de adjudicación. Pero su modo de articulación no es caótico, sus interrelaciones son asimétricas. Alguno o algunos de los espacios que actúan como modos de producción del poder y del derecho cumplen en un determinado momento la función de balizadores, dándole un determinado matiz a las distintas instancias de lo social.

Cuando la articulación es hegemónica, y en este caso, estoy sosteniendo que lo es, además el resultado se presenta como algo más o menos evidente y sobre lo que existe un consenso básico de fondo, que generalmente no es problematizado, o bien, las posiciones críticas, que se salen del consensualismo alrededor de las características fundamentales del modelo, son tratadas como "excéntricas", "extremistas", etc.

Así, luego de la Segunda Guerra Mundial, con el predominio de modelos estatistas y desarrollistas, ya sea en sus versiones de bienestar, soviéticas, populistas o de socialismo afroasiático, el derecho estatal era el balizador por excelencia de los demás espacios de producción del poder y del derecho, ya sean los espacios domésticos, comunitarios, de ciudadanía, de producción, de mercado, o incluso, se proyectaba en la proliferación del derecho interestatal a escala mundial, por seguir la clasificación de Boaventura de Sousa Santos. El derecho tenía como referente y colaboraba en tanto medio de organización y control social a la centralidad de la regulación y de la planificación de las relaciones sociales en sus distintas variantes. De esta forma, era también funcional a la expansión

<sup>23</sup> Como explica Franz Hinkelammert. Ver "El proceso actual de globalización y los derechos humanos". En: Herrera Flores, Joaquín (ed.), *El vuelo de Anteo. Op. cit.*, pp. 117 y ss.



del espacio de la ciudadanía a través de los derechos sociales, de los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos, e incluso, en la etapa final de esta forma de hegemonía, a la visualización de los obstáculos que, desde la dinámica de la relación Norte-Sur, se oponían a la expansión de la ciudadanía social y del derecho al desarrollo, sintetizados en el reclamo de un Nuevo Orden Económico Internacional.

En la articulación hegemónica actual, los espacios balizadores y el desplazamiento de la regulación pasan fundamentalmente por la producción y el mercado que fijan parámetros o modulan la autonomía (siempre relativa) de los demás espacios: el mundial, el de ciudadanía y el comunitario. Así, la *lex mercatoria* aparece como resultado de una nueva forma de articulación entre el espacio de la producción y el espacio del mercado, mientras que el nuevo constitucionalismo aparece como el resultado de la proyección sobredeterminante de aquella articulación central sobre el derecho interestatal. Ambas, a su vez, iluminan con un matiz diferencial los espacios de la ciudadanía, de la comunidad, de lo doméstico.

Por lo tanto, al no existir jerarquía formal de fuentes entre estos espacios de producción del derecho y el poder, se plantean las siguientes exigencias metodológicas: a. No vale quedarnos encerrados en una teoría jurídica general o especial tradicional, necesitamos una mirada oblicua que relacione las distintas ramas del derecho, e incluso, transdisciplinaria, que relacione el derecho con las comprensiones sociales y económicas de la globalización. b. Su articulación jerárquica debe ser rastreada a través de huellas que podemos visualizar por medio de instrumentos teóricos que

son transdisciplinarios y/o que han sido desarrollados desde una perspectiva jurídica crítica.

Se me ocurre por ahora recurrir a dos de estos instrumentos: la consideración de los diferenciales de eficacia<sup>24</sup> de los distintos derechos como signo de su articulación jerarquizada y funcionalmente diferenciada, y los juegos jurídicos metanormativos.

El diferencial de eficacia entre los mecanismos universales y regionales de protección internacional de los derechos humanos (que echan de menos, por ejemplo, procedimientos y normas tan efectivos y coercitivos como los de la OMC) y los mecanismos de protección de los "derechos" de las corporaciones transnacionales, por medio del mecanismo de resolución

<sup>24</sup> Por eficacia, siguiendo a Juan Ramón Capella, entiendo la que tiene una norma o conjunto de normas jurídicas respecto a un fenómeno empírico dado, en el sentido de determinante causal de tal fenómeno. Se trata de una relación material que se refiere al impacto de la norma sobre el universo social. Por eso hay que distinguir la evaluación *ex post* que hacen los sociólogos o historiadores, de las evaluaciones *a priori* desde el punto de vista político o desde quienes utilizan retóricamente el discurso jurídico. Por otra parte, como advierte Capella, la eficacia buscada declarativamente por la autoridad puede no coincidir con la perseguida en realidad por ella. Estas observaciones generales de Capella son pertinentes para las normas de los derechos humanos. Su uso retórico, como abundaré más adelante, está íntimamente vinculado con la representación que en la visión hegemónica se construye sobre las relaciones sociales. La eficacia no debe confundirse, por otra parte, con la efectividad institucional que es un buen indicador del incumplimiento de los deberes de los gobernantes, tecnócratas e instituciones en relación con las normas de los derechos humanos. Ver Capella, Juan Ramón. *Elementos de análisis jurídico*. Trotta. Madrid. 1999. Pp. 85-86.



de conflictos de la OMC y el entorno económico global favorable que proveen el FMI y el BM, son un síntoma de que la articulación hegemónica de la interlegalidad global tiene el efecto de conferir eficacias diferenciales, e incluso, de activar y/o desactivar "zonas" enteras del derecho internacional, especialmente aquéllas que constituyen distorsiones u obstáculos a la acumulación y libertad del capital y sus sujetos privilegiados: las corporaciones transnacionales.

La eficacia diferencial de distintas porciones del "orden jurídico internacional" es signo de hegemonía<sup>25</sup>. La hegemonía del neoliberalismo y la fuerza estructural del capital activan diferencialmente porciones del dispositivo jurídico, lo que tiene una incidencia directa en la respuesta a la pregunta acerca de qué derechos se globalizan y cuáles, no sólo no lo hacen, sino que ven constreñidos sus niveles de garantía estatal, rompiéndose de esta forma su inescindibilidad y unidad y, por lo tanto, su universalidad<sup>26</sup>. De esta forma, si la separación de los derechos en "generaciones" era fundada en la época de la guerra fría en

la lucha ideológica, hoy es sustentada en la sobredeterminación o matización que la articulación hegemónica de la interlegalidad global produce: pueden globalizarse los derechos que son retóricamente compatibles con la acumulación de capital a escala mundial, que suponen marcos de previsibilidad y seguridad jurídica para la libertad de inversión y el derecho de propiedad privada, es decir, que no suponen regulaciones jurídicas y mucho menos transferencias de poder que interfieran con el "orden natural" del mercado globalizado.

Estos diferenciales de eficacia entre zonas de la interlegalidad global repercuten también en los órdenes jurídicos nacionales de los estados, y son receptados de distinta forma: por ejemplo, a través de la ficción de la distinción entre normas programáticas y operativas. Éstas son inmediatamente aplicables, mientras que aquéllas constituyen un "programa" que debe ser reglamentado y que queda sujeto entonces a la implementación futura del Estado. La ficción consiste en confundir los derechos con el tipo de cláusulas que los regulan, así los derechos de primera generación son en general considerados como normas operativas e inmediatamente exigibles, y los de las generaciones posteriores como normas programáticas y, por lo tanto, condicionados a su reglamentación y a las políticas del Estado correspondientes. Además, dadas las condiciones adversas como los estados de cosas y las obligaciones fomentadas por la globalización económica y su trama de condicionalidades, por ejemplo, los programas de ajuste del FMI y las obligaciones jurídicas ante la OMC, "lo programático (cláusula=derecho) se equipara con la inexistencia del derecho"<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Como dice Óscar Correas, "Todas las ideologías proponen conductas. Sin embargo, no hay ninguna otra ideología que, como el derecho, las proponga describiendo expresamente las conductas requeridas para evitar la sanción... Podría decirse que el índice de ventas, por ejemplo, podría ser signo de la eficacia de la propaganda comercial de un producto. Es cierto. Sin embargo, no diríamos que ello es signo de hegemonía política. El derecho es la ideología que, como ninguna otra, puede indicar posesión, crisis o falta de hegemonía". Correas, Óscar. "Kelsen y Gramsci o de la eficacia como signo de hegemonía". En: *Crítica Jurídica*, nº 10. México. 1992. Pp. 41-42.

<sup>26</sup> Derechos humanos universales, indivisibles e interdependientes, adjetivos que uso en este trabajo de acuerdo con la calificación usual de los mismos a partir de la Conferencia de Viena organizada por las Naciones Unidas en 1993.

<sup>27</sup> Raffin, Marcelo S. "Como quedar bien con Dios y con el Diablo. Derechos humanos y teoría de la operatividad y programaticidad de las normas jurídicas". En:



Por otra parte, un entorno económico global favorable a la libertad de acumulación y circulación del capital y contrario a los derechos sociales y ambientales, también y complementariamente se puede analizar a través de lo que Juan Ramón Capella<sup>28</sup> llama juegos metanormativos, como el "compromiso condicionado de autoridad".

Así, por ejemplo, las normas que regulan las funciones que el FMI debe cumplir en la economía internacional tienen como condición de aplicación comportamientos económicos de los estados (léase el acatamiento de las pautas del llamado "Consenso de Washington"), que no constituyen un deber jurídico de éstos.

Esa buena conducta macroeconómica de los estados de acuerdo con la ortodoxia económica monetarista, emergente de dicho "consenso", no está prescrita en normas de tratados internacionales ni tiene sanción jurídica en caso de incumplimiento. Se trata de reglas económicas, legitimadas "técnicamente" que hay que seguir para obtener ciertos bienes (crédito internacional), cuya provisión es regulada por la autoridad económica internacional del FMI.

Aquí, como explica Capella, las reglas constituyen técnicas que se deben seguir para producir estados materiales de cosas para conseguir determinados bienes que solamente la autoridad puede proveer.

Es evidente que la autoridad internacional del FMI en materia económica se ejerce por su capacidad material de inducir comportamientos macroeconómicos de los

estados altamente endeudados y dependientes del crédito internacional, para lo cual se establecen las "reglas técnicas" de la buena conducta económica. Cabe destacar, sin embargo, que esta capacidad material disciplinaria del FMI, siendo extrajurídica, refuerza un contexto socioeconómico contrario a la eficacia de los derechos económicos y sociales<sup>29</sup>.

Por lo tanto, es evidente también que esa capacidad de fomentar estados de cosas y comportamientos sin recurrir a la coacción jurídica, está sin embargo, estrechamente ligada a los contextos de violencia estructural que el paradigma alternativo de los derechos humanos debe visualizar y combatir.

<sup>29</sup> Por ejemplo, para acceder a un acuerdo con el FMI y, por lo tanto, al crédito internacional del Fondo (y también del BM y el BIR, que están atados a dicha condición), Argentina, a diciembre del 2002, cuando escribo estas líneas, debe, según los técnicos de dicho organismo: 1. terminar con las acciones judiciales de amparo que están permitiéndoles recuperar a los pequeños ahorristas (los grandes jugadores, como los bancos internacionales, fondos de inversión, etc., fugaron capitales antes de la crisis de diciembre de 2001 por decenas de miles de millones de dólares), sus ahorros confiscados (el llamado "corralito") y devaluados ("pesificados") por el Estado, para sustentar la liquidez del sistema financiero y bancario, 2. permitir a las empresas concesionarias de servicios públicos esenciales privatizados un aumento de tarifas promedio del 30%, que repercutirán sobre los grupos sociales de menos recursos en un ya gravísimo contexto de desigualdad social, crecimiento de la pobreza, mortalidad y desnutrición infantil, etc., 3. generar un superávit fiscal del 2,5% del PBI para el año 2003, en un contexto de grave desinversión pública en salud, educación, vivienda, etc.

Lecciones y ensayos, n° 67/68. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UBA, Buenos Aires, 1997. P. 257.

<sup>28</sup> Capella, Juan Ramón. *Op. cit.*, pp. 120 y ss.



5. Los derechos humanos se globalizan parcialmente. Los que lo hacen son compatibles con los imperativos de la acumulación, libertad y movilidad del capital global, expresando la relación de fuerzas entre los nuevos actores del escenario global, y perpetuando la escisión entre los derechos humanos. En este contexto, cabe preguntarse, ¿qué derechos se globalizan y quiénes son sus beneficiarios?

Respondiendo a esta pregunta, María José Fariñas sostiene que "se consolida como global el respeto universal y formal de los derechos humanos en cuanto concepto propio de la cultura occidental, y especialmente de los derechos humanos de carácter individual y liberal, que no representan ninguna limitación en contra del principio básico de la libertad del mercado, y que son compatibles, por lo tanto, con la ideología neoliberal del mercado global, que en la práctica representa la explotación más despiadada de los seres humanos y de la naturaleza"<sup>30</sup>.

Los derechos que no se globalizan son la otra cara de la moneda, ya que la globalización neoliberal perpetúa y profundiza esa situación, descrita por Pierre Sanó: "la evolución de la legislación internacional relativa a los derechos humanos ha estado marcada por una separación, tan artificial como engañosa, entre derechos civiles y políticos, por una parte, y derechos económicos, sociales y culturales, por otra; una separación que reflejaba un mundo polarizado por el conflicto ideológico y estratégico de la guerra fría... Hoy resulta esencial atender al desequilibrio entre los

derechos económicos y los demás derechos de la persona, dado que el debate sobre las libertades fundamentales se desarrolla, cada vez más, en la esfera económica. Cuando los gobiernos no hacen nada para proteger a sus ciudadanos de los efectos negativos de la mundialización, la necesidad de hacer respetar y reforzar los derechos económicos es más evidente"<sup>31</sup>.

Estamos, entonces, ante la subsunción de los derechos humanos frente a la acumulación mundial de capital y sus necesidades, según las entiende la hegemonía ideológica del neoliberalismo, porque más allá de la retórica legitimadora, en realidad unos derechos humanos realmente universales, indivisibles e interdependientes constituyen distorsiones del mercado, y su garantía jurídica una regulación inadmisible en el paradigma neoliberal.

Con el desarrollo del Derecho Internacional Contemporáneo, más allá de los estados, dos nuevas subjetividades jurídicas se van afirmando, la de las personas, por medio de los mecanismos universales y regionales de protección internacional de los derechos humanos, y la de las corporaciones multinacionales económicas y financieras, por medio de la *lex mercatoria* y el "nuevo constitucionalismo", en el contexto favorable de la globalización económica.

Sin embargo, los intereses y las necesidades de ambas subjetividades convergen contradictoriamente, provocando que el postulado de universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, heredado de la Conferencia de Viena de 1993, se vea desmentido en la práctica. Los derechos aparecen escindidos,

<sup>30</sup> Fariñas Dulce, María José. *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*. Dykinson. Madrid. 2000. P. 15.

<sup>31</sup> Sanó, Pierre. "A 50 años de la Declaración Universal". En: *Le Monde Diplomatique. Geopolítica del caos*. Debate. Madrid. 2001. Pp. 358-359.



afectándose de esta forma la eficacia de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, ya que éstos requieren regulaciones nacionales, regionales y globales que afectan la libre movilidad del capital y, por lo tanto, los "derechos" de las corporaciones, portadoras de los intereses hegemónicos.

En relación con los derechos humanos y con los derechos sociales, tomados en su totalidad, los Acuerdos de la Ronda Uruguay, que culminaron en la institucionalización de la OMC, más el entorno favorable que presiona hacia la liberalización económica a través de la influencia de las otras instituciones económico-financieras internacionales, crearon un sistema global de comercio construido para servir a las corporaciones multinacionales, dándoles los recursos para mover la producción alrededor del mundo y para proveer servicios o bienes a numerosos mercados simultáneamente.

El intento fallido de establecer el Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI), por el cual las empresas multinacionales podrían enjuiciar ante una jurisdicción internacional obligatoria a los estados receptores de sus inversiones, es sintomático de una tendencia: la de conferir un reforzamiento de la posibilidad de las empresas transnacionales de ser sujetos de derecho internacional en un pie de igualdad frente a los estados.

Este reforzamiento de la subjetividad de derecho internacional de las corporaciones transnacionales, pese al fracaso del AMI, ya está teniendo un ámbito propio en la OMC para su desarrollo y expansión, porque paralelamente al ámbito de regulación de los servicios, propiedad intelectual, inversiones y contratación pública, tanto los Estados Unidos como la UE, están llevando ante la jurisdicción de la OMC los

reclamos de sus empresas frente a terceros estados y, de esta forma, apoyando sus esfuerzos por instalarse ventajosamente en terceros mercados.

A pesar de que el procedimiento de solución de diferencias de la OMC tiene como actores exclusivos a los estados, los Estados Unidos<sup>32</sup> y la UE<sup>33</sup> se han dotado de procedimientos administrativos, mediante los cuales las empresas pueden solicitar a la administración la presentación de reclamaciones contra prácticas comerciales de otros estados que lesionen sus intereses.

Para los fervorosos defensores de la posibilidad de las empresas transnacionales de llevar sus reclamos a los estados

<sup>32</sup> En Estados Unidos, la Sección 301 de la Trade Act de 1974, enmendada por la Omnibus Trade and Competitiveness Act de 1988, permite que los particulares puedan solicitar al Representante de Comercio, que emprenda acciones contra prácticas comerciales de otros estados que sean contrarias al derecho internacional o que considere injustificadas, irrazonables o discriminatorias. Las empresas estadounidenses han hecho un gran uso de las posibilidades que les ofrece la Sección 301, lo cual explica en parte que los Estados Unidos sean, de lejos, el miembro que ha iniciado más procedimientos de solución de diferencias, tanto antes ante el GATT, como ahora en la OMC. Ver Montañá Mora, Miguel. *Op. cit.*, pp. 177-179.

<sup>33</sup> En lo que se refiere a la UE, impulsada por la competencia comercial con los Estados Unidos, ha puesto en marcha la misma política desde mediados de los años 80, por medio del Reglamento 2641/84, denominado "Nuevo Instrumento de Política Comercial". Éste exigía a las empresas reclamantes el agotamiento previo de los mecanismos internacionales de solución de diferencias, y les confería la carga de la prueba, de que la práctica comercial cuestionada había provocado un daño a la industria comunitaria. Esta norma fue reemplazada el 1 de enero de 1996 por el Reglamento 3286/94, el cual extiende su ámbito de aplicación a los servicios, facilita que las empresas



ante una jurisdicción internacional obligatoria para proteger sus inversiones y capitales de "obstáculos arbitrarios al comercio", tal tendencia, de concretarse, sería un acto de justicia global equiparable a la posibilidad que tienen los individuos en los sistemas de protección internacional de los derechos humanos de acceder a una jurisdicción internacional o regional, una vez agotada la vía ante los estados, o ante la inviabilidad o inexistencia de la misma: "otros ejemplos recientes de acceso directo de los particulares a instancias internacionales pueden encontrarse en el Tribunal Internacional de Derecho del Mar y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tras la aprobación de los protocolos adicionales 9 y 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950. La posibilidad de otorgar acceso directo a las empresas se ha justificado argumentando que los tratados internacionales, como lo demuestran los tratados en materia de derechos humanos, impuestos, derechos de propiedad de diverso tipo, etc., no sólo conciernen a los estados, sino que afectan directamente a los derechos e intereses de los individuos, ya sean personas físicas o jurídicas"<sup>34</sup>.

Desde esta perspectiva, se considera que "el acceso directo de las empresas

invocan obstáculos al comercio por parte de terceros estados, y en su artículo 3.1 amplía la legitimación activa a "cualquier persona física o jurídica, así como cualquier asociación que no tenga personalidad jurídica, que actúe en nombre de un sector económico de la Comunidad que se estime objeto de un perjuicio resultante de obstáculos al comercio que afecten el mercado de la Comunidad, podrá presentar una denuncia por escrito". Cit. en Montaña Mora, Miguel. *Op. cit.*, p. 181.

<sup>34</sup> Montaña Mora, Miguel. *Ibid.*, p. 183.

abriría una vía para superar las inhibiciones políticas propias de un sistema basado en la diferencia entre estados... en cualquier caso, la evolución del procedimiento de solución de diferencias hacia un sistema jurisdiccional resultará en un mayor protagonismo de los sectores de la industria directamente perjudicados por las medidas comerciales que se discutan, lo cual abrirá un nuevo mundo de posibilidades a las empresas"<sup>35</sup>.

Bajo el paraguas de una subjetividad o personalidad jurídica abstracta se confunden legitimaciones activas tan diversas como la de los seres humanos que recurren a instancias de protección internacional para intentar obtener garantías frente a las violaciones de sus derechos humanos, y las corporaciones transnacionales que buscan respaldar y asegurar por medio de la forma jurídica, la posición que ya ostentan de hecho, y jurídicamente de manera indirecta a través de la OMC, como sujetos privilegiados en el nuevo sistema mundial.

En la práctica, no hay punto de comparación entre el poder de las corporaciones transnacionales en relación con la capacidad de las personas de carne y hueso, de defender sus derechos internacionalmente. La asimetría se hace patente al analizar la diferencia de efectividad en su capacidad de influenciar y obligar a los estados en las instituciones económicas, financieras y comerciales internacionales, como el FMI y el BM, o el sistema GATT/OMC, con respecto a los avances y la efectividad en materia de protección internacional de los derechos humanos. También al analizar la movilidad absoluta del capital, casi imposible de regular para los

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 185.



"países beneficiarios", en cuanto a la penosa y arriesgada migración a través de las militarizadas fronteras entre el Norte y el Sur, de quienes ven violados sus derechos y su dignidad tanto en los países de origen como en aquéllos en los que pretenden establecerse.

También es muy importante extraer las conclusiones pertinentes de la teoría garantista de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli. Si cabe hacer alguna distinción que excepcione la idea de universalidad, indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos, en todo caso, desde una perspectiva crítica cabe hacerla en el sentido propuesto por Ferrajoli. Para el profesor de Camerino, derechos fundamentales son aquéllos que "justamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman parte de la esfera de lo indecible y de lo indecible que no; y actúan no sólo como factores de legitimación, sino también y, sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones"<sup>36</sup>. No decisiones que tienen relación con el no cumplimiento de expectativas positivas frente a los poderes públicos nacionales e internacionales que hacen a la eficacia de los derechos sociales.

El derecho de propiedad y los derechos patrimoniales, que usualmente se confunden en una misma categoría (los llamados derechos de "primera generación"), junto con los de libertad y autonomía, no integran, para Ferrajoli, la categoría de derechos fundamentales: "la propiedad, como el derecho de crédito y los demás derechos patrimoniales, no es en absoluto

universal en el mismo sentido en que lo son los demás derechos de la personalidad y de ciudadanía, ya sean éstos humanos, civiles, políticos o sociales: es un derecho por naturaleza existencial (o singular), *excludendi alios*, que no corresponde a todos, pues cada persona puede ser o no ser titular, y en caso de ser titular lo es siempre con exclusión de las demás personas... A diferencia de los demás derechos de la persona y del ciudadano, que son indisponibles e inalienables —pues quedan sustraídos tanto al mercado como al ámbito de las decisiones públicas, e incluso de las decisiones tomadas por mayoría—, y al igual que los demás derechos patrimoniales, la propiedad es por naturaleza disponible, es decir, alienable, negociable, transigible"<sup>37</sup>.

Los derechos de libertad no tienen relación con el mercado, "que puede tranquilamente prescindir de ellos, tal como se ha comprobado durante los diversos fascismos y en las diversas involuciones autoritarias de nuestro siglo"<sup>38</sup>.

La distinción precisa de estas categorías de derechos es muy importante, ya que "la actual estrategia de la globalización entiende los derechos humanos como derechos del poseedor, del propietario... Se trata de derechos humanos que se ubican en el interior de un mundo pensado a partir del mercado... piensan al mercado como un ámbito de libertad natural. Por tanto, jamás reclaman derechos frente al mercado. Se orientan como derechos frente al estado. Pero, de esta manera, resultan derechos que no son exclusivos de los seres humanos... se refieren tanto a personas

<sup>36</sup> Ferrajoli, Luigi. "El derecho como sistema de garantías". En: *Op. cit.*, p. 24.

<sup>37</sup> Ferrajoli, Luigi. "De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona". En: *Ibid.*, p. 102.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 103.



jurídicas como a personas llamadas naturales<sup>39</sup>.

En consecuencia, el despliegue de este paradigma alternativo supone que los "derechos" de las corporaciones transnacionales no pueden imponerse sobre los derechos humanos de las personas de carne y hueso, ni restringir o condicionar las garantías supraestatales o estatales de estos derechos, ni directa —como por ejemplo, hubiera sido el caso de no haber fracasado la aprobación del AMI, o puede llegar a serlo de aprobarse algún "clon" del mismo en la OMC— ni indirectamente, a través de la utilización que hacen los principales estados capitalistas de esa organización —y otras como el FMI, BM, etc.—, para defender los intereses de sus corporaciones frente a los estados.

**6. Esta situación de subordinación objetiva de los derechos humanos a los imperativos de la acumulación de capital es opacada e incluso invisibilizada por los usos retóricos de los derechos como ideología en el contexto de la globalización. Sin embargo, existe siempre el reverso del uso crítico de los derechos, la posibilidad de su reenunciación desde la lucha contra la opresión.**

El enfoque jurídico usual para tratar los derechos humanos se ocupa de éstos prioritariamente en su aspecto institucional, es decir, como institución o conjunto de normas jurídicas positivas que declaran, jerarquizan y garantizan a través de la técnica jurídica algunos derechos llamados "fundamentales"<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> Hinkelammert, Franz. "El proceso actual de globalización y los derechos humanos". En: Herrera Flores, Joaquín (ed.). *Op. cit.*, p. 119.

<sup>40</sup> Como se ha visto, no pretendo restar importancia al momento jurídico formal

Esta perspectiva deja de lado el análisis de los derechos humanos como objetivación cultural, y separa, amparándose en la "neutralidad" y "objetividad" de la forma jurídica, el análisis técnico-jurídico y *ius* filosófico de los derechos fundamentales como un dato dado, de los complejos procesos socioculturales en los que funcionan esos derechos humanos como ideología.

El aspecto cultural de los derechos humanos puede ser abordado desde su relación con dos de las funciones simbólicas del imaginario social<sup>41</sup>. En primer lugar

---

en su perspectiva crítica de "positivismo de combate" o "garantismo", sino visualizar un aspecto más general, pero menos estudiado, de los derechos humanos como objetivaciones culturales y universos de discurso que surgen y se renuevan en la praxis de los colectivos humanos como condición de posibilidad de la eficacia jurídica de los derechos.

<sup>41</sup> El imaginario alude a lo que Robert Bellah denomina el sistema cultural en cuanto condensación del cuerpo simbólico de la humanidad, en proceso constante de reconstrucción. Articula la materialidad y el simbolismo. La repetición de coagulaciones numinosas o míticas que funcionan como arquetipos, y la renovación y resignificación de las mismas. Una protoinstitución, instituida o instituyente en cada contexto, grupo social, etc. Agrego, una tensión irresuelta e irresoluble en abstracto, entre funciones. Entre estas funciones, las ideológicas y las utópicas me interesan especialmente. Más que como un *a priori* trascendental que exprese alguna condicional esencial de la humanidad, debe entenderse como una sedimentación cultural históricamente disponible, sujeta a avances y retrocesos de acuerdo con el uso material e histórico que los seres humanos hagan de ella. Ver Bellah, Robert. *Beyond belief*. Harper y Row. New York. 1991. P. 115. Sánchez Capdequí, Celso. *Imaginación y sociedad. Una hermenéutica creativa de la cultura*. Tecnos. Madrid. 1999. Pp. 50-51. Castoriadis, Cornelius. *La institución imaginaria de la sociedad*. Vol. 1. Tutsquets. Barcelona. 1989.



como ideología, ya que también este concepto es complejo y polisémico, que funciona en distintos niveles: "La ideología de los derechos humanos se fue constituyendo en la ideología política del mundo moderno. Ahora bien, dicha ideología es utilizada como elemento crítico, subversivo e, incluso, revolucionario —o al menos, como estrategia de defensa— por los grupos sociales especialmente desprotegidos u oprimidos, que no ven satisfechas sus necesidades vitales en un determinado tipo de protección otorgada por su derecho estatal"<sup>42</sup>.

Pero también, esa ideología en tanto construcción social de la realidad puede encubrir una determinada "sobreideologización dominante en el ámbito de los derechos humanos, la cual utiliza su propia y unilateral interpretación de la realidad como mecanismo de control y cohesión social, al igual que como medio de dominación política, cultural, económica y medioambiental". En esta segunda acepción, los derechos humanos devienen "una especie de "lujo politizado" de una determinada clase, (burgués liberal), género (hombre) y raza (blanco) de individuos"<sup>43</sup>.

Se trata, entonces, de analizar la ideología de los derechos humanos, haciéndose cargo de la complejidad del tema, y evitando caer en una consideración exclusivamente peyorativa de la ideología, o en las oposiciones entre realidad/ideología, ciencia/ideología, infraestructura/superestructura y, sobre todo, de tener en cuenta

<sup>42</sup> Cfr. María José Fariñas, quien usa el término ideología, en general, para lo que distingo como ideología y utopía en los derechos humanos. Fariñas Dulce, María José. *Los derechos humanos, desde la perspectiva sociológico-jurídica a la actitud postmoderna*. Dykinson. Madrid. 1997. P. 15.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 16.

que la praxis social es indisoluble de la estructura simbólica de la acción social.

En efecto, en esta perspectiva, vincular derechos humanos con las distintas funciones y niveles de la ideología puede servir para analizarlos tanto como factor de cohesión, solidaridad y de pertenencia al colectivo humanidad, como "lenguaje" disponible para traducir las más diversas luchas de grupos sociales por su dignidad, pero también como pretensión de legitimación de las tendencias hegemónicas de la globalización, de negación de las concepciones de dignidad de otras culturas, y de falseamiento o inversión de una realidad que nos muestra todos los días la violencia estructural de la exclusión social y la degradación de los medios naturales y culturales.

Analizados como ideología, los derechos humanos participan de los tres niveles o funciones de ésta, según Paul Ricoeur<sup>44</sup>. En primer lugar, a un nivel genérico la ideología aparece conectada con la cultura en tanto sistema de representación y construcción social de significados y sentidos<sup>45</sup>, como estructura estructurada-estructurante<sup>46</sup>, factor de cohesión social, cultura en devenir, imaginario o conjunto de representaciones compartidas sobre los que existe un consenso de fondo bastante extendido.

La pertenencia a la humanidad implica, en principio, que tenemos —o mejor dicho, que deberíamos tener— unos derechos. De esta forma, los derechos humanos se han transformado en un "lenguaje nómada" por medio del cual se pueden traducir

<sup>44</sup> Ricoeur, Paul. *Ideología y utopía*. Gedisa. Barcelona. 1994. P. 54.

<sup>45</sup> Hall, Stuart. *Representation. Cultural representations and signifying practices*. Sage. London. 1997. Pp. 3-4, 17.

<sup>46</sup> Bourdieu, Pierre. *Poder, derecho y clases sociales*. Desclée de Brouwer. Bilbao. 2001. P. 90.



las preferencias, los valores y bienes sociales generalizados, las más diversas aspiraciones y necesidades sociales, que en principio con un alto grado de abstracción se atribuyen a todas y todos, en función de la pertenencia al metacolectivo humano, pero que al mismo tiempo en virtud de ese carácter polisémico y móvil son especificables para distintas situaciones, grupos e individuos. La humanidad, como dice Helio Gallardo, "es un efecto condensación de relaciones, no alguien o algo, aunque ellas permitan ser alguien"<sup>47</sup>. Incluso, la utilización de un metacolectivo de inclusión tan amplio e indefinido puede servir para justificar ideologías políticas, sexistas, racistas de exclusión, ya sea de los que se consideran "inhumanos" o fuera de las características de normalidad, que se atribuyen a la humanidad<sup>48</sup>.

Justamente ese alto nivel de abstracción y esa ambigüedad, conducen al segundo sentido en que hablaré de una ideología de los derechos humanos, como dominación que se ejerce con una pretensión de legitimidad. En efecto, porque en función de ese consenso global en torno a los derechos humanos, se han transformado en un criterio para evaluar la legitimidad de las formas de dominación, pero al mismo tiempo, son invocados como pretensión de legitimidad.

Generalmente, el uso ideológico de los derechos humanos como legitimación

va asociado a la pretensión de controlar su movilidad y polisemia, de fijar su sentido de forma compatible con el esquema de dominación que se pretende justificar. Por ejemplo, en la actualidad, la globalización neoliberal va de la mano de los derechos humanos entendidos desde la visión occidental, y más restringido aún, desde la visión de esos derechos de las potencias occidentales que tienen el poder de señalar y medir en qué casos y quiénes violan los mismos y, por lo tanto, en qué casos se debe intervenir militarmente para asegurar su vigencia. El cosmopolitismo de los derechos impulsado desde Occidente tiene una serie de contradicciones y tensiones internas, en tanto universalismo que se pretende dado *a priori* y que está matizado por unos intereses<sup>49</sup>.

Diré en función de la economía conceptual y la simplicidad, que se trata aquí del uso legitimador de los derechos humanos que se realiza desde y en lo que Rafael del Águila llama "Occidente", entendiendo por tal "un proceso de creación de dependencias e interdependencias, fuertemente jerarquizado internamente en términos de riqueza y poder efectivo, ampliamente homogeneizado en términos de valores liberal-democráticos, y que impone ciertas reglas de juego en la esfera internacional e instituciones internacionales, como de políticas de decisión informales"<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> Gallardo, Helio. *Política y transformación social. Discusión sobre derechos humanos*. Op. cit., p. 46.

<sup>48</sup> Como sostiene Therborn, las ideologías de tipo inclusivo-existencial (ejemplos, religiones, mitologías) o inclusivo-histórico (ideologías de pertenencia a distintos cuerpos políticos: la nación, el Estado, la clase, etc.) contienen su reverso "exclusivo" (herejes, infieles, bárbaros, ilegales, etc.). Therborn, Göran. *La ideología del poder y el poder de la ideología*. Siglo XXI. México, D.F. 1989. Pp. 20-21.

<sup>49</sup> En ese sentido, puede decirse que la ideología de los derechos humanos de "Occidente", participa de las paradojas del lenguaje hegemónico sobre lo universal, desenvueltas por David Sánchez Rubio. Ver Sánchez Rubio, David. "Universalismo de confluencia, derechos humanos y procesos de inversión". En: Herrera Flores, Joaquín (ed.). *El vuelo de Anteo*. Op. cit., pp. 216 y ss.

<sup>50</sup> Del Águila, Rafael. "Ciudadanía global, Riesgos, límites y problemas". En: *Revista Convicción en el Desarrollo Social y la Democracia*, n° 2. La Plata, mayo, 1998.



De forma tal que el cosmopolitismo de derechos y el demoliberalismo que se globalizan están sobredeterminados por el discurso y los intereses de ese "conglomerado occidental", y su significado pretende ser fijado como pretensión de legitimidad de la cosmovisión occidental dominante.

En lo cultural, Occidente es hegemónico, tendiendo a universalizar su cultura caracterizada, entre otros aspectos, por la racionalidad instrumental, la tendencia a la "comodificación" total de la vida y la legitimación por medio de la ideología liberal, fundada en la afirmación simultánea de la democracia formal, los derechos humanos individuales y el mercado. Este universalismo, producto de la asimetría entre los espacios culturales, se impone como un *a priori*, generando un proceso de violencia simbólica y empobreciendo las posibilidades de diálogo, reconocimiento y aprendizaje mutuo entre las culturas, que aleja al mundo de la posibilidad de construir universalidad verdadera, es decir, de confluencia o recorrido<sup>51</sup>.

P. 20. Esta versión preliminar fue ampliada e incluida en: del Águila, Rafael. *La senda del mal. Política y razón de estado*. Taurus. Madrid. 2000. Pp. 261-280.

<sup>51</sup> Es necesario tener en cuenta aquí la distinción entre cultura (entendida como espacio cultural, como proceso dinámico de construcción de sentido, que no puede fijarse en un núcleo puro o esencial, que es siempre fronterizo en tanto reenvío constante entre elementos impuros y transculturales) y civilización, entendida como la fijación de los contenidos culturales, como la tendencia al cierre y la delimitación de lo civilizado, frente al exterior cultural, y como una tendencia expansiva que se justifica en función de su pretendido universalismo. La civilización occidental sería, en ese sentido, una invención de la burguesía occidental, que acompaña el desenvolvimiento de su hegemonía cultural y su tendencia a imponerse a escala mundial, a imponer una forma o

En el terreno de la ideología de los derechos humanos, la hegemonía global muestra su complejidad, contradictoriedad, a veces de matices esquizoides, que expresa una articulación por primera vez verdaderamente mundial, y que ha desarrollado una astucia, o instinto de conservación que llamaré, tomando prestado el término de del Águila, "razón de civilización"<sup>52</sup>, y que modera las tensiones extremas entre, por ejemplo, las necesidades de producción y reproducción del capital, y la afirmación del discurso universalista de la democracia y los derechos humanos.

La "razón de civilización" tiende a ser la lógica que permite construir mecanismos de control globales frente a los riesgos de toda índole que Occidente debe enfrentar, modulando, por ejemplo, el discurso de los derechos para que éstos sean compatibles con la acumulación de capital. Proveyendo el baremo para decidir en qué casos se puede utilizar el poder militar de Occidente (Estados Unidos y aliados) legitimado en la forma de guerra justa, o intervenciones humanitarias. La "razón de civilización" sobredetermina el discurso de los derechos, instrumentalizándolos como pretensión de legitimidad de sus políticas y como se verá, inversión ideológica de la realidad de esos derechos humanos. *"Las tendencias al control global que hagan disminuir los riesgos globales, incorpora de esta manera nuevas fórmulas de globalización y tensiones hacia la homogeneidad presididas por Occidente. Pero debido al carácter liberal-democrático de la legitimidad que el conglomerado occidental*

visión sesgada de la modernidad, sus modos de producción y productos culturales.

<sup>52</sup> Ver del Águila, Rafael. *La senda del mal*. Op. cit., pp. 262-263.



posee, debido a la necesidad de justificar ese control global de manera adecuada a los valores liberal-democráticos, además del control del riesgo global, aparece simultáneamente la necesidad del control del "riesgo moral". El riesgo moral aparece asociado a la transformación de las tecnologías de la comunicación que producen, entre otras cosas, la apertura de la ciudadanía occidental a la esfera de las noticias globales y un incremento de la sensibilidad ciudadana respecto de estos temas, así como la necesidad asociada de control de las acciones de los gobiernos y del conglomerado occidental como un todo<sup>53</sup>.

De tal forma, que si hoy se habla del mundo como un "sistema" o "sociedad", la razón de civilización hegemónica es la principal fuerza modeladora o al menos encauzadora de esa tendencia. Pero en un proceso cada vez más lleno de contradicciones que ya la ideología o discurso de la globalización no alcanza a ocultar, ya que sus tópicos legitimadores, por ejemplo, la democracia y los derechos humanos, como se verá, no pueden escapar a una diseminación y diferencia, a una polisemia y a una resignificación.

En ese proceso de tensiones, la astucia de la "razón de civilización" occidental actúa como factor de sutura, manteniendo unida la trama que permite no desnudar la acumulación y la constelación geopolítica de Occidente, modulando los discursos de legitimación: la democracia, los derechos y la propia globalización, de forma tal que vistan a aquéllas.

Como explica del Águila, "De la misma manera que la razón de estado justifica las trasgresiones de ciertos valores aludiendo a la necesidad de salvaguardar

la seguridad y autonomía de la comunidad representada por el estado, la razón de civilización frena o modula la extensión de los derechos humanos para salvaguardar la estabilidad internacional y la situación de privilegio que el conglomerado mantiene en el mundo de lo global<sup>54</sup>. Un sinónimo de uso frecuente para lo que se ha llamado "razón de civilización" es el de "nueva condicionalidad": en efecto, el nuevo orden mundial se perfila como un espacio de condicionamientos o condicionalidades, conceptos que aluden a la trama compleja y asimétrica de relaciones que caracterizan el mundo contemporáneo.

La ideología de los derechos humanos es un importante elemento en la retórica de la nueva condicionalidad, para legitimar de esta forma acciones geopolíticas y geoconómicas que se inscriben en una lógica de dominación. Ejemplo paradigmático es la justificación de la guerra preventiva que promueven los Estados Unidos contra Iraq en función de su peligrosidad por detentar armas de destrucción masiva y en fin, su carácter de amenaza a los derechos humanos.

Por supuesto, no se trata de los derechos humanos de las mujeres, niños y hombres iraquíes que además del régimen de Bagdad, sufren el embargo internacional que pesa sobre ese país, y los frecuentes bombardeos que siempre tienen efectos "no deseados" sobre la vida de la población civil y las infraestructuras sanitarias, educativas y viales.

La utilización de la ideología de los derechos humanos, para justificar este tipo de acciones, muestra, además del doble rasero que se tiene para medir lo que se consideran riesgos para los derechos

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 22.



humanos o violaciones graves de los mismos (pléñese en la situación de Palestina, o en todo el tiempo que se tardó para anoticiarse de las violaciones graves de derechos en Timor Oriental), como la violencia simbólica y militar se entrelazan, que el significado de esos derechos humanos está sobredeterminado por la razón de estado, o mejor "razón de civilización", de las potencias occidentales dominantes.

La acción fundada en el respeto de los derechos humanos entra en conflicto con la "razón de civilización", que privilegia las condiciones de seguridad/dominio sobre cualquier otro criterio. Pero si bien Occidente ha inventado el significante "Derechos Humanos", su significado es como indiqué nómada, y puede concretarse en aspiraciones, necesidades, luchas y concepciones de dignidad humana, en definitiva prácticas sociales que impugnen los intereses hegemónicos del neoliberalismo y las potencias occidentales. Es decir, los derechos humanos pueden ser resignificados en función de la deslegitimación de la dominación o de las dominaciones. Desde una perspectiva crítica ellos nunca deben ser coartada para justificar la opresión.

Esto conduce a un tercer nivel que tiene relación con la crítica de la ideología como falseamiento o inversión de la realidad, porque en efecto, esa praxis social de lucha por la dignidad humana está denunciando desde el disenso, la distancia que existe, para la mayor parte de la humanidad, entre los derechos humanos solemnemente proclamados y su vigencia real en el mundo. Existe una inversión ideológica de los derechos humanos<sup>55</sup>, por la que se zanja de manera violenta, en el plano del

simbolismo y de la vida, la disputa acerca de la significación de los derechos humanos.

La inversión ideológica tiene, en primer lugar, el sentido que Marx y Engels le dieron en *La ideología alemana*, donde introducen la metáfora que proviene de la experiencia física o fisiológica, la experiencia de la imagen invertida en la cámara oscura o en la retina del ojo humano. Entonces, la ideología de los derechos humanos aparece como falseamiento de la realidad de la violación generalizada de los derechos humanos de la mayor parte de la humanidad. Basta echar una mirada a los índices de pobreza y marginación mundiales, a los indicadores de desarrollo humano y de degradación ambiental, o a los informes de las ONG's especializadas en la realización de denuncias y campañas internacionales como Amnesty International, etc., para verificar la distancia que nos separa de un horizonte de vigencia más o menos aceptable de los derechos humanos declarados y reconocidos en pactos, instrumentos internacionales y regionales y constituciones.

Los derechos humanos, en el terreno internacional, muestran un doble aspecto: por un lado, sería necio negar los avances que supusieron la Declaración Internacional de los Derechos Humanos, los tratados internacionales y los sistemas de protección de los derechos civiles y políticos. Pero, como ocurriera también en los órdenes jurídicos estatales en los siglos XIX y XX, el formalismo de los derechos, presente en los instrumentos internacionales,

<sup>55</sup> Sobre el concepto de inversión ideológica de los derechos humanos, ver Marx,

Karl y Engels, Friedrich. *La ideología alemana*. Pueblos Unidos. Montevideo. 1974. Hinkelammert, Franz. *Democracia y totalitarismo*. DEI. San José. 1990. Sánchez Rubio, David. *Filosofía, derecho y liberación en América Latina*. Desclée de Brouwer. Bilbao. 1999.



también falsea en ese terreno sus condiciones reales de eficacia —prácticamente inexistentes— y encubre situaciones reales de injusticia y desigualdad entre los estados<sup>56</sup>.

Pero además, existe un uso más específico del concepto, desarrollado por Franz Hinkelammert. Cuando los sistemas de dominación fijan el sentido de los derechos estableciendo una jerarquía de éstos, imputándolos a unos sujetos, entonces, esos derechos, como ya indiqué, actúan no solamente como distribución de beneficios y cargas sociales, sino también como pretensión de legitimación, pero cuando grupos sociales interpelan o impugnan esa fijación, reivindicando sus necesidades en términos de nuevos derechos, o pidiendo la efectividad o interpretación más extensa de los derechos ya declarados, en muchos casos la violencia estatal se vuelve contra ellos.

De esta forma, a quienes luchan por la posibilidad de vivir, o por los medios de vida, como la tierra, el trabajo y el pan, se les criminaliza y se les niegan sus derechos<sup>57</sup>. Frecuentemente a los que luchan por sus medios de vida son tratados como criminales y sus derechos y garantías jurí-

dicas pisoteados. Los procesos de inversión surgen ahora en la tensión o escisión instalada en el corazón mismo de la práctica social de los derechos humanos, en regímenes políticos que se visten al mismo tiempo con la forma de estados de derecho, y que tienen elecciones libres, competitivas y periódicas, pero cuyas opciones económicas y sociales se reducen a la implementación de políticas de ajuste estructural de corte neoliberal, y políticas sociales para paliar la pobreza extrema focalizada, impulsadas por el Banco Mundial y gestionadas muchas veces de manera clientelista, que potencian y multiplican la histórica desigualdad de la distribución de los medios de vida en la región.

---

todo derecho humano. Pero esa misma implementación sistemática del terrorismo de Estado, se pretendía legitimar en nombre de los derechos humanos "occidentales y cristianos". En Argentina, por ejemplo, Videla justificaba de esta forma la represión: "Un terrorista no es solamente alguien con un revólver o una bomba, sino también cualquiera que difunde ideas que son contrarias a la civilización occidental y cristiana". Los efectos de la inversión ideológica de los derechos humanos practicada en esa época, en países como Argentina y Chile, entre otros, se prolongan por medio de las políticas y leyes de impunidad, hasta la actualidad. Mientras los familiares de desaparecidos y organismos de derechos humanos siguen bregando en muchos casos por saber quién y cómo secuestró, torturó y asesinó a sus seres queridos, o se apropió de la vida y la identidad de sus nietos o sobrinos, los responsables de ejecutar esos delitos (centenares de ex militares, policías y paramilitares, menos conocidos que los Pinochet, los Videla, los Astiz, etc.) se confunden entre los vecinos y ciudadanos comunes. Entonces, cuando se habla de inversión ideológica de los derechos humanos, no se trata del plano de las ideas, sino de procesos históricos de violencia y opresión cuyas secuelas,

<sup>56</sup> Ruiz Resa, Josefa Dolores. "Usos del discurso de los derechos humanos en la fase de la globalización". En: *Op. cit.*, p. 110.

<sup>57</sup> Así, por ejemplo, las dictaduras militares en América Latina violaron en forma masiva los derechos humanos, pero para ello previamente habían constituido-interpelado como enemigos genéricos e invisibles desde las coordenadas ideológicas de la Doctrina de la Seguridad Nacional a todas aquellas personas pertenecientes a colectivos sociales (estudiantes, trabajadores, militantes sociales, sindicales, intelectuales, profesores universitarios), potencialmente peligrosos para el proyecto político y económico de esos regímenes dictatoriales. Frente a esas dictaduras, las víctimas desaparecidas, torturadas, asesinadas carecían de



Ahora bien, no se trata de denunciar el uso ideológico de los derechos humanos, desde la realidad o desde la ciencia. En general, pero al mismo tiempo profundo, la praxis social<sup>58</sup> que hace a la eficacia de los derechos humanos, no es ella misma pre o extrasimbólica, el simbolismo y el imaginario forman parte de la propia realidad social.

La paradoja de la ideología de los derechos humanos es la misma que la de toda ideología, el círculo de la interpretación y producción de significados, "círculo hermenéutico" (Paul Ricoeur), o "circuito cultural" (Stuart Hall), es un círculo o circuito del cual no podemos salir. No existe un observador absoluto fuera del círculo hermenéutico, ni una esencia humana metafísica presimbólica, tampoco un ámbito de relaciones e identidades sociales que vinieran a estar por debajo o antes, o que sean la base recubierta después por la dimensión simbólica o imaginaria.

Como de esta paradoja no podemos escapar, y la neutralidad y objetividad científicas son conceptos también situa-

---

en muchos países de, por ejemplo, América Latina, señalan hoy los defectos y deudas de los regímenes que se suponen democráticos. Paradójicamente, mientras que el que roba una gallina por necesidad es probable que vaya preso, los torturadores gozan de impunidad. Videla, Jorge Rafael. *The Times*. Londres. Edición del 4 de enero de 1978. Cit. en Dussel, Inés, Finocchio, Silvia, Gojman, Silvia. *Haciendo memoria en el país de Nunca Más*. EUDEBA. Buenos Aires. 1997. Pp. 40-41.

<sup>58</sup> Con el término praxis social, en general, me refiero a la producción y reproducción de la vida, en las condiciones dadas en las cuales los hombres hacen la historia, pero que pueden transformar. Es decir, los distintos momentos y dimensiones de la producción social de los derechos humanos en su impureza, complejidad y carácter relacional. Ver Herrera Flores, Joaquín. *Op. cit.*, p. 53.

dos, a lo más que se puede llegar es a explicitar el compromiso en la práctica teórica y generar reflexividad crítica acerca de las condiciones sociales e históricas de producción del discurso de los derechos humanos, es decir, sus instituciones, normas, sujetos, etc., en tanto prácticas significativas.

Lejos de una visión pesimista, se trata, en primer lugar, de pensar la crítica como mucho más vinculada al paradigma de la reflexividad que al de la "objetividad", en segundo lugar, de analizar las prácticas sociales de la producción cultural de los derechos humanos, y ver que ella no se agota en sus funciones ideológicas, ni en su objetivación institucional, sino que aparece también una dimensión crítica<sup>59</sup>.

Pero para que los derechos humanos cumplan esa tarea de revisión crítica deben ser extendidos más allá de la formalidad de los instrumentos internacionales, en el conjunto de las prácticas de dignidad humana para las que proveen un lenguaje expresivo, lo que conduce a la siguiente propuesta metodológica.

<sup>59</sup> "Los derechos humanos figuran siempre como la utopía, como el horizonte utópico realizable, aunque sometido a obstáculos que impiden constantemente su satisfacción. Los derechos, y, podríamos decir, el derecho en general, siempre es un proceso, nunca el resultado neutral de una decisión arbitraria del poder. Beneficie a quien beneficia, la norma resulta necesariamente de un proceso dinámico de confrontación de intereses que, desde diferentes posiciones de poder, luchan por elevar sus anhelos y valores, o sea, su entendimiento de las relaciones sociales, a ley. Sea como sea y, sea para quien sea, el derecho conlleva siempre un componente utópico e ideológico que hay que saber descifrar" (Herrera Flores, Joaquín. *Ibid.*, p. 52).



7. **Reconstruir los derechos humanos como conceptos críticos, precisa asumir su politicidad. Esta politicidad puede y debe afirmarse desde lo local y lo situado, como multiplicidad potencialmente articulada de procesos de afirmación de la dignidad humana, abarcando tanto la crítica de la teoría y práctica de los derechos en los lugares convencionales (estatal e interestatal), como la construcción de saberes situacionales y la imaginación de articulaciones alternativas.**

En primer lugar, ciñéndome al ámbito estatal e interestatal de los derechos humanos, la posibilidad de eficacia de los derechos económicos, sociales y ambientales está atada, entre otros aspectos, a la imposición de regulaciones a los mercados financieros y las empresas transnacionales. Esto supondría restaurar la primacía de los derechos humanos en el sistema de fuentes y reubicar las instituciones económicas y financieras internacionales bajo la ONU.

Las redes transnacionales y organizaciones críticas de la globalización neoliberal son sumamente prolíficas en la tarea de proponer alternativas que pasen por regulaciones mundiales de las prácticas de las corporaciones multinacionales económicas y financieras.

Así, por ejemplo, existen propuestas técnicamente muy bien fundamentadas de imposición de impuestos globales sobre las transacciones financieras especulativas globales (Tasa Tobin), impulsadas por la red internacional ATTAC, las propuestas de gravar la inversión extranjera directa que no respete estándares mínimos de derecho social y ambiental y también las ganancias de las corporaciones mul-

tinacionales de Howard Watchel, del Transnational Institute, el Acuerdo Internacional de Inversiones, sugerido por el *World Development Movement*, va en el mismo sentido de sujetar a condiciones de dignidad a la inversión de las corporaciones, las propuestas de reformas democráticas y transparentes que transformen la OMC en el sentido de vincular comercio, medio ambiente y desarrollo, hechas desde la perspectiva del Sur, por Martin Khor, del Instituto del Tercer Mundo, o la condonación económica no condicionada a los países altamente endeudados y el establecimiento de un procedimiento arbitral independiente para la solución futura de los problemas de endeudamiento externo que tome en cuenta la necesidad de no agravar la situación de los derechos económicos, sociales y ambientales de las poblaciones de los estados endeudados (teniendo en cuenta la parcialidad de los intereses defendidos y el sesgo ideológico neoliberal del FMI), de la red *Jubileo Plus*<sup>60</sup>.

Todas estas propuestas, además, al proponer utilizar los recursos obtenidos de los gravámenes a las actividades de las multinacionales, las condiciones impuestas a la IED, o la eliminación de las cargas de la deuda externa, para promover el desarrollo humano, están directamente relacionadas con el espíritu de los artículos 28-30 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En particular, con el artículo 30 de la Declaración, que es especialmente elocuente al respecto: "*Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el*

<sup>60</sup> Todas estas alternativas de regulación las expuse en el cap. 5 del ya referido trabajo. Ver Medici, Alejandro. *La otra globalización. Movimientos, redes sociales y cultura de los derechos. De la resistencia a las alternativas*. Op. cit., pp. 492 y ss.



sentido de que confiere derecho alguno al estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendentes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración". Como señala Pierre Sané, las empresas y las instituciones financieras son órganos de la sociedad, y la Declaración exige a "todos los individuos y todos los órganos de la sociedad que aporten su contribución al respeto universal de los derechos del hombre y del ciudadano"<sup>61</sup>.

Pero estas propuestas, si bien exigen, por supuesto, el estudio y desarrollo de las correspondientes técnicas económicas y jurídicas de regulación constituyen también una cuestión política. Como indica Joaquín Herrera Flores, los derechos humanos no son previos ni posteriores a la política. Y hace falta una praxis política crítica que vincule las resistencias crecientes a la globalización neoliberal con los derechos humanos.

Todas estas alternativas para ser políticamente viables requieren un cambio en las relaciones de fuerza de la actual globalización, por lo que las instituciones económicas y financieras globales quedarán subordinadas a los objetivos de desarrollo humano y vigencia de los derechos humanos, llevados adelante, por ejemplo, desde un sistema ONU democratizado. Suponen para poder funcionar de la voluntad de un marco democrático e igualitario interestatal y de la participación de las expresiones de la "sociedad civil global" para que los fondos sean usados para corregir los desequilibrios sociales y ambientales producidos por los actuales procesos de acumulación de capital a escala mundial.

<sup>61</sup> Sané, Pierre. "A 50 años de la Declaración Universal". *Op. cit.*, p. 360.

Suponer que ese objetivo tan ambicioso, que significa nada menos que superar la actual globalización capitalista neoliberal, se conseguirá sin una lucha política desenvuelta en múltiples frentes, sería por demás ingenuo. Es necesario, entonces, recuperar el vínculo fundamental entre derechos y política, entendida, siguiendo a Franz Hinkelammert, como el arte de hacer posible lo actual y fácticamente imposible. Joaquín Herrera ha planteado también que recuperar la politicidad de los derechos humanos supone el reconocimiento de la alteridad, la transferencia de poder hacia los colectivos perjudicados por la actual distribución desigual de capacidades materiales e intelectuales, y la construcción de las mediaciones políticas e institucionales que aseguren y reflejen esos nuevos espacios ampliados de dignidad humana.

Por mi parte, compartiendo las consideraciones anteriores, considero que es necesario complementar los esquemas verticales y macrosociales que plantea el paradigma occidental, generalmente a través de las mediaciones del Estado y la política nacional y también del derecho y las organizaciones internacionales, y tomar en consideración experiencias localizadas, situacionales, de ejercicio de autonomía, participación, democracia y desarrollo en múltiples espacios, en general de escala local. Se trata de lo que Johan Galtung denomina "el canal beta de los derechos humanos"<sup>62</sup>. Se trata de la potencialidad articuladora de este tipo de situaciones de autonomía y creatividad en la búsqueda de instituir la dignidad humana, que según el noruego se caracterizan por la descentralización y horizontalidad, frente al paradigma dominante de los derechos, "el canal

<sup>62</sup> Galtung, Johan. *Op. cit.*, p. 98.



alfa", centralizado y vertical, que describí al principio de este trabajo.

Este "canal beta" basado en la articulación de experiencias de autonomía localizada, por ejemplo, en los distintos espacios de producción del poder de los que habla Boaventura de Sousa Santos, se caracteriza por su informalidad, frente al formalismo de la dimensión vertical de los derechos y por la proximidad, frente a la lejanía y opacidad de las instituciones y normas internacionales y nacionales de los derechos humanos, y supone el "empoderamiento" de las situaciones y localidades habitadas por colectivos que buscan vivir, definir y satisfacer sus necesidades de forma autónoma.

Por supuesto que aquí no se trata de plantear una disyuntiva entre el canal "alfa" y el "beta", ambos son necesarios para una praxis y una teoría de los derechos, o mejor dicho, tanto las instituciones y los sistemas jurídico-normativos como los procesos y estructuras sociales pueden y deben ser transformados y mejorados de cara al horizonte de los derechos humanos.

La crítica del "canal alfa" (léase, de la ambigüedad del Estado como protector-violador de los derechos, de los grados de eficacia de las instituciones y procedimientos del derecho internacional, de la posibilidad de un uso retórico de los derechos, legitimador de las razones de Estado y "de civilización", de la incierta accesibilidad y de la cierta opacidad de los procedimientos y rituales judiciales para amplias capas de la población) enfatiza la necesidad de su democratización frente a su exceso de centralismo y verticalidad que conduce a la paradoja de los "ciudadanos siervos" de la que indiqué antes.

Por su parte, el "canal beta" se afirma desde la experiencia que para una

reflexión que entiende los derechos humanos como procesos de apertura y consolidación de espacios de lucha por la dignidad humana, suponen los saberes situacionales, contruidos desde las resistencias, las creativities que ejercen autonomía por medio de nuevos modos de vida frente a la unidimensionalidad civilizatoria, política, económica de la globalización capitalista.

Sin embargo, una propuesta que se quede solamente en la relocalización, es decir, en la celebración de las experiencias localizadas y situadas de ejercicio de la autonomía (por ejemplo, presupuestos participativos, economías y ecologías populares, locales y autogestionarias, saberes de las comunidades), como formas de sociabilidad alternativa, corre el riesgo de no poder transponer el umbral de la dispersión de dichas experiencias. La diferencia entre la mera dispersión fragmentada y la multiplicidad (Deleuze) creativa radica, entonces, en la posibilidad de articulaciones alternativas, horizontales, de abajo hacia arriba, que no buscan cambiar un pensamiento único por otro, sino desbordar desde múltiples situaciones, espacios, colectivos, que, sin embargo, no sean comunicables.

Estas articulaciones (en plural, para diferenciarlas de la articulación hegemónica hecha desde arriba que se sintetiza con el término globalización) consisten en espacios sociales ampliados<sup>63</sup>, que se constituyen para dar respuesta a necesidades sociales, a veces radicales, pero que se llenan desde una pluralidad de colectivos,

<sup>63</sup> Ver Herrera Flores, Joaquín. "Feminismo y materialismo: hacia la construcción de un 'espacio social ampliado'". En: Sánchez Rubio, David, Herrera Flores, Joaquín y De Carvalho, Salo. *Anuario Iberoamericano de Derechos Humanos*. Lumen-Iuris. Rio de Janeiro. 2002. Pp. 321 y ss.



grupos y situaciones que no se dejan recortar en una figura estándar, no renuncian a su subjetividad o identidad de partida, al mismo tiempo que la enriquecen en la confluencia. Suponen una igualdad no uniformizadora y una diferencia no desigualadora como antídoto de las anticipaciones racionales (como los imaginarios del mercado o el contrato) que pretenden cristalizar las subjetividades, los contenidos de la ciudadanía y los derechos.

En esta práctica articuladora, lo que llamo la cultura de los derechos va subvirtiendo los sucesivos imaginarios de simbólicas simétricas (mercado, contrato, espacio público), que fueron ampliando el dominio semántico de las necesidades y los derechos humanos y, por lo tanto, las subjetividades incluidas en su círculo declarativo o efectivo de garantía. Esas simbólicas son tensionadas, forzadas a la ampliación y al cambio desde la asimetría, desde las subjetividades excluidas, rebeldes. Pero al mismo tiempo, ellas son homogeneizadoras, funcionan de acuerdo con una cierta dispersión de las posiciones en el orden del discurso que inmediatamente se regulariza, manteniendo así, distinciones arbitrarias como las que se consideran separan lo público de lo privado y lo económico de lo político. Construyen espacios homogéneos en el sentido que fijan un sistema de diferencias admitidas y normalizadas.

Si analizamos con un poco más de detenimiento la historia de las necesidades y subjetividades que fueron incorporando lo que la teoría tradicional de los derechos humanos denomina "generaciones", veremos que el mercado y el contrato que incluían solamente a los ciudadanos blancos, varones, propietarios, fueron tensionados por las necesidades radicales de las mujeres y de los trabajadores, en procesos

históricos de luchas y recurrentes periodos de movilización. Piénsese, por ejemplo, en la lucha de las sufragistas, por no recurrir a los ejemplos remanidos de los innumerables episodios de agudización de las luchas de clases.

Pero una vez logrado el objetivo del reconocimiento e institucionalización, esos movimientos sociales quedaron incorporados como lo que Sheyla Benhabib<sup>64</sup> llama el "otro generalizado". Es decir, quedaron normalizados en un espacio regular de diferencias admitidas y administradas, que si, por un lado, resultó ser un avance innegable, por otro lado, puso una mordaza en la pluralidad de las voces del nominar común. Las mujeres obtuvieron la ciudadanía y el sufragio universal en un país tras otro, pero sus necesidades en tanto que mujeres quedaron subsumidas en su rol de ciudadanas. El espacio público burgués fue ampliado, pero mantuvo su contradicción congénita, sobre todo, mantuvo la segmentación arbitraria del espacio social, dramática en el caso de las mujeres, entre lo público y lo privado, escondiendo la opresión patriarcal en este último, bajo el manto sacro de la familia y lo doméstico.

Lo mismo podríamos decir de las luchas obreras en relación con el pacto social (ya no liberal sino neocorporativo) de la postguerra. La incorporación a la ciudadanía social, que también resultó en un avance innegable en aquellos países que pudieron implementar eficazmente un Estado de bienestar, produjo el mismo efecto de homogeneización y uniformización del espacio público. Los ciudadanos/obreros

<sup>64</sup> Benhabib, Sheyla y Cornell, Druscilla. *Teoría feminista y teoría crítica. Ensayos sobre la política de género en las sociedades de capitalismo tardío*. Ed. Alfons el Magnànim. Barcelona. 1990.



devinieron clientes de las burocracias públicas y sindicales. La posibilidad de pensar esquemas de democratización radical en el espacio de la producción y de la ciudadanía quedó definitivamente postergada. El "otro generalizado" normalizó de nuevo un sistema de diferencias y la pluralidad de voces que pugna por el nominar común quedó silenciada una vez más.

Por su parte, la teoría jurídica de los derechos humanos acompañó este proceso por medio de su formalización y coagulación en unos derechos fundamentales constitucionalizados de forma rígida en el período de postguerra. La positivización de los derechos fundamentales también significó un progreso importantísimo, sin embargo, con el tiempo se cristalizó en una cultura jurídica excesivamente formalista, olvidando que los derechos no han sido ni son regalos sino el producto de antagonismos sociales en los que se abren y consolidan espacios de dignidad humana por parte de comunidades de necesidad.

De esta pequeña historia extraigo algunos corolarios: el primero es que un espacio público (ya sea entendido como un mero mercado, como un contrato social en su versión liberal o neocorporativa, como un espacio de comunicación *cuasi* no distorsionado de públicos postradicionales a la manera de Habermas), por más que amplíe su alcance, si no cambia su lógica, termina fijando un sistema de diferencias que abstrae y subsume las necesidades concretas, al mismo tiempo que necesariamente excluye otras. El segundo es que el "otro concreto" como correctivo del otro generalizado (como propone Benhabib), si bien produce, en su momento disruptivo, avances innegables, termina siendo subsumido en la lógica homogénea o anticipación racional del espacio público, fijado en

las posiciones que éste administra, agotando su impulso transformador (por supuesto, no resto importancia a los efectos de esas asimetrías que logran que se incorporen al dispositivo político de ciudadanía y al dispositivo jurídico de los derechos, nuevas declaraciones y/o garantías, sino que critico el momento de la paralización de su movimiento). El tercero es que esta dinámica entre simbólicas simétricas y asimétricas no garantiza un progreso incremental indefinido en la ampliación del espacio público de la ciudadanía y de los derechos, como la globalización neoliberal lo demuestra con su retroceso a una ideología de los derechos atada a la simbólica del mercado con todas sus consecuencias de exclusión y disciplinamiento social.

Estos corolarios, que constituyen una generalización simple de la experiencia histórica de movimientos sociales paradigmáticos, como el de género o el de la clase trabajadora, sirven para analizar la cultura de los derechos en los movimientos y redes sociales, en las prácticas que articulan situaciones de participación y desarrollo local, etc. En el tejido de estas tramas, veo una dinámica diversa a los péndulos históricos reseñados entre simbólicas simétricas y asimétricas de los derechos humanos, entre otro generalizado y otro concreto, y entre normalización y diferencia, sobre la que se debe reflexionar.

Se presentan como experiencia inédita de fecundación de luchas antes desarticuladas y portadoras de un imaginario de creación histórica en lo político, lo ético y lo estético. Se me ocurren ahora dos ejemplos, de entre una multiplicidad que podría mencionar: el campo social ético-político que forman las redes, movimientos, organizaciones e intelectuales que confluyen en el Foro Social Mundial de Porto



Alegre, y el de la plataforma ciudadana Nunca Mais, que si bien se constituye frente a un hecho puntual, la catástrofe ecológica provocada por el vertido de fuel del petrolero Prestige muestra con sus acciones y sus demandas como la creatividad de la sociedad desborda los códigos y los compromisos del poder institucionalizado.

Estos espacios sociales ampliados suponen una renovación situada de la tensión creativa entre enunciado y enunciación de los derechos humanos. Éstos, una vez declarados, en tanto son predicados críticos de la relación social y reversa de las situaciones de opresión y violencia estructural, no pueden evitar ser redeclarados. Pero cada vez, desplazando su sentido, descentrándose de su matriz originaria, expresando nuevos colectivos sociales, nuevas necesidades, en definitiva, nuevos derechos. Porque los derechos humanos muestran mejor que cualquier otro aspecto de la articulación de relaciones por medio del derecho, que lo jurídico es un producto público que exige responsabilidades de los operadores y afecta y conmueve una ciudadanía entendida como abarcando diversos espacios sociales, ampliados más allá de lo político-formal.

Los derechos humanos se politizan recuperando la memoria de sus orígenes como procesos de afirmación de la dignidad humana, de lucha por nuevas formas de sociabilidad, valga la redundancia, desde una política, o mejor, potencia (*potentia*) de la alegría, de la autonomía y de la creación social, frente a la política, o mejor, poder (*potestas*), de la impotencia, la heteronomía, el gestionismo del *statu quo* y la tristeza<sup>65</sup>. Los derechos se afirman como

<sup>65</sup> Negri, Antonio, Mattini, Luis, Bensayag, Miguel. Colectivo Situaciones, González, Horacio, Holoway, John, Brand, Ulrich.

resultado de procesos en los que más y más colectivos sociales se hacen preguntas tan básicas, pero tan fundamentales como, ¿son buenas nuestras leyes morales y jurídicas? ¿Cuáles deberían ser las instituciones que nos permitan convivir? La democracia surge justamente cuando se puede dudar de lo instituido y se reconoce el derecho común a la creación social.

Es decir, los derechos en su intrínseca politicidad se han abierto paso en unos contextos históricos adversos, signados por la desigualdad, la ignorancia, el genocidio y todos los nombres de la opresión, se han afirmado como potencia creadora y renovadora (posibilidad de paz como mucho más que la mera ausencia de conflictos manifiestos) frente a la inercia de la violencia social. A la renovación de esta memoria de los orígenes de las instituciones y normas de derechos, se debe agregar ahora la conciencia de la necesidad de nuevos espacios, ya que dichas normas e instituciones quedaron cristalizadas en el plano estatal y proyectadas al interestatal, avance innegable y fundamental, pero que va cerrando la posibilidad de una necesaria comprensión de los derechos como procesos que surgen desde múltiples situaciones y espacios.

Esta complejidad de los derechos humanos requiere de saberes situacionales, capaces de habitar esas prácticas y procesos de dignidad humana, manteniendo siempre como único conocimiento absoluto que constantemente lo real está en exceso respecto de su teorización, y el compromiso con la generación de una capacidad de las experiencias de leerse a sí mismas y, por lo tanto, de retomar y difundir los avances y las producciones de otras

*Contrapoder. Una introducción.* Ediciones de mano en mano. Buenos Aires. 2001.



experiencias. Esto último exige también acompañar e imaginar procesos de articulación, entendidos aquí como la distancia entre la segmentación fragmentada y la multiplicidad creativa. Esta actitud sugiere el imperativo de intentar siempre acortar la distancia entre la reflexión académica y la praxis social, que aparecen frecuentemente como ámbitos incomunicados.

**8. Es necesario extender el análisis hacia el carácter impuro, complejo de los derechos humanos, presentes expresa o implícitamente, como una cultura de los derechos, en las prácticas sociales de lucha por la dignidad humana de las redes y movimientos sociales críticos de la globalización neoliberal. (Y todo esto como antídoto frente al cosmopolitismo idealista y desde arriba).**

La globalización y los derechos humanos, en realidad, como han puesto de manifiesto Boaventura de Sousa Santos, al hablar de "globalización contrahegemónica", o Richard Falk, al hacerlo de "globalización desde abajo", pueden pensarse desde el reverso crítico de resistencias y construcción de alternativas. Se trata, de lo que se denomina la "otra globalización"<sup>66</sup>.

El campo ético-político de los movimientos críticos de la globalización neoliberal ha generado una *cultura de los derechos*, entendiendo por tal un espacio de permutaciones significantes entre las necesidades radicalizadas generadas en tramas de relaciones sociales diversas determinadas o sobredeterminadas por los procesos de la actual globalización, y las

tópicas de dignidad humana contenidas en las normas de derechos humanos, en tanto objetivaciones, bienes socialmente valorados y culturalmente disponibles para expresar las más variadas aspiraciones.

Para manifestarlo sintéticamente, la traducibilidad y fecundación mutuas entre las prácticas de dignidad humana y los derechos humanos, en tanto que impuros. De forma tal que los derechos son apropiados, concretados y extendidos a nuevos colectivos, requerimientos y situaciones por las comunidades de necesidad del campo, que los redeclaran constantemente.

Esa fecundación mutua no se produce en el vacío sino que se articula en las tramas de relaciones sociales donde las mujeres y los hombres concretos, como fuerza social, producen y reproducen su vida. Por lo tanto, el análisis de la cultura de los derechos en un movimiento o campo de movimientos sociales remite a la construcción de una red de significaciones sociales, por las que este movimiento o campo se posiciona respecto de antagonismos que involucran el reconocimiento, desconocimiento, jerarquía, expresión e imputación de necesidades valoradas en los procesos económicos, culturales e institucionales.

De esta forma, la cultura de los derechos aparece en el campo social, bien de forma expresa, por medio de la asunción explícita del contenido de las declaraciones, tratados internacionales de derechos humanos, o bien, como un proyecto implícito o subtexto que se infiere de los procesos de lucha por la apertura y consolidación de espacios de dignidad humana desde los cuales construir otra globalización, mas consecuente con las promesas de la retórica universalista y cosmopolita.

Al mismo tiempo, la práctica de los movimientos sociales, analizada como

<sup>66</sup> Medici, Alejandro. *La otra globalización. Movimientos, redes sociales y cultura de los derechos. De la resistencia a las alternativas*. Op. cit.



referente del discurso normativo de los derechos, produce una apertura hermenéutica de éste, tensiona su texto desde diversos contextos, abriéndolo a nuevos sentidos y significados, que agrupo siguiendo el criterio de los juristas críticos del Movimiento del Derecho Alternativo brasileño<sup>67</sup>, Amilton Bueno de Carvalho y Edmundo de Arruda Lima Jr.: 1. Con el reclamo de eficacia de los derechos humanos ya formalmente reconocidos en declaraciones y tratados, pero que aún carecen de mecanismos de regulación jurídica (es decir, lo *istituído sonegado*). Por ejemplo, cuando se exige la eficacia de derechos humanos económicos, sociales y ambientales declarados en tratados, en los espacios de producción (maquilas, talleres de trabajo, zonas de procesamiento de exportaciones, etc.) del Sur, de forma vinculante para los establecimientos de las empresas multinacionales y para sus subcontratistas, y en general, como condicionante de la inversión extranjera directa de esas corporaciones en los países receptores. 2. También con la relectura o reinterpretación extensiva de nuevas situaciones, necesidades y colectivos de los derechos ya declarados (lo *istituído relido*). Por ejemplo, cuando se extienden los derechos vinculados a la ciudadanía, ampliando ésta en el terreno social (derecho a una renta básica ciudadana) o espacialmente (el reclamo de ciudadanía no restringida por fronteras estatales, frente al cierre militarizado de los enclaves de bienestar del Norte, en Europa y Estados Unidos). 3. Con la praxis que al generar necesidades radicalizadas, que no

<sup>67</sup> De Arruda Lima, Edmundo. "Direito Alternativo no Brasil: alguns informes e balanços preliminares". En: *Lições de Direito Alternativo*, N° 2. Editora Académica. Sao Paulo, 1992.

pueden satisfacerse ni expresarse en el orden actualmente vigente se traduce en el reclamo de nuevos derechos (lo *instituinte*). Por ejemplo, muchas de las resistencias sociales proyectivas relacionadas con el derecho genérico a la reapropiación social de los bienes, el espacio y el tiempo comunes, tienen un carácter instituyente, como el derecho a la soberanía alimentaria, al ejercicio y goce del conocimiento local de las comunidades en las relaciones sociales y con la naturaleza, el derecho a reparaciones por el daño causado por la deuda ecológica del Norte con el Sur, etc.

Aquí las prácticas de los movimientos sociales críticos de la actual globalización no se subsumen en los derechos sino que constituyen el discurso de los derechos, no solamente tratan de reapropiar los bienes sociales valorados amenazados por la mercantilización de la vida, sus medios y sus entornos, sino que al hacerlo, reapropian también los propios derechos. Los reapropian rescatándolos para las culturas populares, liberándolos de su confinamiento en la cultura especializada de los juristas, por medio de una pluralidad de formas de acción colectiva, algunas incluso ilegales pero legítimas, en tanto pueden entenderse como orientadas a redeclarar derechos o a declarar nuevos derechos en contextos de opresión grave. Al mismo tiempo, este trabajo de traducción requiere también de la articulación entre las culturas de los derechos difusa y la especializada, tarea llevada adelante por lo que en la tradición latinoamericana se ha llamado siempre servicios jurídicos alternativos o populares, y cada vez más por redes transnacionales de operadores jurídicos críticos, cuyo análisis desde las sociologías jurídica y política



es incipiente y está en gran medida aún por hacerse<sup>68</sup>.

Estas modulaciones de lo instituido a lo instituyente deben entenderse como que forman parte de un continuo de límites difusos más que de una tipología rígida que permitiría acercarse a una pluralidad de situaciones y prácticas que confluyen en el campo y que deben leerse en los marcos culturales de interpretación de la realidad de los movimientos sociales, en la descripción densa de la tensión entre sus posiciones y disposiciones, en sus contextos narrativos e históricos y en sus formas de articulación con los operadores jurídicos.

### **Epílogo y nuevo comienzo: hacia una perspectiva materialista y situacional de los derechos**

Estas proposiciones metodológicas para recuperar los derechos humanos, como conceptos críticos en el contexto de la actual globalización, no pretenden ser respuestas acabadas ni mucho menos definitivas, sino provocaciones para la reflexión colectiva.

Tampoco vienen a ser excluyentes de las metodologías y las prácticas usuales de los operadores y teóricos jurídicos a la hora de abordar los derechos humanos, sino que pretenden humildemente completarlas y sobre todo complementarlas con el análisis de la procesualidad histórica, la visualización de las estructuras y de las

necesidades, y la posibilidad de pensar las situaciones desde las que los derechos se afirman como reverso crítico.

En ese sentido, pueden ser útiles instrumentos para los abogados y profesores de derecho para enriquecer el contexto y complejidad de sus prácticas y sus teorías. También pretenden brindar instrumentos para acercarse a los derechos humanos desde otros ámbitos disciplinarios de las ciencias sociales, como pueden ser, por ejemplo, la sociología, la ciencia política, las relaciones internacionales, el trabajo social, la investigación participativa y el trabajo en desarrollo local y economías populares.

Principalmente, tienden un puente, una apertura hacia las siguientes pautas de desarrollo que se pueden profundizar en futuros trabajos:

1. El hecho de que los derechos humanos sean visualizados principalmente en su forma jurídico-institucional hace que queden subsumidos en la lógica, que explica los productos culturales en el campo social del derecho. Es importante reflexionar sobre las consecuencias que esta subsunción tiene en la comprensión usual de los derechos.

El derecho, el discurso jurídico, es decir, el conjunto de enunciados prescriptivos sistemáticamente articulados en función de una jerarquía de normas, entre las cuales existe una relación de derivación, que remite a una ordenación vertical de fuentes normativas (Constitución, Ley en sentido amplio, Jurisprudencia, etc.), donde el cuasi monopolio de la producción la detenta el Estado, produce la ilusión o ficción de que el ordenamiento jurídico así entendido tiene existencia en-sí-mismo y por-sí-mismo, independientemente de las relaciones sociales e históricas que

<sup>68</sup> Ver Keck, Margaret y Sikkink, Kathryn. *Activists beyond borders. Advocacy networks in international politics*. Cornell University Press, 1998. Evans, Peter. "Counter-hegemonic globalization: transnational networks as political tools for fighting marginalization". Disponible en: [http://sociology.berkeley.edu/public\\_sociology/Evans.html](http://sociology.berkeley.edu/public_sociology/Evans.html).



conforman su contexto y sus condiciones de producción/reproducción. Esta ideología acerca del derecho, que ha inspirado todas las tradiciones positivistas y formalistas, es especialmente inconveniente a la hora de pensar la especificidad propia de los derechos humanos.

Las reacciones usuales, frente a la reducción de los derechos humanos a enunciados normativos, pasan por identificar el *locus* de los mismos en la naturaleza inherentemente digna que corresponde a todo ser humano, por el solo hecho de ser tal, en alguna "esencia" de la persona humana de carácter universal, ahistórica e inmutable que es necesario descubrir y que condiciona la legitimidad del ordenamiento jurídico formal. Éste es el caso de las distintas variantes del iusnaturalismo racionalista y/o teológico.

En el caso del positivismo-formalismo, se olvida que el derecho (y, por lo tanto, el derecho de los derechos humanos), remite a un discurso de autorización que establece quién puede decir el derecho, quién puede determinar qué es derecho y qué no es derecho, qué es antijurídico o qué es jurídico, es decir, remite a una distribución del poder a través de la distribución de la palabra o *iuris-dictio*, en el sentido de su radical etimológico. Esta operación no es nunca neutral y objetiva, sino que se vincula con las relaciones sociales e históricas, con la distribución de las cargas y beneficios, con la definición de cuáles son y cómo se satisfacen las necesidades de quién en los distintos contextos sociopolíticos. Fundamentalmente, no puede independizarse de la distribución de los medios de vida, que son medios de poder-hacer, porque, ¿qué es la vida sino actividad?

En el segundo caso, se construye la imagen de una esencia o naturaleza del ser

humano. Los derechos humanos son predicados que encuentran su fuente en la esencia humana considerada independientemente de los contextos históricos del hacer humano. Aquí de nuevo se escamotea la cuestión de las relaciones sociales: ¿quién interpreta esta "esencia"? En la tradición occidental, en general la creación social, aunque sea como causa *sui*, como motor último, se ubica en una dimensión metahistórica y metahumana mediante la figuración ideológica de una relación imaginaria *Creatur/creatum*, donde los seres humanos pierden su autonomía y su carácter de constructores-creadores del mundo. Su *conatus*, su *potentia*, su capacidad de productividad ontológica les es escamoteada.

Tampoco aquí la operación es inocente, se encubre una relación asimétrica entre grupos sociales que es simbolizada en la verticalidad de quienes están más cerca del "transmundo", es decir, del *Creator* y, por lo tanto, descifran sus designios misteriosos. Resulta más o menos claro que, al quitarle a los seres humanos su capacidad de actuar, su carácter de productores del mundo y de su vida, se generan la heteronomía y la impotencia que acompaña la "servidumbre voluntaria" a la que se refería Etienne de la Boetie.

Ambas visiones, sea que acentúen la *eseidad* de los derechos humanos en las normas-instituciones, sea que la ubiquen en la esencia o naturaleza humana, comparten su idealismo, y su carácter de ideologías, ya que, cada una a su manera, desvinculan los derechos de su contexto histórico, fijan su ser en tanto que producto sin tomar en cuenta su proceso de producción y sus condiciones de posibilidades, pierden de vista la constante y renovada tensión de la eficiencia/eficacia o la ontología de los derechos en relación con la



dimensión prescriptiva, ética-axiológica o jurídica, de los mismos. Finalmente, no tienen en cuenta la tensión que se produce entre su titularidad simbólica-declarativa y su ejercicio, ya que los derechos humanos en realidad consisten fundamentalmente en unas capacidades de hacer, de realizar actividades y, por lo tanto, más que predicados acerca del ser de la "naturaleza humana", constituyen, en uno de los momentos de su impureza constitutiva, predicados críticos de las relaciones sociales y especialmente de las situaciones en que éstas se condensan.

2. Recuperar los derechos humanos como conceptos críticos supone remitirlos no sólo al momento de su formulación normativa, sino fundamentalmente a la totalidad renovada de su proceso de producción histórico-social. Debemos partir de que los derechos no tienen como referente alguna naturaleza/esencia humana, sino que son predicados críticos de las relaciones sociales. Constituyen "huellas" en el discurso y las prácticas de las instituciones, de los procesos de lucha por abrir y consolidar espacios de dignidad humana. Por lo tanto, su referente es la praxis social, las múltiples formas del hacer social.

Los derechos humanos no pueden remontarse a contextos de origen diversos que no sean los que marcan su pertenencia a la época en que se generaliza la relación social del capital, es decir, el modo de producción capitalista como totalidad. Sin duda que no son la única y exclusiva forma de enunciar la dignidad humana histórica ni geográficamente. Pero son una particular forma de lucha por la dignidad humana que surge como reacción, ya sea antagonista o funcional (lo que no puede discernirse *a priori*), a la relación social capitalista, y no pueden desvincularse de dicho contexto.

Su vector, sumotor, entanto contexto histórico del capitalismo que explica y ha enmarcado la emergencia de lo que se llama "derechos humanos", son las luchas por recuperar el flujo social del hacer, las distintas formas de la vida activa, en todos los espacios sociales, contra la separación entre el hacer y lo hecho, entre las formas productivas y no productivas del hacer, entre los hacedores y los medios del hacer, y entre los hacedores y la naturaleza.

El discurso de los derechos está jalonado por la materialidad de las huellas del movimiento real (que se expresa en multiplicidad de movimientos sociales concretos), que lucha contra la fractura/separación del hacer social propia del capitalismo. Desde el principio, ese movimiento ha planteado un exceso, una tensión, una desmesura que ha chocado contra sus formas de encauzamiento institucional. En vez de hacer una historia de los derechos humanos desde las declaraciones y textos constitucionales que los institucionalizan, lo suyo es hacer una historia social de los derechos desde los procesos instituyentes y las alternativas que muchas veces quedaron en principio reprimidas, abortadas o derrotadas, pero que dejaron abiertos de forma manifiesta o latente procesos de lucha por la dignidad.

Ejemplos históricos sobran, empezando por el caudal de luchas sociales que produjo la Revolución Francesa, cuyas reivindicaciones (como las de Babeuf u Olimpe De Gouges) excedían las formulaciones normativas de las distintas declaraciones de derechos y constituciones, incluso la jacobina de 1793. El "bavuvismo" reclamó la igualdad social real y se movió en contra del acaparamiento de los medios de vida, mientras que el feminismo primigenio de De Gouges reivindicó los derechos



políticos y civiles de las mujeres, criticando su separación del espacio de la ciudadanía. Ambos movimientos, desde distintos vectores, se enfrentaron y chocaron contra la fractura de la vida activa funcional a la fase de emergencia del capitalismo liberal y al ascenso de la burguesía y prefiguraron las luchas por la dignidad humana de los movimientos de trabajadores y de mujeres de los siglos XIX y XX.

Los derechos humanos, entendidos en su procesualidad, complejidad e impureza, sólo llegan a su forma jurídico-normativa *ex post*, después de haber sido interpelados el Estado y el poder desde los procesos de lucha de la dignidad humana, desde las situaciones.

3. Norberto Bobbio, en su célebre ensayo publicado en *El Tiempo de los Derechos*, describía un desarrollo dialéctico de los derechos humanos, éstos se configuraron primero a través de las filosofías estoicas y del cristianismo como universales abstractos. Universales porque eran predicados de una dignidad intrínseca a todas las personas y abstractos porque, sin embargo, pese a su vocación universal, en la práctica quedaban como expresiones filosóficas. Con las revoluciones burguesas, al ser positivizados en el terreno del Estado nacional, los derechos humanos se transformaron en particulares concretos, al ser juridificados en derechos nacionales específicos y concretados a través de la forma y las técnicas de garantía jurídica. Después del amplio consenso histórico posterior a la Segunda Guerra Mundial, y de la adopción de la Carta Internacional de Derechos Humanos (la Declaración y los dos Pactos Internacionales en el seno de la ONU), estaríamos ante la etapa de universalidad concreta de los derechos, expresada por la tendencia a la garantía internacional de los

mismos, incluso por encima, o contra los propios estados.

El argumento es atractivo, sin embargo, una mirada sobre los límites internos y contextuales del paradigma inaugurado por Bobbio, desmiente la pretendida universalidad concreta de los derechos humanos. Por eso, recuperar los derechos humanos como discurso crítico en el actual contexto, entendiendo por tal aquel o aquellos discursos que tengan como referentes los procesos de lucha por la dignidad humana que se reproducen hoy en múltiples situaciones, supone plantear una serie de interrogantes que permitan ir más allá de los límites de este paradigma de los derechos construido sobre las bases de escenarios histórico-sociales superados.

En primer lugar, se debe interrogar por los límites propios, internos, inherentes a un paradigma judicialista de los derechos humanos, que detrás de una consideración casuística, individualista, basada en la visibilidad y el tempo del caso judicial, es incapaz de enjuiciar las estructuras, los procesos sociales de los que el caso es una consecuencia.

El caso judicial es la punta visible de un iceberg, que debido a la opacidad de las instancias judiciales y su difícil acceso, la especialización de la cultura jurídica con la consiguiente distribución desigual del capital cultural necesario para actuar en el campo jurídico, así como la conocida incapacidad del paradigma judicialista para proteger los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, así como los sujetos colectivos necesitados de tutela, termina haciendo invisible la violencia estructural vinculada inmediata o mediatamente a la globalización económica que produce las violaciones de derechos cotidianas no declaradas en



procedimiento judicial pero no por ello menos reales y existentes.

En segundo lugar, la interrogación debe centrarse sobre las limitaciones que se agregan desde el nuevo contexto global, en tanto el paradigma dominante ha tenido como *locus* privilegiado al Estado nacional soberano con su correspondiente orden jurídico estructurado verticalmente desde una derivación lógico-normativa, sobre la base de una clara jerarquía de fuentes del derecho. Sin embargo, la construcción de las tramas y cadenas normativas que acompañan el despliegue de los procesos de la globalización muestra una maraña jurídica, originada en una pluralidad de fuentes (ONU, OMC, UE, *lex mercatoria* de las corporaciones transnacionales y financieras, etc.) que no tienen una estructura jerárquica y que se extienden en una pluralidad de direcciones, muchas veces contradictorias, y especialmente si son visualizadas desde la perspectiva de un hipotético orden jurídico internacional que tuviera como norte obtener la paz y seguridad internacionales, así como la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos.

Como indiqué, la OMC es el caso paradigmático de una institución internacional que, independiente del sistema de la ONU, tiene la capacidad jurídica de imponer normas, juzgarlas y aplicar sanciones en una dirección que socava las condiciones de eficacia de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en nombre de la defensa del libre comercio. En ese sentido, muchas de las propuestas bien intencionadas "cosmopolitas" y "garantistas", que abogan por un "constitucionalismo global", proyectan prescriptivamente la construcción histórica del constitucionalismo en los estados nacionales

hacia el orden global, de forma ingenua y sin tener en cuenta las condiciones de factibilidad de su propuesta.

Ir más allá de un "constitucionalismo global" que se propone de forma ingenua sin tener en cuenta sus condiciones de posibilidad, pero también más allá de un novísimo pluralismo jurídico que de forma clínica se limita a reconocer la autonomía normativa de las "organizaciones complejas" (léase, de las corporaciones transnacionales, la OMC, etc.), como un dato inevitable y evolutivo que acompaña como la piel a la globalización del derecho acriticamente considerada, exige ver cuál es la lógica de articulación asimétrica de las distintas formas jurídicas en presencia en el contexto de la globalización capitalista neoliberal.

Por otra parte, como, a pesar de la ideología usual de los juristas, las formas jurídicas y las normas no existen en sí, sino en tanto que tienen como referente discursos de autorización que remiten en última instancia a una distribución fáctica de competencias materiales de decisión y no decisión, esto es, a una relación social que supone la distribución del poder de decir e imponer el derecho, es necesario implementar una serie de estrategias para ver cuál es la jerarquía real operante en el escenario global por debajo de la pluralidad enmarañada y contradictoria de cadenas normativas que ofrece una mirada superficial.

En ese sentido, se propone rastrear las huellas de dicha articulación jerárquica y desigual de la globalización jurídica a través de: a. un análisis de los diferenciales de eficacia de las distintas cadenas normativas, b. de los factores de poder estructural en el escenario global que, más que basarse en la coacción propia del derecho internacional, se basan en juegos jurídicos metanormativos, como por ejemplo, el



compromiso condicionado de autoridad y, a partir de allí, c. ir visualizando cómo las formas plurales de juridicidad global se ensamblan en una lógica que va más allá de lo jurídico: la constitución material de la globalización.

En cuanto a lo primero, las distintas velocidades y direcciones que muestran la *lex mercatoria* y el nuevo constitucionalismo en relación con el derecho internacional de los derechos humanos hacen palidecer de envidia a este último. Los mecanismos de protección y promoción de los derechos echan de menos la eficacia, por ejemplo, del procedimiento de resolución de disputas de la OMC, su capacidad sancionatoria y la imposición de una definición expansiva de su objeto de protección (el libre comercio). No se trata de comparar la eficacia de cadenas normativas paralelas inconmensurables entre sí. El ejercicio es pertinente en tanto existe una interferencia entre ambas series normativas, ya que la definición expansiva de "las barreras paraarancelarias" u "obstáculos arbitrarios al libre comercio", supone una presión hacia abajo de los estándares de los derechos sociales y ambientales.

Respecto a los llamados "juegos jurídicos metanormativos", como el "compromiso condicionado de autoridad", que reflejan las asimetrías de poder estructural de las instituciones y actores del escenario global, cabe destacar la capacidad de ejercicio de influencia de, por ejemplo, el FMI para imponer los entornos favorables a las políticas de liberalización, desregulación financiera y, por lo tanto, a la acumulación y movilidad del capital global. El cumplimiento de las funciones de proveedor de crédito establecidas en el estatuto de dicha institución tiene como condición la adopción por parte de los estados recipien-

darios de los créditos, de políticas macroeconómicas legitimadas a la manera de reglas técnicas por el consenso económico vigente (el "Consenso de Washington").

Finalmente, las dos operaciones conceptuales anteriores nos conducen a, y son subsumibles en, la búsqueda de un recuperado concepto de constitución material global. Con más andadura que el comparativamente más reciente "constitucionalismo moderno", la tradición de análisis de las constituciones materiales remite al análisis de las composiciones políticas y funcionales, es decir, la "división del trabajo", entre grupos y clases sociales, como más recientemente ha dicho Lasalle, al análisis de los factores reales de poder.

Entonces, bajo la luz de la idea de constitución material, la articulación jerárquica del derecho y los regímenes internacionales descubren su lógica en la trama asimétrica de la globalización. Es en este contexto donde deben pensarse tanto el funcionamiento real y efectivo del régimen internacional de los derechos humanos, como la nueva expansividad del comercio internacional a partir del final de la Ronda Uruguay del GATT, que tuvo como consecuencia la creación de la OMC y los tratados internacionales impulsados en su seno.

4. Por el contrario, sostengo que los derechos humanos se concretizan y, por lo tanto, empiezan y terminan, vuelven a empezar, como procesos sociales complejos desde las situaciones. Una teoría materialista de los derechos parte de la premisa de que nada existe más allá de las situaciones, o mejor dicho que toda totalidad social existe con base en el conjunto de las situaciones, sea para articular, componer su potencia, sea para afirmarse en su poder descomponiendo su potencia, como totalidad "falsa" o "espectacular". Los derechos



humanos siempre se han afirmado como procesos de lucha por la apertura y consolidación de espacios de dignidad humana, y esos procesos siempre han tenido como motor y referente a la consistencia de las situaciones.

Por "consistencia situacional" intu-  
yo, y esto exige desarrollos futuros, sin  
duda, esa propiedad de las situaciones de  
ser fuente de la creación institucional, des-  
de su exigencia concreta. La exigencia de  
las situaciones es el tamiz crítico de toda  
ética metafísica y/o formalista y/o abstrac-  
ta, del paradigma jurídico dominante y de la  
hermenéutica y radica en la forma que toma  
el flujo social del hacer en la situación  
concreta. El mundo de la vida como activi-  
dad, como producción ontológica en la con-  
creción de la situación.

La situación como punto de conden-  
sación de las relaciones sociales exige ser  
la base o el punto de partida de todo análisis  
de los derechos como procesos sociales, a  
partir de los siguientes pasos metodológi-  
cos: 1. Definir la exigencia de las situacio-  
nes en la forma que toma el flujo del hacer  
social, su potencia o despotenciación, las  
necesidades sociales y la violencia estruc-  
tural. 2. Procesos de subjetivación antago-  
nista. 3. Metodología relacional para el aná-  
lisis de la particular constelación situacional:  
posiciones, disposiciones, espacios, tiem-  
pos, narratividad. 4. Una teoría de la articu-  
lación, más o menos aleatoria, no dialéctica  
ni teleológica, función política de composi-  
ción de la potencia de las situaciones, de la  
producción de espacios sociales amplia-  
dos y del entrelazamiento de subjetivi-  
dades antagonistas. 5. Los derechos hu-  
manos aparecen como el producto, la  
escritura o la huella, pero también están ya  
en el proceso de producción, como poder-  
hacer, como tradición a recrear, re-enunciar

cada vez. Pueden servir para componer o  
para descomponer (uso ideológico de los  
derechos humanos), la potencia de las si-  
tuaciones. 6. La coherencia exige en la  
investigación de los derechos, la dura tarea  
de reducir la distancia entre teoría y praxis  
(investigación-acción), entre sujetos y ob-  
jetos de conocimientos (investigación par-  
ticipante) y entre descripción y composi-  
ción de la potencia de la situación  
(investigación militante).



# NICARAGUAN MIGRANTS IN COSTA RICA: ADDRESSING THE HUMAN RIGHTS VIOLATIONS

*Britta Anne Schnoor*

## Resumen

Due to natural disasters, violent conflicts, political persecutions, and economic hardship in Nicaragua, there has been a sizeable influx of Nicaraguan immigrants into Costa Rica. Hostile attitudes of Costa Ricans towards this Nicaraguan population have resulted in a number of human rights violations. The situation has been propagated by the history of tense Costa Rican-Nicaraguan relations, including: Costa Rican perceptions of racial superiority; the Rio San Juan dispute; and U.S. relations. This article addresses human rights violations that arise from these hostile attitudes. It focuses on the roots of the discrimination; the character of the migrant population; and four categories of human rights violations.

Debido a desastres naturales, conflictos violentos, persecuciones políticas y dificultades económicas en Nicaragua, se ha producido un considerable flujo de emigrantes nicaragüenses a Costa Rica. Las actitudes hostiles de los/as

costarricenses hacia la población nicaragüense han resultado en una serie de violaciones a los derechos humanos. La situación se ha propagado por la historia de tensión en las relaciones entre Costa Rica y Nicaragua, incluyendo las percepciones costarricenses de superioridad racial; la disputa sobre el Rio San Juan; y las relaciones con Estados Unidos. Este artículo se refiere a la violación de los derechos humanos que surgen de esas actitudes hostiles. Enfatiza las raíces de la discriminación; el carácter de la población migratoria; y cuatro categorías de violaciones a los derechos humanos.

## 1. HISTORY OF COSTA RICA-NICARAGUAN RELATIONS

Throughout history there has been close interaction between bordering Costa Rica and Nicaragua, necessitated by flows of goods and people. Although this



interaction has not always been hostile, there is long history of tension. The two countries have interacted on many levels throughout history—economically, politically, geographically, culturally, and socially. While interactions have been positive, negative and neutral at times, this section will focus primarily on three major sources of tension, including: 1) Costa Ricans' belief in their racial superiority; 2) the bilateral dispute over Rio San Juan, and 3) U.S. relations. These three aspects have resulted in stressed relations between the two countries throughout history and are cornerstone to understanding the current attitudes of Costa Ricans towards Nicaragua and vice versa.

### 1.1 The "White Legend"

In his book, *Coffee and Power*, Jeffery Paige points to a "white legend" in Costa Rica. This legend consists of Costa Ricans' perception of themselves as homogeneous Europeans. Due to the fact that Costa Rica had a smaller indigenous population upon colonization than other countries in the region, many Costa Ricans believe themselves different from the rest of Central America.

As part of his research, Paige interviewed Costa Ricans involved with the coffee industry. According to Paige, "...almost all [those interviewed] thought that race was an important factor in accounting for Costa Rica's peace and stability. Many mentioned the absence of a large Indian population as a reason Costa Rica had avoided the colonial caste systems found elsewhere in the region."<sup>1</sup> The

<sup>1</sup> Jeffery M. Paige. *Coffee and Power: Revolution and the Rise of Democracy in Central America*. Harvard University Press, 1997, p. 232.

following statements by those interviewed illustrate this sentiment of racial difference:

- "The other countries had a large Indian population to deal with and we did not."
- "We are Europeans —just look around you— Spain, Italy —we are an industrious people."
- "Basically, Costa Ricans are white. This sounds racist, but I think it's important."
- "The white race is dominant over the Indian or the Negro, don't you think?"<sup>2</sup>

These sentiments, which Paige identifies as a "fierce racial pride," leave out important racial dynamics of Costa Rica, including the indigenous Indian population and the Caribbean African population, as well as the Eastern European industrialists and anyone not of Western European origin.<sup>3</sup>

Other academics confirm the existence of this "white legend." Abelardo Morales, a researcher with the Latin American Faculty of Social Sciences, agrees that Costa Ricans see them as homogeneous, ignoring the multicultural characteristics of their population.<sup>4</sup> Similarly, Patricia Alvarenga writes that an essential element of the Costa Rican construction of national identity is the "racial and cultural superiority."<sup>5</sup>

<sup>2</sup> *Ibid.*, pp. 231-232.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 231.

<sup>4</sup> Inter-American Commission on Human Rights. "2002 Annual Report Fourth Progress Report of the Rapporteurship on Migrant Workers and Their Families." 2002, p. 156.

<sup>5</sup> Patricia Alvarenga Venutolo. *Conflicto Convivencia. Los Nicaragüenses en Costa Rica*. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, 1997, p. 19.



This belief of Costa Rican superiority in relation to other Central American nations has spread throughout all levels of Costa Rican society. Two former presidents of Costa Rica, Rodrigo Carazo Odio and Jose Figueres Ferrer, illustrated their belief in the Costa Rican superiority during their interviews with Andrew Reding. Carazo confirmed that there is a "fundamental difference between Costa Rica and other Latin American countries," in the sense that Costa Rica had developed a "civilized spirit."<sup>6</sup> Similarly, Figueres identifies Costa Rica as a "tiny European country established in the middle of the Americas," resulting from the fact that there was "no Indian population for the Spanish settlers to exploit."<sup>7</sup>

Costa Rican national identity is closely linked with the belief in Costa Rican racial superiority in relation to other Central and Latin American countries. This perception, along with other historical tensions, has contributed to the Costa Rican aversion to accepting nationals of other Central American nations into their borders.

## 1.2 Rio San Juan

The Rio San Juan is an important geographical landmark for both Costa Rica and Nicaragua. It serves as the border between the two countries. Historically, the river was of international importance, as it was candidate for a gateway between Atlantic and Pacific Oceans. As a result, many countries fought for rights to the river. In the end, however, Panama became the inter-oceanic bridge, and international interest in Rio San Juan subsided. Even so,

the Rio San Juan remains of great strategic importance for Nicaragua and Costa Rica.

The Rio San Juan has created a long history resentment on both sides of the river. In 1831, Costa Rica occupied and annexed Guanacaste and the Nicoya Peninsula, which formerly belonged to Nicaragua. During the war against William Walker in 1856, Costa Rica made attempts to occupy the Rio San Juan. However, the issue was settled in 1858, with the Cañas-Jerez Treaty giving ownership to Nicaragua, while permitting only commercial use of the river by Costa Rica.<sup>8</sup> The Cañas-Jerez treaty technically resolved the Rio San Juan dispute, but today it remains an issue of tension between the two countries.

During the struggle on the border of Costa Rica and Nicaragua during the Contra War, Rio San Juan played a pivotal role. Today, the river is of strategic importance, as it is an important element of the Costa Rican tourism industry. Tensions over the river were heightened when Costa Rican police forces claimed the right to navigate upon the river in order to monitor Nicaraguan immigration into Costa Rica. Nicaraguans were angered at the presence of these Costa Rican police boats on the river and, as a result, the Nicaraguan government closed the river to all Costa Rican traffic (including commercial) on July 16, 1998. Costa Rican police argued river access was "necessary to supply four remote border outposts on the Costa Rican side."<sup>9</sup> While

<sup>6</sup> Andrew Reding. "Voices from Costa Rica: Interviews by Andrew Reding." *World Policy Journal*. Vol. 3, No. 2. Spring 1986, p. 14.

<sup>7</sup> *Ibid.*, pp. 1-2.

<sup>8</sup> Patricia Hynds and Carlos Navarro. *Region: Tempers Flare Regarding San Juan River; Controversy and Deportation of 35 Nicaraguans from Costa Rica*. Latin America Data Base, Latin American Institute, University of New Mexico. NotiCen: Central American and Caribbean Political and Economic Affairs. Volume 4, Number 25. July 15, 1999.

<sup>9</sup> *Ibid.*, 15/7/99.



Nicaragua temporarily agreed to allow Costa Rican police to navigate on the river if accompanied by Nicaraguan authorities, this decision was reversed on August 12, 1998, when the Nicaraguan Assembly determined the agreement to be unconstitutional.<sup>10</sup>

For Costa Rica, access to the Rio San Juan remains of pivotal importance. Access is deemed necessary monitoring immigration, as well as for commercial—especially tourism—access the river. However, Nicaragua argues that the Cañas-Jerez treaty clearly prevents navigation by Costa Rican police forces, and that tourism is not a permitted commercial activity under the treaty.<sup>11</sup> Alleged human rights abuses against Nicaraguans by Costa Rican police forces at the border have made issue more explosive on the Nicaraguan side.

### 1.3. U.S. Relations

In addition to Costa Rican sentiments of racial superiority and tensions over Rio San Juan, another issue of conflict has been the relationship of the two countries with the United States. While Costa Rica's relationship with the U.S. has been characterized by a long history of cooperation, Nicaragua's history with the U.S. has been one of almost continual conflict. As a result of the U.S.'s historical involvement and interference with Central American politics, the relationship of the two countries with the U.S. has been of great importance.

The Costa Rican relationship with the U.S. has been one of economic, military, and political cooperation. Unlike most Latin American countries, Costa Rica had not

had any major source of tension with the United States. Former Costa Rican president Carazo said that Costa Rica and the U.S. have a unique relationship in Latin America: "We Costa Ricans are good friends of the United States because we have never been invaded."<sup>12</sup> According to former Costa Rican president Figueres: "...most of Latin America—80 to 90 percent of the population—is pro-Nicaragua. The one exception is Costa Rica. This is a very pro-U.S. country..."<sup>13</sup> This lack of conflict in Costa Rica has allowed for a positive relationship to develop with the U.S., a relationship not possible in other Latin American countries.

In contrast to its positive relationship with Costa Rica, the U.S. relationship with Nicaragua has been fraught with conflict since the U.S. Marines began occupying the territory in 1910. The tension was at its peak during the Contra War, during which the U.S. filtered money gained from selling arms in Iran in order to fund its struggle against the Sandinistas. Due to the Communist and Socialist ideals the Sandinistas at the time of the Cold War, the U.S. was strongly opposed to the revolutionary government. The U.S. articulated this opposition by funding the armed resistance on the borders of the Honduran-Nicaraguan and Costa Rican-Nicaraguan borders.

Although the Costa Rican government's stance during the Contra War was technically one of neutrality, the existence of U.S. Green Berets in El Murcielago, Costa Rica "fuelled political polarization"<sup>14</sup> and brought into question the alleged neutrality. The U.S. continually

<sup>10</sup> *Ibid.*, 157/99.

<sup>11</sup> *Idem.*

<sup>12</sup> Andrew Reding. *Op. cit.*, p. 14.

<sup>13</sup> *Ibid.*, pp. 3-7.

<sup>14</sup> Lisa and Capa North. *Between War and Peace in Central America*. Capa and Between the Lines, 1990, p. 79.



pressured Costa Rica to abandon its neutrality and join the struggle against the Sandinistas. Solis said that "[U.S.] Secretary of State Shultz sent a letter to our foreign minister, signaling that he should not engage in any bilateral negotiations with Nicaragua."<sup>15</sup> In the end, U.S. pressures surmounted in Costa Rica's "...toleration of armed Nicaraguan counterrevolutionaries" and "encampments and the movement of arms, provisions, airplanes, and guerrillas" in Costa Rican territory.<sup>16</sup> According to Solis, forces on the border "help[ed] maintain the feeling that Nicaragua is an aggressor country..."<sup>17</sup>

The Contra troops' presence in Costa Rica created a psychology within the country that there was something to fear. This perception was reinforced by an intensive media campaign. According to Solis, one of the major reasons for strident anti-Sandinism in Costa Rica was the sustained campaign by the Costa Rican media—television, radio, and press alike—against the Sandinistas, in which the very arguments advanced by Washington are repeated with some local additions... It is known that the media directors [met] with each other regularly, sometimes in the U.S. Embassy, to coordinate their editorial lines in relation to the war against Nicaragua. In this way, all incidents [were] presented in accord with the contra version of what happened. That means that border incidents provoked by the contras [were] attributed to the Sandinistas.<sup>18</sup>

Oduber agreed that "the Costa Rican media appear[ed] to be coordinating an ongoing publicity campaign against

Nicaragua in order to foment a climate of fear" and said that all media owners "...follow what they feel is the U.S. line, though most of the time much more aggressively than the actual U.S. line."<sup>19</sup> Whether or not the Costa Rican government was aligned with the U.S., it is clear that the Costa Rican media was. As the media is often more influential than governmental policies, this role of the media during the Contra War was of key importance.

The combination of the propagation of fear with the massive media campaign against the Nicaraguan government inevitably resulted in the development of many Costa Ricans' negative associations of Nicaraguans—perceptions that are still in existence today. Therefore, the two countries' relationships with the U.S., along with Costa Rican feelings of superiority and disputes over Rio San Juan, have accumulated into a historical tension between Nicaragua and Costa Rica.

## 2. HISTORY OF NICARAGUAN MIGRATION TO COSTA RICA

Nicaraguan migration into Costa Rica has been a phenomenon throughout history. Although the attention paid to the migrant situation is perhaps more elevated than ever, the actual migration is nothing new. Throughout history, Costa Rica has depended upon Nicaraguan migrant workers for harvesting crops. Seventeen percent of Nicaraguans live outside Nicaragua<sup>20</sup> and their main destination is Costa Rica. Nicaragua is the only Central American

<sup>15</sup> Andrew Reding. *Op. cit.*, p. 22.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>20</sup> International Organization for Migration (IOM). "Estudio Binacional: Situación Migratoria entre Costa Rica y Nicaragua: Análisis del Impacto económico y social para ambos países." December 2001, p. 7.



country for which Costa Rica is the principal destination (in all other Central American countries, the primary destination is the U.S.).<sup>21</sup> The following is a breakdown of the major influxes of Nicaraguan migrants into Costa Rica.

### 2.1 Pre-1970

According to the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR), the first major wave of Nicaraguan migration began in the mid-19<sup>th</sup> century, when Costa Rica imported Nicaraguan labor in order to develop its agricultural exports.<sup>22</sup> The migration of agricultural laborers continued throughout the end of the 19<sup>th</sup> century and beginning of the 20<sup>th</sup> century.<sup>23</sup> In 1910, due to the U.S. Marines' occupation, increased poverty, and decreased security, Nicaraguans fled to Costa Rica in search of better living conditions.<sup>24</sup>

### 2.2 Managua Earthquake: December 1972

In December of 1972, an earthquake hit Nicaragua, devastating much of the country and obliterating much of the infrastructure, especially in the capital city of Managua. It is estimated that around

<sup>21</sup> Juan Carlos Vargas. *Migraciones y migrantes nicaragüenses en Costa Rica: aspectos de un continuo*. Centro Centroamericano de Población. 1999. <http://ccp.ucr.ac.cr/bvp/texto/3/nicasjc.htm>

<sup>22</sup> Inter-American Commission on Human Rights. *Op. cit.*, p. 126.

<sup>23</sup> Abelardo Morales and Carlos Castro. *Redes Transfronterizas: Sociedad, Empleo y Migración entre Nicaragua y Costa Rica*. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO). Sede Académica de Costa Rica. August 2002, p. 40.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 42.

10,000 people fled the country to Costa Rica during this period.<sup>25</sup>

### 2.3 Sandinista Revolution: 1970s

During the 1970s, Sandinista revolutionaries were fighting to overthrow the Somoza dictatorship that had been in power in Nicaragua for over four decades. While the Sandinistas ultimately proved victorious in the revolution, many other factions were involved in the struggle against Somoza. As a result of the conflict, many political dissidents fled Nicaragua to Costa Rica. The migration flow in the 1970s was almost homogeneous, predominantly composed of the political elite, professionals and academics.<sup>26</sup> Much of this migrant group returned to Nicaragua during the final months of the Somoza dictatorship.<sup>27</sup>

### 2.4 Contra War: 1979-1990

On July 17, 1979, the revolution finally proved successful with the overthrow of the Somoza dictatorship. However, the violence was hardly over. The U.S.-funded Contra War against the Sandinistas created a period of economic deterioration, as the majority of governmental resources went to fighting the Contras. During this period, many Nicaraguans fled out of fear of persecution. According to some statistics, by 1986, 11-15% of the Nicaraguan population was internally displaced or had fled the country.<sup>28</sup>

The fleeing population was largely composed of ex-patriots of the Somoza government and others opposed to

<sup>25</sup> IOM. *Op. cit.*, p. 8.

<sup>26</sup> Abelardo Morales and Carlos Castro. *Op. cit.*, pp. 43-44.

<sup>27</sup> *Idem.*

<sup>28</sup> Lisa and Capa North. *Op. cit.*, p. 142.



Sandinista government.<sup>29</sup> The principal destination of Nicaraguans fleeing the country out of fear of persecution was Costa Rica. The government of Costa Rica provided refugees assistance, with UNHCR support.<sup>30</sup> According to North, "...the immigration department used generous criteria for determining the validity of Nicaraguan refugee claims, waiving even the standard UN criterion of establishing direct persecution."<sup>31</sup> It is estimated that Costa Rica granted refugee status to 46,000 Nicaraguans.<sup>32</sup> Other estimates site Costa Rica as a host to more than 50,000 displaced persons.<sup>33</sup>

While a frequent characterization of refugees is their eventual desire to repatriate, this was not the case of the Nicaraguan refugees who fled to Costa Rica in the 1980s. Most former combatants (contra forces) did not repatriate.<sup>34</sup> According to one international observer, "Nicaraguan refugees in Costa Rica [were] probably reluctant to repatriate because they enjoy[ed] a higher standard of living than they could expect in Nicaragua, even if its economy were to improve."<sup>35</sup> Although presidents of the five Central American countries signed the Tela Declaration calling for a joint commission dealing with demobilization and relocation of refugees,<sup>36</sup> many refugees did not repatriate.

<sup>29</sup> Abelardo Morales and Carlos Castro. *Op. cit.*, pp. 43-44.

<sup>30</sup> USGAO, 1989: 16.

<sup>31</sup> Lisa and Capa North. *Op. cit.*, p. 148.

<sup>32</sup> Inter-American Commission on Human Rights. *Op. cit.*, p. 126.

<sup>33</sup> IOM. *Op. cit.*, p. 8.

<sup>34</sup> Donald L. Patton, Dianne L. Rawl, Robert E. Sanchez, and S. Sui-Ying Gantt. *Nicaraguan Resistance: Programs for Repatriation and Resettlement*. United States General Accounting Office Report to Congressional Requesters. GAO/NSIAD-91-234. July 1991, p. 2.

<sup>35</sup> USGAO, 1989: 24.

<sup>36</sup> Donald L. Patton, Dianne L. Rawl, Robert E. Sanchez, and S. Sui-Ying Gantt. *Op. cit.*, p. 9.

## 2.5 Economic Crisis: 1990s to present

After the election of Violeta Chamorro and the end of the Sandinista regime in Nicaragua, Nicaragua was free from direct violence for the first time in many years. Yet, it could hardly be said that Nicaragua was at peace. Due to the economic crisis in Nicaragua, Nicaraguans continued to search for better living standards elsewhere, resulting in yet another influx of Nicaraguan migrants into Costa Rica.

After the rise into power of the PLN (Partido Liberacion Nacional) party in Nicaragua, drastic measures of structural adjustment were put into place.<sup>37</sup> These structural adjustments were combined with other economic problems including negative growth rates, lack of productivity, and inability to generate employment in the formal sector.<sup>38</sup> According to Morales and Castro, another aspect that affected the economic sustainability of Nicaragua was the late incorporation into the world market, in comparison to Nicaragua's neighbors.<sup>39</sup>

At the same time during which the Nicaraguan economy was lowering into recession, the Costa Rican economy was experiencing the positive effects of 40 years of economic growth.<sup>40</sup> For this reason, Costa Rica was viewed by Nicaraguans as a place in which they could improve their standard of living.<sup>41</sup> Greater demand for labor and greater pay for that labor made working in

<sup>37</sup> IOM. *Op. cit.*, p. 8.

<sup>38</sup> Inter-American Commission on Human Rights. *Op. cit.*, p. 127.

<sup>39</sup> Abelardo Morales and Carlos Castro. *Op. cit.*, p. 74.

<sup>40</sup> Arias Foundation for Peace and Human Progress. *The Nicaraguan Migrant Population in Costa Rica: Realities and Responses*. September 2000, p. 3.

<sup>41</sup> Inter-American Commission on Human Rights. *Op. cit.*, p. 9.



Costa Rica an appealing choice for relocation. For example, while a coffee picker in Nicaragua receives only US\$0.50 per 20 pounds harvested, the same worker can make almost twice that in Costa Rica.<sup>42</sup>

Economic migration of Nicaraguans into Costa Rica continues today. According to the Costa Rican National Institute of Statistics and Census (INEC), in 2001, 6.7% of Nicaraguans live in extreme poverty, another 26.3% are poor; and 19.3% are unable to meet their basic needs.<sup>43</sup> As a result of the poverty within Nicaragua, Costa Rica remains an attractive alternative. According to a study by the International Organization for Migration, 73.1% of Nicaraguan migrants were motivated to migrate as a result of economic reasons. As long as the Costa Rican economy and poverty level remain in such contrast to that of Nicaragua, it seems unlikely that Nicaraguans will stop immigrating into Costa Rica for economic reasons.

## 2.6 Hurricane Mitch: October 1998

In addition to the migration flows discussed above, the October 1998 Hurricane Mitch gave yet another reason for Nicaraguans to migrate into Costa Rica. Although the hurricane touched upon Costa Rica, the damage within Nicaragua and other Central American countries was much greater. As a result of the hurricane, Nicaraguans fled to Costa Rica, looking for stability, security, and better living conditions.<sup>44</sup> They were received as refugees in Costa Rica.

<sup>42</sup> Nicaragua Network Hotline. "Coffee Harvest Losing Workers to Costa Rica." January 5, 2004.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 129.

<sup>44</sup> IOM. *Op. cit.*, p. 8.

## 3. AMNESTIES

In order to regularize the situation of undocumented Nicaraguan migrant workers, three Costa Rican administrations have held exception regimes to grant amnesties to Nicaraguans working illegally within Costa Rican territories. While there are problems with the amnesties, there are also positives, which is why so many Nicaraguans have availed themselves of the amnesties' protection.

### 3.1 Calderon Administration Amnesties

In 1990 and 1994, the Calderon government offered a "tarjeta laboral" or "labor card" to provide amnesty to undocumented migrants. The first exception regime (1990) offered legal status for a period of one year to those who entered the country before July 2, 1990. A second exception regime began January 1994 for those having entered the country before July 31, 1993.<sup>45</sup> Only 5,000 workers availed themselves of the amnesty due to the fact that the application required an original birth certificate, a copy of the same, and a document of identification. For many Nicaraguans, this represented a limitation because they had lost their documents during the journey to Costa Rica or they had never had them to begin with.<sup>46</sup>

### 3.2 Figueres Administration Amnesty

On July 25, 1995, President Jose Maria Figueres created the "Tarjeta de Trabajo Estacional" or "Seasonal Working Card," which granted illegal migrant workers

<sup>45</sup> Patricia Alvarenga Venutolo. *Op. cit.*, p. 15.

<sup>46</sup> Arias Foundation for Peace and Human Progress. *Op. cit.*, p. 15.



6 month renewable working permits.<sup>47</sup> The purpose of the working permits was to control the Nicaraguan migrant population and to avoid the "unfair competition," which makes it impossible for Costa Ricans to compete with low salaries and poor working conditions that undocumented Nicaraguan workers are willing to accept.<sup>48</sup>

The new method of "temporary legalization" was not well-received in the Nicaraguan community, due to the fact that, once legalized, Nicaraguans became more "visible" by state institutions of social control.<sup>49</sup> In addition, the cards cost 5000 colones (around US\$12), a significant amount for Nicaraguan migrants<sup>50</sup>. In many ways, the work permits institutionalized the ethnic segmentation of the labor force that forced Nicaraguans into work that is less specialized, worse paid, and less permanent.<sup>51</sup>

### 3.3 Rodriguez Administration Amnesty

Due to the large influx of migrants into Costa Rica after Hurricane Mitch in 1998, the Costa Rican government decided to offer Central American migrants (from Nicaragua, Belize, El Salvador, Guatemala, Honduras, and Panama) an opportunity to regularize their immigration status.<sup>52</sup> The regime came into force on November 24, 1998. The amnesty applied to all Central American migrants who had entered the country before November 9, 1998. The exception regime began on February 1,

1999 and lasted through July 31, 1999. Applicants who were granted amnesty received permanent residency status for a renewable period of one year.

By February 2000, 155,316 people had requested amnesty, of which 151,320 (97.4%) were Nicaraguans.<sup>53</sup> By April 2000, 95% of the requests had resulted in favorable resolutions,<sup>54</sup> including 140,000 Nicaraguans who had regularized their status in Costa Rica.<sup>55</sup> These amnesties valuable, as regularizing migration status allows Nicaraguan migrants greater security. Furthermore, free from the fear of deportation, Nicaraguan migrants are more likely to demand their rights to public resources and labor rights.<sup>56</sup>

In spite of these benefits, the National Network of Civil Organizations for Migration considers that the amnesty served as a "double-edged sword."<sup>57</sup> The problem with the amnesty was that industries, especially in agricultural zones, continued to hire undocumented workers, in order to refuse them the rights of documented migrants.<sup>58</sup> As a result, the process ended up discriminating against documented Nicaraguan migrants, as industries didn't want to hire those with legal status.

Another problem with the amnesty was that many Nicaraguan migrants were not able to benefit from it or to continue to be

<sup>47</sup> Patricia Alvarenga Venutolo. *Op. cit.*, p. 15.  
<sup>48</sup> Alvarenga. *Loc. cit.*  
<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 16.  
<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 17.  
<sup>51</sup> Alvarenga. *Loc. cit.*  
<sup>52</sup> Inter-American Commission on Human Rights. *Op. cit.*, p. 169.

<sup>53</sup> IOM. *Op. cit.*, p. 48.  
<sup>54</sup> Inter-American Commission on Human Rights. *Op. cit.*, p. 170.  
<sup>55</sup> IOM. *Op. cit.*, p. 48.  
<sup>56</sup> Committee on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD). "Sixteenth periodic reports of States parties due in 2000: Costa Rica." December 27, 2001.  
<sup>57</sup> Comisión para la Defensa de los Derechos Humanos en Centroamérica (CODEHUCA). *Situación de la Población Nicaragüense en Costa Rica*. Site accessed: April 20, 2004.  
<sup>58</sup> CODEHUCA. *Loc. cit.*



protected by it. The major problem was that the document is only valid for one year, upon which the migrant workers had to apply for renewal, unless they could show that they had been continuous residents for 10 years (an unlikely possibility for Nicaraguan migrant workers). A final obstacle to receiving amnesty was that Costa Rican authorities required documents from applicants, including passport, birth certificate and criminal record. As mentioned above, many Nicaraguans do not possess all of the documentation for various reasons.<sup>59</sup>

Clearly, there are many problems with the amnesties granted by various Costa Rican Administrations in the last twenty years. However, the amnesties are an important step in the right direction, as regularizing the situation of Nicaraguan migrant workers provides the workers with security and human rights that undocumented workers often lack. As stated by the International Organization for Migration, "...the migratory amnesty decreed by the government of Costa Rica in 1999, although unilateral, represented a first step in the development of a process of attention to the migration phenomenon."<sup>60</sup>

#### 4. MIGRANT POPULATION

In order to understand the problems faced by the Nicaraguan migrant population, it is important to know the demographics of the group. This section discusses the characteristics of the population, including: the number of migrants, the ethnicity, age, gender, education birthrate, region of

settlement, type of employment and migration status.

#### 4.1 Number of Nicaraguan Migrants

It is impossible to know how many Nicaraguans are currently residing in Costa Rica. This is due to a number of factors, including: many Nicaraguans are undocumented and therefore evade monitoring such as censuses; many migrants are seasonal, circulating back and forth between the two countries; and Costa Rica does not often take censuses or have other methods for recording the number of migrants in different sectors and public services. In spite of these difficulties, it is estimated that between 200,000 and 500,000 Nicaraguans are currently residing in Costa Rica.

The 2000 Costa Rican National Census of the Population reported a total of 296,461 foreign-born residents, 7.8% of the total population (see Chart #1).<sup>61</sup> Of that number, 226,374 (75% of the foreign-born residents) were Nicaraguans (about 6% of the Costa Rican population).<sup>62</sup> This is roughly three times the percentage in 1984, when it was estimated that only 1.9% of the population was Nicaraguan.<sup>63</sup> In addition, it is likely that a large number of undocumented Nicaraguan migrants evaded the census and that many of the seasonal workers were in Nicaragua during the census.<sup>64</sup>

<sup>59</sup> Inter-American Commission on Human Rights. *Op. cit.*, p. 171.

<sup>60</sup> IOM. *Op. cit.*, p. 55.

<sup>61</sup> Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO). *Migración y Salud en Costa Rica: Elementos para su Análisis*. Ministerio de Salud, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) y la Organización Panamericana de la Salud en Costa Rica. 2003, p. 6.

<sup>62</sup> IOM. *Op. cit.*, p. 11.

<sup>63</sup> Abelardo Morales and Carlos Castro. *Op. cit.*, p. 190.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 192.



**CHART #1**  
**COSTA RICAN CENSUS POPULATION BY REGION OF BIRTH AND SEX, 2000**

Population and Sex	TOTAL	Costa Rica	Nicaragua	Rest of America	Europe, U.S., Canada	Rest of the world
<i>Absolute #s</i>						
TOTAL	3,810,179	3,513,718	226,374	46,306	18,999	4,782
Men	1,902,614	1,753,119	113,072	23,032	10,820	2,571
Women	1,907,565	1,760,599	113,302	23,274	8,179	2,211
<i>% by sex</i>						
TOTAL	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0
Men	49.9	49.9	49.9	49.7	57.0	53.8
Women	50.1	50.1	50.1	50.3	43.0	46.2

Source: Costa Rican Population Census, 2000.

If one takes into account undocumented migrant workers that were likely left out of the census, it is difficult to estimate the total number of Nicaraguans living in Costa Rica. The International Organization of Migration estimated that there is an additional 65,000-100,000 Nicaraguan residents who were not included in the census.<sup>65</sup> In a study by Abelardo Morales, it is estimated that the number of immigrants was between 300 and 340 thousand in 1999 (7.8% or 8.8% of the population).<sup>66</sup>

#### 4.2 Age Distribution

The average age of the Nicaraguan immigrants reflects their participation in the labor force (see Chart #2). The 2000 census found that around 50% of the Nicaraguan

population was between 20 and 39 years old, while only 11% were older than 50.<sup>67</sup> Another study found that 65% of the Nicaraguan population was between the ages of 15 and 44, whereas Costa Ricans in the same age range made up only 46% of the total population. According to Morales and Castro, "The characteristic most important to the sociodemographic profile of the immigrants from Nicaragua is that they constitute a very dynamic and young segment of the labor force in the country."<sup>68</sup>

Although the Nicaraguan migrant population has generally been composed mainly of those individuals of working age, the population has seen a greater percentage of children and adolescents in recent years. While in 1997 only 11.4% of the population was those from ages 0-11, in

<sup>65</sup> IOM. *Op. cit.*, p. 12.

<sup>66</sup> IOM. *Loc. cit.*

<sup>67</sup> Patricia Alvarenga Venutolo. *Op. cit.*, p. 13.

<sup>68</sup> Abelardo Morales and Carlos Castro. *Op. cit.*, p. 98.



1999 the percentage had increased to 16.1%.<sup>69</sup> The percentage of adolescents (12-19) increased from 13.5% to 19% during the same time period.<sup>70</sup> This trend reflects the increasing assimilation of Nicaraguan migrants in Costa Rican territory, with a small number of migrants ceasing to be seasonal migrants, instead becoming permanent migrants.<sup>71</sup>

#### 4.3 Gender Breakdown

Most studies conducted within Costa Rica illustrate an equal division of men and women migrants. According to the Central American Population Program, the masculine and feminine populations of Nicaraguan migrants are practically equal (see Chart #2),<sup>72</sup> a statistic that is in line with the international trend of the "feminization of migration."<sup>73</sup> In contrast to the studies that illustrate equal migration of men and women is the study done by Morales and Castro. This study differs in that it was undertaken in Nicaragua, interviewing Nicaraguan families about migration into Costa Rica. Unlike the Costa Rican studies, the Morales and Castro report finds that more men than women immigrate, with 60% of the migrant population being composed of men. Morales and Castro account for this difference as a result of the large number of men who are not accounted for in surveys

<sup>69</sup> IOM. *Op. cit.*, p. 16.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>71</sup> Morales and Castro. *Op. cit.*, p. 197.

<sup>72</sup> Mario Mok Chen, Luis Rosero Bixby, Gilbert Brenes Camacho and Miriam León Solls. *Migrantes Nicaragüenses en Costa Rica 2000: Volumen, Características y Salud Reproductiva*. Programa Centroamericano de Población, Escuela de Estadística, Instituto de Investigaciones en Salud (INISA), Universidad de Costa Rica. October 2000, p. 14.

<sup>73</sup> IOM. *Op. cit.*, p. 13.

**CHART #2**  
**COSTA RICA: SEX AND AGE OF**  
**NICARAGUAN IMMIGRANTS, 2000**

	Total	Men	Women
Total by sex	100.0	49.1	50.9
Total by age	100.0	100.0	100.0
0-6	4.8	4.9	4.8
7-12	10.9	10.8	11.1
13-19	16.9	15.1	18.5
20-29	29.3	29.9	28.6
30-49	29.9	30.3	29.5
50-59	3.9	4.0	3.8
60 or over	4.3	5.0	3.6

Source: International Organization of Migration; Survey of Homes, 2000.

because they are in the country for periods of less than six months.<sup>74</sup> In any case, the numbers of men and women who migrate into Costa Rica are similar, with the possibility of a slightly larger migration of men than women.

#### 4.4 Education

On average, the level of education of Nicaraguan migrants is lower than that of the Costa Rican population, but higher than that of the Nicaraguan national average.<sup>75</sup> According to a survey taken in 2000, Costa Ricans over the age of 15 had had an average of 7.2 years of education, while the Nicaraguan migrant population had had only 5.4 years of education.<sup>76</sup> Another study

<sup>74</sup> Morales and Castro. *Op. cit.*, p. 117.

<sup>75</sup> Mario Mok Chen et al. *Op. cit.*, p. 14.

<sup>76</sup> IOM. *Op. cit.*, p. 14.



found that, while 44.3% of the Nicaraguan migrants had not finished primary school, only 20.3% of the Costa Rican population had not finished primary school.<sup>77</sup>

#### 4.5 Birthrate

The average birthrate of Nicaraguan migrant women is higher than the national average of birthrates in Costa Rica. On average, Costa Rican women have 2.8 children, while immigrants to Costa Rica have an average of 3.6 children and Nicaraguans have an average of 3.8 children.<sup>78</sup> In 1998, 11% of the births in Costa Rica were children born to Nicaraguan mothers. As children born to foreigners receive Costa Rican citizenship,<sup>79</sup> the high birthrate of Nicaraguan migrants illustrates the growing permanency of the Nicaraguan presence in Costa Rica.

#### 4.6 Region of Settlement

The majority of Nicaraguan migrants settle in one of three areas in Costa Rica: the Central Region, the Atlantic Region, or the Northern Zone.<sup>80</sup> The majority of Nicaraguan migrants (59.2%) reside in the Central region, in and around the capital city of San Jose.<sup>81</sup> Perhaps one of the largest Nicaraguan settlements is the low-income settlement of La Carpio in La Uruca district (47% Nicaraguan<sup>82</sup>), which was created in

1993 by the settlement of 25 Nicaraguan immigrant families.<sup>83</sup>

#### 4.7 Type of Employment

The type of employment of Nicaraguan migrants in Costa Rica depends on two major factors: the location and the gender of the migrant. However, some aspects of the employment remain constant, no matter the gender or location. Generally, Nicaraguan migrants are employed in work that is difficult, requires few qualifications, is low-status, and is poorly remunerated.<sup>84</sup>

While men work primarily in areas of construction and agriculture, the women are employed primarily as domestic workers or in the informal commercial sector. For example, 46.6% of the Nicaraguan migrant men work in menial labor, such as agriculture, industrial, service, and commercial sectors.<sup>85</sup> Nicaraguan migrant women work primarily as domestic servants (42.2%), while another 17.8% hold non-qualified positions in commerce or services.<sup>86</sup>

When the type of employment is broken down by region, other patterns emerge. In the Northern Zone, Nicaraguan migrants are employed primarily in agriculture, harvesting, planting, and packing products<sup>87</sup> for export.<sup>88</sup> In the Atlantic Region, Nicaraguan migrants are employed primarily in the seasonal work at banana plantations.<sup>89</sup> In the Central Region,

<sup>77</sup> FLACSO. *Op. cit.*, p. 12.

<sup>78</sup> Mario Mok Chen *et al.* *Op. cit.*, p. 10.

<sup>79</sup> Arias Foundation for Peace and Human Progress. *Op. cit.*, p. 14.

<sup>80</sup> FLACSO. *Op. cit.*, p. 8.

<sup>81</sup> IOM. *Op. cit.*, p. 15.

<sup>82</sup> Committee on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (CERD). *Sixteenth periodic reports of States parties due in 2000: Costa Rica*. December 27, 2001, p. 455.

<sup>83</sup> Inter-American Commission on Human Rights. *Op. cit.*, p. 134.

<sup>84</sup> Arias Foundation for Peace and Human Progress. *Op. cit.*, p. 21.

<sup>85</sup> FLACSO. *Op. cit.*, p. 14.

<sup>86</sup> FLACSO. *Loc. cit.*

<sup>87</sup> Primarily coffee, sugar cane, tubers, and fruits.

<sup>88</sup> Inter-American Commission on Human Rights. *Op. cit.*, p. 142.

<sup>89</sup> Inter-American Commission on Human Rights. *Loc. cit.*



Nicaraguan migrant men find jobs mostly in construction, private security, or informal commerce, while the women are employed in domestic work, cleaning, and informal commerce.<sup>90</sup>

#### 4.8 Migration Status and Type

According to Alvarenga, the majority of Nicaraguan immigrants entered illegally.<sup>91</sup> It is often either not legally feasible or too expensive for Nicaraguans to secure the necessary documents in order to enter the country and work within the country legally. Even if the Nicaraguan migrants are able to secure the documents to enter legally, the cost to do so is high. A visa to enter costs \$20, along with \$25-50 for a passport and an additional \$15 for the necessary forms and photos.<sup>92</sup> As a result of these difficulties, many Nicaraguans enter illegally. According to a CERD Committee report, "...illegal traffic in the direction of Costa Rica is carried on by persons on the fringes of the law who, evading immigration controls, assist immigrants to cross the northern border in exchange for payment."<sup>93</sup> The undocumented nature of many Nicaraguan migrants places them in a vulnerable situation. Costa Rican legislation establishes that crossing the border without documents is illegal and punishable with expulsion or, in the case of reoccurrence, jail.<sup>94</sup>

In addition to their legal status as documented or undocumented (legal or illegal immigrants), Nicaraguan migrants can be identified as one of three types: pendular, circular, or established.<sup>95</sup> Pendular workers are those who migrate into Costa Rica for the harvest season in order to collect coffee beans, bananas, citrus fruits, and other crops.<sup>96</sup> Some of these workers continue to live and work part of the year in Nicaragua.<sup>97</sup> Circular workers are those who reside in Nicaragua and cross the border to Costa Rica either daily or weekly to work temporarily collecting crops during the harvest season.<sup>98</sup> Established workers are characterized by a decision to reside permanently in Costa Rica in order to improve the standard of living.<sup>99</sup> In view of legal status, generally speaking, circular workers are rarely documented, while pendular workers are sometimes documented, and established migrants are normally documented legal migrants.

#### 5. DISCRIMINATION

Non-discrimination is a central principle of human rights law. Discrimination has been a problem throughout history in all countries, and, as a result, many countries and organizations have felt the need to develop mechanisms to protect the non-discrimination principle. In Costa Rica, the principle of non-discrimination is protected through domestic law, regional law (Inter-American system) and international law (United Nations).

<sup>90</sup> Inter-American Commission on Human Rights. *Loc. cit.* and Edith Olivares Ferreto. "Migraciones y Políticas Públicas." *Diálogo*. Volume 6, Number 12. October 2002, p. 10.

<sup>91</sup> Patricia Alvarenga Venutolo. *Op. cit.*, pp. 14-15.

<sup>92</sup> Véase: "Nicaragüenses tras pasaporte." *La Nación*. January 13, 2004. [http://www.nacion.com/in\\_ee/2004/enero/13/pais13.html](http://www.nacion.com/in_ee/2004/enero/13/pais13.html).

<sup>93</sup> CERD. *Op. cit.*, p. 372.

<sup>94</sup> Alvarenga. *Op. cit.*, pp. 14-15.

<sup>95</sup> *Pendulares, circulares, and asentados* in Spanish.

<sup>96</sup> Edith Olivares Ferreto. *Op. cit.*, p. 10.

<sup>97</sup> Olivares Ferreto. *Loc. cit.*

<sup>98</sup> Olivares Ferreto. *Loc. cit.*

<sup>99</sup> Olivares Ferreto. *Loc. cit.*



## 5.1 The Law

At the domestic legal level, the Constitution of Costa Rica states that foreigners have the same rights as Costa Ricans and that their rights can only be limited by reasons of proportionality and reasonability (article 19). Article 14 gives foreigners equal rights to tribunals of justice. Article 33 states that "all persons are equal before the law and no discrimination whatsoever may be practiced contrary to human dignity."<sup>100</sup> While these provisions legally impose the principle of non-discrimination in regards to foreigners, the Committee on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination voiced concern over Costa Rican legislation in its 1999 Concluding Observations. Matters of concern involved the lack of "explicit norms forbidding discrimination on the grounds of national or ethnic origin"; the insufficient efficacy of financial penalties to "prevent, prohibit and eradicate all practices of racial segregation, as required by article 3 of the Convention"; and "the lack of specific and adequate legislative provisions prohibiting racial discrimination by private groups or associations."<sup>101</sup>

On the regional level, the American Convention on Human Rights contains a non-discrimination clause in article 1, which prevents "discrimination for reasons of race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, economic status, birth, or any other social condition." The American Convention has been ratified by Costa Rica and is supervised by the Inter-American Court (San Jose) and Commission (Washington, D.C.) on Human

Rights. Violations of the Convention can be brought before the Commission by individual victims.

Internationally, Costa Rican law gives special weight to international human rights treaties, with the Constitutional Court having ruled that "article 48 of the Constitution contains a special provision relating to human rights giving them legal force on a level with that of the Constitution."<sup>102</sup> Costa Rica has ratified many international human rights treaties, and nearly all of them include non-discrimination provisions. The 1945 Charter of the United Nations (Art 1, par 3) includes a provision for non-discrimination, as does the 1948 UN Universal Declaration of Human Rights (Art 1.2). Common article 2 of the ICESCR (paragraph 2) and ICCPR (paragraph 1) holds a specific provision which prohibits distinction of any kind, such as race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status. In addition, article 26 of the ICCPR, an independent non-discrimination clause, can be invoked with or without violations of other convention rights and even non-covenant rights. Costa Rica is party to both the ICCPR and its Optional Protocol on individual communications, so Nicaraguan migrants whose ICCPR rights have been violated may bring their complaints to the Human Rights Committee.

Other major human rights treaties dealing with discrimination and to which Costa Rica is party include CAT (article 1.1), CRC (article 2.1), CERD and CEDAW. CERD and CEDAW both have specific definitions of "discrimination" in article 1. In addition, the International Labor Organization (ILO) has specific non-

<sup>100</sup> CERD. *Op. cit.*, p. 2.

<sup>101</sup> CERD. *Loc. cit.*

<sup>102</sup> CERD. *Op. cit.*, p. 18.



discrimination legislation with Convention 111 Concerning Discrimination in Respect to Employment and Occupation.

While these many domestic, regional and international documents protect the principle of non-discrimination in Costa Rica, Costa Rica has not yet ratified the Convention which best applies to Nicaraguan migrant workers. The Convention on the Protection of Migrant Workers and their Families (CMWF), not yet ratified by Costa Rica, contains non-discrimination provisions in articles 1.1 and 7. In addition, the CMWF includes the following provisions which—as discussed later—are particularly relevant to Nicaraguan migrants in Costa Rica: prohibition of torture, right to family, right to property, right to liberty and security of person, rights of persons deprived of liberty, prohibition of destruction of permits and documents, rules governing expulsion, no less favorable remuneration, freedom of association, social security benefits, medical care, child's right to name and nationality, child's access to education on the basis of equality, and right to be informed on rights. While some of these provisions are covered in other treaties that Costa Rica ratified, others are not contained in any of the treaties to which Costa Rica is party. As a result, the Costa Rican government's ratification of the CMWF would help to ensure further rights of the Nicaraguan migrant population living and working in Costa Rica.

## 5.2 Perceptions

In spite of the large number of legal documents protecting the non-discrimination principle, discrimination remains a significant problem in Costa Rica, especially in consideration of the Nicaraguan migrant

population. Much of this discrimination is based upon the Costa Rican negative perceptions of Nicaraguans. This perceptions (or misperceptions) are discussed below.

Costa Ricans discriminate against Nicaraguans based on their nationality. Costa Ricans identify "Nicas" based on physical features and language. According to the Inter-American Commission on Human Rights, "Differences of accent and some physical features that characterize the Nicaraguan migrant population are elements that have very subtly been used... to isolate that population..."<sup>103</sup> Physically, Nicaraguans are generally darker and their features are more indigenous than Costa Ricans. According to Alvarenga, "This physical difference must be considered within the Costa Ricans' perception of their superiority in relation to the rest of Central Americans."<sup>104</sup> Skin color and physical features is one way in which Costa Ricans separate themselves as superior in relation to other Central Americans, including Nicaraguans.

The other way in which Costa Ricans identify Nicaraguans is by accent. According to Alvarenga, "Although the two groups speak the same language, the Nicaraguan accent and use of some words that do not exist in the Central Valley constitute a fundamental element of differentiation for Costa Ricans."<sup>105</sup> For example, differences can be found in that Nicaraguans place a stress the end of words, Costa Ricans pronounce the letter "d" softer, and Nicaraguans pronounce the letter "s" softer.<sup>106</sup> Alvarenga notes that Costa Ricans

<sup>103</sup> Inter-American Commission on Human Rights. *Op. cit.*, p. 148.

<sup>104</sup> Alvarenga. *Op. cit.*, p. 22.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>106</sup> *Idem.*



find the Nicaraguan pronunciation amusing due to, what they consider to be, grave speech errors.<sup>107</sup> One Costa Rican woman said she found their speech to be very rude because of the Nicaraguan accent.<sup>108</sup>

In addition to physical and linguistic identifications, Costa Ricans perceive Nicaraguans to be the source of many of Costa Ricans' problems.

Three major problems attributed to Nicaraguans include: 1) violence, 2) unemployment, and 3) the depletion of public resources.

Many Costa Ricans attribute to Nicaraguans a "peculiar propensity to resort to violence to resolve their everyday problems,"<sup>109</sup> along with personal unkemptness and indiscipline.<sup>110</sup> According to Alvarenga, the construction of the "violent Nica" is a common generalization in Costa Rica.<sup>111</sup> The media has been a central contributor to this generalization, as the Costa Rican news services never fail to mention the nationality of delinquents when crimes are committed by Nicaraguans.<sup>112</sup> The media's role is confirmed by the statement of one Costa Rican woman: "I read the Extra every day and in all of them, there is never a daily Extra that goes without news that a Nica killed... someone."<sup>113</sup> This stereotype of Nicaraguan violence, propagated by the media, has strongly influenced the Costa Rican perception of Nicaraguan migrants.

Along with a propensity to violence, another characteristic that Costa Ricans

attribute to Nicaraguans is that they steal Costa Rican jobs. Especially in poorer Costa Rican communities, Costa Rican workers view themselves as displaced by Nicaraguan laborers and see Nicaraguans as competition for jobs. Nicaraguans are viewed as especially steep competition because they are willing to work at wages lower than that of the national average, a phenomenon said-to-be "unfair competition."<sup>114</sup> As a result of their willingness to work for such low wages, Costa Ricans use the expression "muertos de hambre" or "dead of hunger" as an insult to foreign workers.<sup>115</sup>

A final reason for unfavorable perceptions of Nicaraguans is the belief that Nicaraguans use up the country's public resources, including education, health, services, infrastructure.<sup>116</sup> It is believed that, due to Nicaraguans using all of the public resources, there are fewer resources left for nationals themselves. Many Costa Ricans feel as though Costa Rican resources should not be used to provide for Nicaraguan migrants, especially illegal migrants. According to the IACHR, the social stigmatization of Nicaraguans associates them as "abusers who try to take advantage of the social system or who are contributing to its collapse."<sup>117</sup>

As a result of belief in these stereotypes, there is a great dislike of the Nicaraguan migrant population. In a study by the Institute of Social Studies in Population<sup>118</sup> (IDESPO), it was found that

<sup>107</sup> *Idem.*

<sup>108</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>109</sup> Inter-American Commission on Human Rights. *Op. cit.*, p. 14.

<sup>110</sup> Arias Foundation for Peace and Human Progress. *Op. cit.*, p. 26.

<sup>111</sup> Patricia Alvarenga Venutolo. *Op. cit.*, p. 22.

<sup>112</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>113</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>114</sup> Arias Foundation for Peace and Human Progress. *Op. cit.*, p. 23.

<sup>115</sup> Patricia Alvarenga Venutolo. *Op. cit.*, p. 40.

<sup>116</sup> Arias Foundation for Peace and Human Progress. *Op. cit.*, p. 21.

<sup>117</sup> Inter-American Commission on Human Rights. *Op. cit.*, p. 152.

<sup>118</sup> Instituto de Estudios Sociales en Población.



44% of the local population opposed the presence of Nicaraguans in Costa Rica; 34% of those surveyed indicated that the Nicaraguans only bring problems to Costa Rica; 51% said that Nicaraguans should not be allowed to enter Costa Rica; and 87% said that Nicaraguan customs are different from Costa Rican customs. On the other hand, 52% said that Nicaraguans are the same as Costa Ricans; 73.2% think that Nicaraguans are very good workers and 69.9% think that Nicaraguans help the country's economy.<sup>119</sup> In spite of these few positives that Costa Ricans attribute to Nicaraguans, in a 2001 survey of the business UNIMER, "permitting immigration" was seen as the second most important error of the Rodriguez administration (with 17.2% mentioning of the error), after the "desire to privatize ICE," which was the principal error with 21% mentioning the error.<sup>120</sup>

### 5.3 Xenophobia and Discrimination

As a result of the stereotypes of Nicaraguans, Costa Ricans have developed a degree of xenophobia and discrimination in relation to the Nicaraguan migrant population. The CERD Committee's Concluding Observations noted with concern the "recent manifestations of xenophobia and racial discrimination, largely focused on immigrants, in particular Nicaraguans... who frequently become victims of discrimination..."<sup>121</sup>

Sentiments of xenophobia can be found in public graffiti insulting the presence

<sup>119</sup> Inter-American Commission on Human Rights. *Op. cit.*, p. 154.

<sup>120</sup> IOM. *Op. cit.*, p. 41.

<sup>121</sup> CERD. *Op. cit.*

of Nicaraguans in the country,<sup>122</sup> organized groups in disagreement with the presence and assent of Nicaraguans in Costa Rica, and in the communication media.<sup>123</sup> According to the Inter-American Commission on Human Rights, "...migrant workers, especially undocumented ones, are especially vulnerable to expressions of xenophobia and discrimination that are latent in every society."<sup>124</sup> Discrimination against Nicaraguans takes place on many levels. Nicaraguans are discriminated against in the following sectors and areas: treatment by governmental authorities; harassment, resentment, and stigmatization within the communities where they live; and at work.<sup>125</sup>

### 5.4 The state

The participation of the state in segmenting and discriminating against the Nicaraguan migrant population is prevalent, but often difficult to prove. According to Alvarenga, "Undoubtedly, the Costa Rican state has had a central role in the construction of the different ethnicities."<sup>126</sup> The state's role in perpetrating stereotypes of Nicaraguan migrants can be seen in Costa Rica's citation of "refugees as health, economic, and political and security threats."<sup>127</sup>

Alvarenga believes that Costa Rican state policies have contributed to segregating the Nicaraguan migrant

<sup>122</sup> One graffiti message in Alajuela states, "Nicaraguans a Nicaragua," or "Nicaraguans to Nicaragua," demonstrating the non-receptive attitudes.

<sup>123</sup> Arias Foundation for Peace and Human Progress. *Op. cit.*, pp. 23-49.

<sup>124</sup> Inter-American Commission on Human Rights. *Op. cit.*, p. 145.

<sup>125</sup> *Ibid.*, p. 147 and Arias Foundation for Peace and Human Progress. *Op. cit.*, p. 23.

<sup>126</sup> Patricia Alvarenga Venutolo. *Op. cit.*, p. 14.

<sup>127</sup> USGAO, 1989: 9.



population as a sector different from the "legitimate" population of Costa Rica.<sup>128</sup> The Arias Foundation writes that the majority of local municipalities' mayors manifest their wish to get rid of the Nicaraguans in their municipalities.<sup>129</sup> In one specific instance, the chief of police of one municipality warned newcomers that they must "be careful," due to the fact that the area had a large Nicaraguan migrant population.

The legislation and judiciary in Costa Rica make it difficult for Nicaraguan migrants to be treated as equals. Olivares writes that "the Costa Rican legislation is incredibly ambiguous when it refers to the possibilities of taking care of the foreign population."<sup>130</sup> Concerning the judiciary, the CERD Committee noted in its concluding observations that "the Committee is concerned about the effective access to protection and remedies against any acts of racial discrimination of, in particular, the indigenous population, the black minority, refugees and immigrants."<sup>131</sup>

## 5.5 Psychology

The continual discrimination and xenophobia against the Nicaraguan migrant population affects Nicaraguan migrants on a psychological level. The Arias Foundation writes that the constant "stigmatization and discrimination... increases the possibility of developing sentiments of guilt, depression, etc."<sup>132</sup> During her interviews with Nicaraguan migrants, Alvarenga identified an "internalization" of the dominant culture

<sup>128</sup> Patricia Alvarenga Venutolo. *Op. cit.*, p. 23.  
<sup>129</sup> Arias Foundation for Peace and Human Progress. *Op. cit.*, p. 54.  
<sup>130</sup> Olivares Ferreto. *Op. cit.*, p. 11.  
<sup>131</sup> CERD. *Op. cit.*  
<sup>132</sup> Arias Foundation for Peace and Human Progress. *Op. cit.*, p. 30.

by Nicaraguan migrants, including the internalization of the Costa Rican superiority.<sup>133</sup> As a result, many Nicaraguan migrants have tried to pass as Costa Ricans, identifying themselves as being from Guanacaste, where the accent is similar to that of Nicaragua.<sup>134</sup> In order to "pass" for Costa Ricans, Nicaraguans often adopt Costa Rican expressions, diminish their accents, and avoid Nicaraguan expressions.<sup>135</sup> Nicaraguan migrants adapt these strategies out of fear of discrimination and deportation. This rejection of their national identity is an important psychological element of Nicaraguan migrants.

## 5.6 Reality

Although Costa Ricans' perceptions of Nicaraguan migrants are ingrained in society, the perceptions are largely simply misperceptions. In spite of stereotypes of Nicaraguans as violent persons stealing jobs and resources from Costa Ricans, the reality is quite different. Research indicates that, the more contact Costa Ricans have with Nicaraguans, the less the tendency to believe in the stereotypes.<sup>136</sup> Clearly, not all Costa Ricans believe the stereotypes of Nicaraguan migrants.<sup>137</sup>

Concerning the Costa Rican perception of Nicaraguans as violent, reality refutes the stereotype. One way in which this stereotype is contradicted is through the fact that Costa Ricans entrust the security of their homes and businesses to those whom they consider to be potentially violent,

<sup>133</sup> Patricia Alvarenga Venutolo. *Op. cit.*, p. 37.  
<sup>134</sup> *Ibid.*, p. 19.  
<sup>135</sup> Arias Foundation for Peace and Human Progress. *Op. cit.*, p. 29.  
<sup>136</sup> Patricia Alvarenga Venutolo. *Op. cit.*, p. 46.  
<sup>137</sup> *Ibid.*, p. 43.



through hiring Nicaraguan migrants as guards and domestic servants.<sup>138</sup> Another way in which the stereotype is proven false is by statistics. Of 6,000 persons imprisoned in the country (as of 2000), only 300 were Nicaraguans. That is, only 5% of the prison population is Nicaraguan, while Nicaraguans represent a percentage significant higher 5% of the national population.<sup>139</sup>

Concerning the stereotype of Nicaraguans as stealing Costa Rican jobs, the reality is that Nicaraguan immigration makes it possible to fill jobs that Costa Ricans do not want, allowing nationals to move into other sectors of production.<sup>140</sup> The statistics back up the falsity of the stereotype, as the unemployment rate of the Costa Rican population has remained at 6% throughout the Nicaraguan migration.<sup>141</sup> In addition, the cheap Nicaraguan labor drives down production costs, allowing for more competitive export products. The increase in banana production in the Atlantic Zone<sup>142</sup> and the development of agricultural exports in the Northern Zone<sup>143</sup> can largely be attributed to Nicaraguan migrants.

The other major complaint concerning the Nicaraguan migrant population is that the Nicaraguans use valuable public resources of the Costa Rican state. In reality, however, it is the structural adjustment process, and not the Nicaraguan migrants, that has been the principal factor in the saturation and collapse of the social services.<sup>144</sup>

<sup>138</sup> Arias Foundation for Peace and Human Progress. *Op. cit.*, p. 50.

<sup>139</sup> Arias Foundation for Peace and Human Progress. *Loc. cit.*

<sup>140</sup> Inter-American Commission on Human Rights. *Op. cit.*, p. 138.

<sup>141</sup> Arias Foundation for Peace and Human Progress. *Op. cit.*, p. 50.

<sup>142</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>143</sup> Olivares Ferreto, *Op. cit.*, p. 10.

<sup>144</sup> Arias Foundation for Peace and Human Progress. *Op. cit.*, p. 49.

## 6. PUBLIC RESOURCES

In Costa Rican communities with large migrant populations, access to public resources is worse than the national average. In terms of social security benefits, health, education, housing, poverty assistance, and services such as water and sanitation, the Nicaraguan migrant population's access to public resources is greatly limited. The Office of the Ombudsman noted that, due largely to the fact that Costa Rican laws have not been updated in many years, equal access to state resources is often denied to foreigners.<sup>145</sup> One of the major reasons for this is due to the illegal migration status of many Nicaraguans. As the Arias Foundation writes, "The condition of undocumented limits one's access to some public services and satisfaction of one's basic needs: work, home, health, education."<sup>146</sup> Nicaraguan migrants in Costa Rica —whether documented or undocumented— are vulnerable, as many Nicaraguan migrants' basic needs are not met and they are denied equal access to public resources. Allotting public resources in lesser proportion to foreigners is a discriminatory practice of the Costa Rican state.

### 6.1 Law

According to the Constitution of Costa Rica, foreigners have the same rights as Costa Ricans (article 19). Therefore, when it comes to allocating public resources, the Costa Rican state is legally required to provide equal resources to both Costa Ricans and foreigners.

<sup>145</sup> Defensoría de los Habitantes (Office of the Ombudsman). *Interview with Andrea Hidaigo, Office of the Ombudsman Migration Expert*. San Jose, Costa Rica. May 12, 2004.

<sup>146</sup> Arias Foundation for Peace and Human Progress. *Op. cit.*, p. 15.



On the regional level, the American Convention reinforces the principle of non-discrimination. The American Convention also includes important economic rights that are relevant to the allocation of public resources, including the right to property (article 21) and the progressive realization of economic, social, and cultural rights (article 26). The economic, social, and cultural rights are further elaborated in the San Salvador protocol of 1988 (ratified by Costa Rica), which includes rights to social security (article 9), health (article 10), healthy environment (article 11), food (article 12), and education (article 13).

Internationally, the ICESCR (to which Costa Rica is party) protects economic rights that are relevant to the allocation of public resources. On this note, important articles include rights to social security (article 9), standard of living (article 11), health (article 12), and education (article 13).

## 6.2 Unequal Access to Education

The ICESCR provides that state parties shall recognize compulsory and free primary education for all (article 13). The Costa Rican Constitution provides for preschool and primary education for all children, irrespective of their nationality or legal status in the country.<sup>147</sup> The law poses no obstacle to children of migrant workers, even if they or their parents are undocumented.<sup>148</sup> Some, but certainly not all, of the Nicaraguan migrants' children have availed themselves of the public education system. According to the Ministry of Public Education, in 1999, 2.8% of all

<sup>147</sup> Inter-American Commission on Human Rights. *Op. cit.*, p. 248.

<sup>148</sup> Arias Foundation for Peace and Human Progress. *Op. cit.*, p. 19.

students enrolled in the Costa Rican education system were Nicaraguans.<sup>149</sup>

While Nicaraguan migrant children may have access to the Costa Rican education system, they have not always had equal access to school bonds. The bonds are designed to help children of low-income families afford school supplies and uniforms. A 1993 Executive Decree stated that the "bono escolar"<sup>150</sup> was only available to Costa Rican nationals. This prohibited Nicaraguan migrants from applying for the school bond.<sup>151</sup> This practice was continued until 1999, when the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice (Sala IV) held the law to be unconstitutional,<sup>152</sup> eliminating the nationality requirement for application for the school bonds.<sup>153</sup> Preference is still given to Costa Ricans with fewer economic opportunities, but it is estimated that, in 1999, of the 90,000 students who were granted the school bonds, 10% were given to Nicaraguans.<sup>154</sup>

In spite of progress made in removing the discriminatory practices of the Fondo de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares<sup>155</sup> (FODESAF) school bonds, the scholarship program of the Ministry of Education, administered by the National Scholarship Foundation, only grants benefits to Costa Rican students, as decreed by Law #7658 of February 27, 1997.<sup>156</sup> The inability of foreign-born children to apply for the

<sup>149</sup> Inter-American Commission on Human Rights. *Op. cit.*, p. 249.

<sup>150</sup> "School allowance".

<sup>151</sup> Inter-American Commission on Human Rights. *Op. cit.*, p. 249.

<sup>152</sup> Arias Foundation for Peace and Human Progress. *Op. cit.*, pp. 14-20.

<sup>153</sup> Inter-American Commission on Human Rights. *Loc. cit.*

<sup>154</sup> IOM. *Op. cit.*, p. 37.

<sup>155</sup> Family Allowances Social Development Fund.

<sup>156</sup> IOM. *Op. cit.*, p. 37.



bonds makes it impossible for some foreigners to afford to attend school. Since Costa Rican children are given the opportunity to apply for the grant and foreign children are not, this law is discriminatory. The office of the Human Rights Ombudsman has received complaints from foreign students concerning the unconstitutionality of the law. According to Nicaraguan migrant Jose Alberto Palaces, his two school age children failed to receive governmental education assistance as a result of their being foreigners.<sup>157</sup>

In addition to problems in securing equal and adequate funding to pay for school supplies and uniforms, Nicaraguan children face other obstacles in the public schools. The one public school in the largely Nicaraguan community La Carpio has 1,800 students who attend classes in three shifts.<sup>158</sup> There is shortage of teachers, which results in overcrowded classes.<sup>159</sup> Other problems include the location of the schools at considerable distances from the students' homes;<sup>160</sup> the lack of infrastructure, equipment and teaching materials; the migrants students' lower level of education and consequent difficulties in managing the fractured group from a technical, psychological, and social point of view; and the prevalence of intolerant attitudes and stereotypes based on their nationality which contributes to low self-esteem of migrant children.<sup>161</sup> Again, due to

<sup>157</sup> Luis Valverde. "Nicaragüenses encarnan paradoja social de Costa Rica." *La República* (Costa Rica). January 28, 2004. <http://larepublica.terra.co.cr/news/articulo/html/2004/01/28/rep12686.htm>

<sup>158</sup> Arias Foundation for Peace and Human Progress. *Op. cit.*, p. 136.

<sup>159</sup> Inter-American Commission on Human Rights. *Loc. cit.*

<sup>160</sup> Arias Foundation for Peace and Human Progress. *Op. cit.*, p. 28.

<sup>161</sup> FLACSO. *Op. cit.*, p. 19.

the fact that these problems occur disproportionately in areas of high Nicaraguan migrant populations, the allocation of education services is discriminatory.

### 6.3 Unequal Access to Health and Social Security

The ICESCR provides the "right of everyone to social security" (article 9) and "the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health" (article 12.1). While the Costa Rican Caja Costarricense de Seguro Social<sup>162</sup> (CCSS) technically offers health services to all Costa Rican residents, the procedure for applying to insure oneself requires a resident card or a work permit.<sup>163</sup> This prevents undocumented workers from receiving health insurance. Undocumented workers cannot insure themselves through any of the following methods: directly (through CCSS), indirectly (through an insured family member), or voluntarily.<sup>164</sup> Like the "bono escolar," the CCSS is run by FODESAF. According to the Office of the Ombudsman, the reason for the discriminatory nature of the law is that it is over 50 years old and has not been reformed.<sup>165</sup>

The 2000 census revealed that only 60.2% of the Nicaraguan-born population has insurance (62% of the men and 58.4% of the women).<sup>166</sup> In contrast, 83.4% of Costa Rican-born residents are covered by

<sup>162</sup> Costa Rican Social Security Fund.

<sup>163</sup> FLACSO. *Op. cit.*, p. 22.

<sup>164</sup> Arias Foundation for Peace and Human Progress. *Op. cit.*, p. 15.

<sup>165</sup> Defensoria de los Habitantes (Office of the Ombudsman). *Interview with Andrea Hidalgo, Office of the Ombudsman Migration Expert.* San Jose, Costa Rica. May 12, 2004.

<sup>166</sup> FLACSO. *Op. cit.*, p. 26.



insurance.<sup>167</sup> Of the 60.2% of insured Nicaraguans, only 48% were insured by CCSS, in contrast to 78% of Costa Ricans.<sup>168</sup> The lack of insurance of these many Nicaraguan migrant workers places them in an insecure situation, in contrast to insured Costa Rican-born residents.<sup>169</sup>

While emergency medical care is extended to all residents by the CCSS, regardless of migration status,<sup>170</sup> medical check-ups are only provided for those who are insured.<sup>171</sup> As a result, Nicaraguans are less likely than Costa Ricans to have regular check-ups and, consequently, more likely to suffer from sickness and disease (see Chart #3). Only 66% of Nicaraguans had consulted a doctor in the last year, compared to 83% of Costa Ricans.<sup>172</sup> In addition, although emergency care is legally available to all, the Office of the Ombudsman has received numerous complaints of discrimination from undocumented migrants who have been refused the necessary immediate assistance in hospitals as a result of their migrant status.<sup>173</sup>

In spite of the limitations of undocumented Nicaraguan migrant workers, Nicaraguan migrants have availed themselves of the Costa Rican health services. It is estimated that 4.4% of annual government health spending goes to foreign patients.<sup>174</sup> In 1999, 5% of patients

hospitalized were foreigners and 4% of emergency services provided to foreigners.<sup>175</sup> The San Juan de Dios hospital found an increase in Nicaraguan patients from 1% in 1993 to 4.2% in 1999.<sup>176</sup>

Nicaraguan migrants are using the Costa Rican health services, though not in as great of a percentage as Costa Ricans. There remain significant problems with providing health services, particularly for the undocumented migrant workers who are unable to avail themselves of medical check-ups due to their lack of insurance. Overall, there is a lower level of health services in the Costa Rican regions with high levels of immigrants.<sup>177</sup> Costa Rican policy reflects attention to the migrant population in cases of emergencies, but not in the case of health.<sup>178</sup> This limited attention to migrant populations' health reflects the discriminatory nature of the Costa Rican health services.

#### 6.4 Unequal Access to Housing and Property

Article 11.1 of the ICESCR provides that "state Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to an adequate standard of living, including... housing, and to the continuous improvement of living conditions." In addition, article 31(k) of the Charter of the Organization of American States (OAS) states that "Member States agree to dedicate every effort to achieve... adequate housing for all sectors of the population." Costa Rica is party to these instruments, yet, in many cases,

167

*Idem.*

168

Mok *et al.* *Op. cit.*, p. 34.

169

IOM. *Op. cit.*, p. 33.

170

Arias Foundation for Peace and Human Progress. *Op. cit.*, p. 15.

171

Inter-American Commission on Human Rights. *Op. cit.*, p. 157.

172

Mok *et al.* *Op. cit.*, p. 2.

173

Defensoria de los Habitantes (Office of the Ombudsman). *Interview with Andrea Hidalgo, Office of the Ombudsman Migration Expert.* San Jose, Costa Rica. May 12, 2004.

174

Inter-American Commission on Human Rights. *Op. cit.*, p. 144.

175

Inter-American Commission on Human Rights. *Loc. cit.*

176

FLACSO. *Op. cit.*, p. 29.

177

*Ibid.*, p. 27.

178

*Ibid.*, p. 25.



**CHART #3**  
**HEALTH INDICATORS IN PLACES OF HIGH NICARAGUAN IMMIGRATION, 1999**

Area	Infant Mortality Rate	Maternal Mortality Rate	Rate of Tuberculosis	Rate of Diarrhea	Rate of Malaria	Vaccination Coverage of under 5	Pregnant receiving prenatal care
Los Chiles	134,000	1,900,000	110,000	360,000	476,000	78.0	40.0
Santa Rosa	146,000	N/A	400,000	500,000	660,000	60.2	35.0
Pital	127,000	N/A	160,000	480,000	600,000	80.2	40.0
Regional Average	127,000	300,000	100,000	300,000	310,000	83.0	70.0

Source: Ministry of Health, 1999.

Nicaraguan migrants in Costa Rica do not have adequate housing.

In a study conducted by the Ministry of Housing and Human Settlements, it was discovered that 42.29% of the precarious settlements are inhabited by foreigners, the majority of which are Nicaraguan migrants (see Chart #4).<sup>179</sup> In urban zones, Nicaraguans occupy 35.4% of the homes in the shantytowns and 30.1% of the precarious settlements.<sup>180</sup> In a study of 15,014 shantytown homes, 4,408 (29.4%) were inhabited by Nicaraguans.<sup>181</sup> The majority of Nicaraguan migrant families live in these newly formed precarious settlements,<sup>182</sup> while a small number rent homes at a low cost.<sup>183</sup>

The housing of Nicaraguan migrants is below that of the national average,

reflecting an unequal access to housing. This is largely due to the fact that there is no governmental policy for housing programs that include the immigrant population.<sup>184</sup> This represents an exclusion from social programs based on nationality and goes against international human rights law.<sup>185</sup> For example, the Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) has stated that "States parties must give due priority to those social groups living in unfavourable conditions by giving them particular consideration. Policies and legislation should correspondingly not be designed to benefit already advantaged social groups at the expense of others."<sup>186</sup>

In addition to the lack of quality housing, some Nicaraguan migrants do not have housing at all. As a result, some

<sup>179</sup> Inter-American Commission on Human Rights. *Op. cit.*, p. 246.

<sup>180</sup> FLACSO. *Op. cit.*, p. 19.

<sup>181</sup> *Idem.*

<sup>182</sup> La Carpio, in La Uruca; Cristo Viene, in Rincon Grande de Pavas; Tejarillos, in Alajuelita and La Milpa in Heredia.

<sup>183</sup> Arias Foundation for Peace and Human Progress. *Op. cit.*, p. 20.

<sup>184</sup> IOM. *Op. cit.*, p. 38.

<sup>185</sup> *Idem.*

<sup>186</sup> Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment 4, The right to adequate housing (Art. 11 (1) of the Covenant) (Sixth session, 1991), Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 53 (1994) p. 11.



**CHART #4**  
**FOREIGN FAMILIES LIVING IN PRECARIOUS**  
**CONDITIONS IN COSTA RICA, BY PROVINCE,**  
**1999**

Province	# of Foreign Families in Precarious Conditions	% of Total Families in Precarious Conditions
Total	13,995	42.3
San Jose	8,432	25.5
Alajuela	1,271	3.8
Heredia	940	2.8
Cartago	1,091	3.3
Guanacaste	494	1.5
Puntarenas	1,138	3.4
Limon	629	1.9

Source: International Organization of Migration; Ministry of Housing, 2000.

Nicaraguan migrants have set up squatter settlements. Costa Rican authorities have declared the settlements illegal and squatters can be evicted. For example, in July 1999, 250 Nicaraguan families were evicted from a squatter settlement in San Jose.<sup>187</sup> Forced evictions such as these violate the rights to property found in article 21 of the American Convention and article 11.1 of the ICESCR. According to the CESCR, "...instances of forced eviction are prima facie incompatible with the requirements of the Covenant..."<sup>188</sup>

Similarly, in General Comment 7, the CESCR stated, "Evictions should not result in individuals being rendered homeless or vulnerable to the violation of other human

rights. Where those affected are unable to provide for themselves, the State party must take all appropriate measures, to the maximum of its available resources, to ensure that adequate alternative housing, resettlement or access to productive land, as the case may be, is available."<sup>189</sup> In the case of the Dominican Republic, the CESCR voiced its opinion that the forced evictions occurring in the country were contrary to international human rights under the ICESCR and should be discontinued. The government complied with the CESCR recommendations and a planned large-scale eviction was cancelled.

#### 6.5 Unequal Access to Water and Sanitation

During its 29<sup>th</sup> session, the CESCR produced its General Comment #15 on the right to water. Deriving the right from articles 11.1 (adequate standard of living) and 12.1 (health), the Committee stated, "The human right to water entitles everyone to sufficient, safe, acceptable, physically accessible and affordable water..." In addition, both CRC and CEDAW contain rights to water. In spite of these ratified human rights instruments, many Nicaraguan migrants living in Costa Rica do not have access to safe drinking

<sup>187</sup> Patricia Hynds and Carlos Navarro. *Op. cit.*  
<sup>188</sup> CESCR. *Op. cit.*, p. 18.

<sup>189</sup> Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment 7, Forced evictions, and the right to adequate housing (Sixteenth session, 1997), U.N. Doc. E/1998/22, annex IV at 113 (1997), reprinted in *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.6 at 45 (2003), p. 16.



water. In a survey of Nicaraguan homes concerning access to the basic sanitation services, including a water supply, sewage system, and bathrooms, it was found that 13.4% of the homes do not have any of these services, while 29.6% had only deficient services.<sup>190</sup> In addition, the precarious Nicaraguan settlements often lack basic services such as electricity, paved roads, available transportation, and public telephones.<sup>191</sup>

## 6.6 Unequal Access to Poverty Assistance

Nicaraguan migrants living in Costa Rica are often unable to meet their basic needs (food, clothing, etc.). This illustrates an inadequate standard of living, contrary to article 11.1 of the ICESCR. Furthermore, as the incidence of poverty (defined as inability to meet basic needs) is much greater among the Nicaraguan population (31.1%) than the rest of the population (23.1%),<sup>192</sup> it also represents a violation of non-discrimination.

In Costa Rica, the Instituto Mixto de Ayuda Social<sup>193</sup> (IMAS) is the governmental entity for combating poverty. However, the IMAS law, *Asignaciones Familiares*,<sup>194</sup> only allows Costa Ricans to benefit from its funds.<sup>195</sup> In contrast, the Law on the National Financial System for Housing allows foreigners to be assigned low-cost housing and the Banco Hipotecario de la Vivienda<sup>196</sup>

gives loans to foreigners.<sup>197</sup> Even so, both programs are plagued with problems. The Law on the National Financial System for Housing only gives low-cost housing to foreigners who have prospects of legal and permanent residence. Similarly, the Banco Hipotecario de la Vivienda only gave out loans to 1,736 foreigners from 1986 to 1999, while 119,536 Costa Ricans were given loans from 1991 to 2001. Costa Rican government's programs designed to combat poverty are clearly designed for Costa Ricans only.

## 7. LABOR RIGHTS

Due to the fact that a large percentage of the Nicaraguan migrant population arrives in Costa Rica without documentation, the Nicaraguan migrant workers are in a vulnerable position when they apply for jobs in Costa Rica. Unable to claim their rights as a result of their undocumented status, Nicaraguan migrants are often exploitive at work.<sup>198</sup>

### 7.1 The Law

The Costa Rican Constitution identifies work as both an individual right and an obligation to society. The Constitution prohibits discrimination in wages and working conditions between Costa Ricans and foreigners. However, the Constitution also indicates that, in hiring, preference should be given to Costa Rican workers when all else is equal.<sup>199</sup> The Constitution also prevents illegal residents from

<sup>190</sup> FLACSO. *Op. cit.*, p. 19.

<sup>191</sup> Inter-American Commission on Human Rights. *Op. cit.*, p. 129; and Arias Foundation for Peace and Human Progress. *Op. cit.*, p. 28.

<sup>192</sup> FLACSO. *Op. cit.*, p. 17.

<sup>193</sup> Mixed Social Assistance Institute.

<sup>194</sup> Family Assignments.

<sup>195</sup> Arias Foundation for Peace and Human Progress. *Op. cit.*, p. 16.

<sup>196</sup> Home Mortgage Bank.

<sup>197</sup> Inter-American Commission on Human Rights. *Op. cit.*, pp. 144-246.

<sup>198</sup> Defensoria de los Habitantes (Office of the Ombudsman). *Loc. cit.*

<sup>199</sup> Inter-American Commission on Human Rights. *Op. cit.*, p. 232.



performing remunerated tasks and prohibits employers from hiring undocumented foreigners.<sup>200</sup> Therefore, although the Costa Rican Constitution protects the rights of legal migrant workers, it does more to prohibit than to protect the rights of undocumented workers.

On the regional level, the American Convention protects rights to humane treatment (article 5), the freedom of association (article 16), and the progressive development of economic, social, and cultural rights, which normally involve labor rights (article 26).

On the international human rights level, the ICESCR and ILO conventions combine to form an extensive body of labor rights law. The ICESCR covers labor rights in article 6 (right to work and gain a living and state obligations to actualize the right), article 7 (fair wages, equal pay for equal work, decent standard of living, safe and healthy working conditions, equal opportunity, and limitations of working hours and periodic holidays with pay), and article 8 (rights to form and join trade unions and to strike).

In addition, the International Labor Organization (ILO) has developed applicable labor conventions. Costa Rica has ratified ILO Conventions 95, 111, and 122. ILO Convention 95 protects the payment of minimum wage; Convention 111 prevents discrimination in respect to employment and occupation; and Convention 122 allows for the right to choose one's employment. Costa Rica has not ratified two other conventions, including Convention 97, which provides for information, assistance, and protection for migrants and Convention 143, which endeavors to eliminate abusive

<sup>200</sup> *Ibid.*, p. 233.

conditions with reference to clandestine migration. Both of these conventions are of key importance to migrant populations everywhere, but cannot be enacted by Nicaraguan migrants in Costa Rica due to the fact that Costa Rica has failed to ratify them.

## 7.2 Nicaraguan Participation in Labor Force

Nicaraguan migrant workers have been a key source of economic development in Costa Rica throughout history. In Costa Rica, Nicaraguan migrant workers account for 5.5% of Costa Rica's labor force, and an even higher percentage in some regions.<sup>201</sup> Nicaraguan migrants over the age of 12 have a high rate of participation in the labor market and, in 1999, 68.8% of Nicaraguan migrants were active in the Costa Rican labor market, compared with only 51.4% of Costa Ricans (see Chart #5).<sup>202</sup> Nicaraguan migrant workers have contributed positively to the development of Costa Rican industries, especially the agricultural exports industry, in which Nicaraguans play a key role.

## 7.3 Segmentation of Market Labor

While Nicaraguans participate in the labor market at a higher rate than Costa Ricans, the distribution of Nicaraguan migrants is different than that of Costa Ricans. As Nicaraguan migrants have generally occupied lower-paid jobs that require little to no qualifications, the higher levels of education of Costa Ricans has allowed them to move into sectors that

<sup>201</sup> Inter-American Commission on Human Rights. *Op. cit.*, p. 137.

<sup>202</sup> IOM. *Op. cit.*, p. 14.



**CHART #5**  
**COSTA RICA'S NET LABOR PARTICIPATION BY**  
**SEX AND NATIONALITY, 1999**

	Costa Ricans	Nicaraguans	Other Immigrants
Total (men and women)	54.1	68.8	57.3
Men	74.3	89.2	72.3
Women	34.7	49.4	42.2

Source: International Organization of Migration: Survey of Homes, 1999.

require more skills and are better paid.<sup>203</sup> In effect, the migratory flow of Nicaraguans into Costa Rica has resulted in a labor market segmentation based on nationality.

According to the study done by the Arias Foundation, Nicaraguan migrants have generally been employed in certain labor "niches," primarily agriculture, private security, construction, and domestic service.<sup>204</sup> The Nicaraguan migrants are employed in jobs that "involve the most heavy physical labor, are the poorest paid, and that generally are characterized by great flexibility concerning hiring and dismissal practices."<sup>205</sup> In addition, the jobs have less status than those occupied by Costa Ricans and require little or no qualifications.<sup>206</sup>

It is important to note that Nicaraguans participate in these sectors of the labor market as a result of their nationality and not their level of qualification.<sup>207</sup> They

<sup>203</sup> Arias Foundation for Peace and Human Progress. *Op. cit.*, p. 10.

<sup>204</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>205</sup> Inter-American Commission on Human Rights. *Op. cit.*, p. 141.

<sup>206</sup> Arias Foundation for Peace and Human Progress. *Op. cit.*, p. 21.

<sup>207</sup> Olivares Ferreto. *Op. cit.*, p. 10.

are also often the only activities in which Nicaraguan migrants are able to find work.<sup>208</sup> While it is true that Nicaraguan migrant workers are often able to raise their standard of living through working in Costa Rica, it is nearly impossible for Nicaraguan migrants to work outside the "niches" traditionally occupied by migrant workers. The international economy has contributed to more flexible labor relations, which negatively effect the

possibilities for social ascension of the poorer populations, including the Nicaraguan migrant population.<sup>209</sup>

#### 7.4 Principle of non-discrimination

The Costa Rican immigration laws distinguish different categories of immigrants. While businesspersons, scientists, professionals, and specialized personnel are considered "persons temporarily living in the country" and can request permanent residency, Nicaraguan migrant workers with limited levels of schooling are instead classified as non-residents and do not have the option of applying for permanent residency.<sup>210</sup> According to the IACHR, this practice is discriminatory under the definition of article 1 of the American Convention, as "the differentiations established in the law imply discriminatory treatment based on conditions such as foreigners' social status,

<sup>208</sup> Olivares Ferreto. *Loc. cit.*

<sup>209</sup> Arias Foundation for Peace and Human Progress. *Op. cit.*, p. 47.

<sup>210</sup> Inter-American Commission on Human Rights. *Op. cit.*, p. 191.



**CHART #6**  
**QUALIFICATION AND OCCUPATIONAL**  
**SEGMENTATION, BY NATIONALITY, 2000**

	Nicaraguans	Costa Ricans
<i>Qualification/Education</i>		
Not qualified <sup>a</sup>	41.2	18.5
Semiqualfied <sup>b</sup>	45.8	52.2
Qualified <sup>c</sup>	13.0	29.3
<i>Market Worker Segmentation</i>		
Formal (urban and rural)	40.6	49.7
Informal (urban and rural)	34.9	29.9
without domestic service	22.2	25.7
with domestic service	12.7	4.2
Agricultural production	24.5	20.4

Notes: a) No formal education or uncompleted elementary education.  
 b) Elementary education completed or secondary education uncompleted.  
 c) Secondary completed or some university.

Source: International Organization of Migration: Survey of Homes, 2000.

economic level, and ability to perform skilled labor.<sup>211</sup> Not all Nicaraguan migrant workers are seasonal migrants, and many would benefit from regularizing their residency status in Costa Rica.<sup>212</sup>

### 7.5 Equal Pay for Equal Work

A central principle of non-discrimination is equal pay for equal work. However, Nicaraguan migrants often earn less than their Costa Rican counterparts for the same amount and quality of work. According to multiple sources, Nicaraguan migrant workers generally earn about one-third the salary of Costa Rican laborers

doing the same work.<sup>213</sup> According to Morales and Castro, Nicaraguan migrants earn, on average, a monthly salary of 78,457 colones (or around US\$254), which is 30% lower than the national average.<sup>214</sup> This difference in pay reflects discrimination against Nicaraguans, which is often accepted by the workers themselves, who are desperate to find work.

### 7.6 Right to a Reasonable Salary

A standard human rights principle found in article 7 of the ICESCR is the right to fair wages.

However, in the case of Nicaraguan migrant workers —especially undocumented migrant workers— their work in the agricultural industry, among others, is remunerated with salaries below that of the legal minimum. This reflects a clear violation of the article 7 standard of fair wages.

In addition to the unfair wages afforded to Nicaraguan migrant workers, sometimes they are not even paid at all. The IACHR reports it has received credible information regarding "alleged collusion between employers and immigration authorities to expel the migrant workers prior to pay day, or days before the contracts with these persons expire... [S]ources say

<sup>211</sup> *Ibid.*, p. 192.  
<sup>212</sup> *Idem.*

<sup>213</sup> *Ibid.*, p. 235; Morales and Castro. *Op. cit.*, p. 214; IOM. *Op. cit.*, p. 32.

<sup>214</sup> Morales and Castro. *Op. cit.*, p. 214.



**CHART #7**  
**AVERAGE SALARY PER HOUR IN VARIOUS SECTORS, BY NATIONALITY, 2000**

Sectors	Nicaraguans	Costa Ricans	Difference (%)
Agriculture Sector	338.7	364.2	-7.0
Commercial sector, restaurants, and hotels	346.7	417.7	-17.0
Construction sector	413.0	447.9	-7.8
Domestic Service	270.1	396.7	-31.9
Industrial sector	377.4	382.6	-1.4

Source: International Organization of Migration, 2001.

unscrupulous employers pay members of the Special Migration Police to carry out round-ups in the work place, apprehend the migrant workers, and then deport them; state agents also facilitate the termination of migrant workers' labor contracts.<sup>215</sup> This practice of deporting undocumented Nicaraguan migrant workers before they are able to collect pay violates human rights norms.

### 7.7 Right to Reasonable Working Conditions

Nicaraguan migrant workers frequently suffer from inadequate working conditions. Due to their often undocumented status, Nicaraguan laborers are forced to accept the inadequate working conditions, even when they go against Costa Rican or international laws.<sup>216</sup> The Office of the Ombudsman has received complaints from Nicaraguan migrants concerning irregular norms of security and hygiene in the workplace. According to information

collected by the IACHR, the working conditions of Nicaraguans "reflects a treatment that is considerably worse than that received by Costa Rican workers,"<sup>217</sup> which illustrates discriminatory treatment in working conditions.

One aspect of the discriminatory working conditions is the length of the working week. While Costa Ricans work an average of 44.7 hours a week, Nicaraguan migrants work 48.5 hours weekly.<sup>218</sup> In the agricultural industry and domestic service, long work days are the norm. Since a high percentage of the Nicaraguan migrant population occupies these positions, the long work days of these sectors indirectly discriminate against Nicaraguans.<sup>219</sup> In order to earn the same salary as a Costa Rican, Nicaraguan migrant workers must work more hours per week doing the same work.<sup>220</sup>

<sup>215</sup> Inter-American Commission on Human Rights. *Op. cit.*, p. 236.

<sup>216</sup> *Ibid.*, p. 234.

<sup>217</sup> *Idem.*

<sup>218</sup> Morales and Castro. *Op. cit.*, p. 220.

<sup>219</sup> Inter-American Commission on Human Rights. *Op. cit.*, pp. 235-241.

<sup>220</sup> FLACSO. *Op. cit.*, p. 15.



## 7.8 Freedom of Association

Another area in which Nicaraguan migrant workers are discriminated against is in their right to freedom of association. While Nicaraguans are allowed to join unions, the Constitution of Costa Rica explicitly prohibits foreigners from assuming positions of direction in unions.<sup>221</sup> Furthermore, studies have indicated violations of the right to form and join trade unions and it is estimated that many Nicaraguan agricultural workers are prevented from participating in unions by their employers.<sup>222</sup>

## 7.9 Inability to Claim Rights

In a normal employment situation, labor rights violations, such as those suffered by the Nicaraguan migrant population, could be contested in national, regional, or international supervisory bodies. However, for Nicaraguan migrants, and especially undocumented workers, it is impossible to claim their rights in courts of law due to fears of deportation or losing their jobs.

The inability of Nicaraguan migrant workers to obtain legal status in Costa Rica has placed Nicaraguan migrant workers in a very vulnerable situation. According to CIET International, employers often take advantage of their workers' inability to obtain legal status and consequently violate their workers' human rights.<sup>223</sup> The government recognizes the problem of undocumented

workers' rights, as Labor Minister Ovidio Pacheco said, "In all places there are unscrupulous employers who profit from the situation of illegal migrants by disrespecting their rights, but the Labor Ministry can't do anything if the same workers don't complain about these situations."<sup>224</sup> While article 92 of the General Act on Migration and the Status of Aliens legally forbids the recruitment of illegal migrants, many employers actively recruit illegal migrants.<sup>225</sup>

A major way in which employers violate their workers human rights is by not paying them the minimum wage or providing them with social security.<sup>226</sup> Some agricultural employers avoid entering into contracts for over three months, in order to avoid registering their workers in the social security system.<sup>227</sup> In other cases, employers have fired workers when they attempt to claim their rights.<sup>228</sup> Another way employers avoid observing human rights is by subcontracting, a popular practice in the agricultural industry whereby the enterprise contacts work to another person who in turn subcontracts the work to Nicaraguan migrants.<sup>229</sup> By doing so, the initial enterprise avoids all links, including that of responsibility, between itself and its employees.<sup>230</sup>

Since undocumented Nicaraguan migrant workers are unable to claim their

<sup>221</sup> Arias Foundation for Peace and Human Progress. *Op. cit.*, p. 126.

<sup>222</sup> Inter-American Commission on Human Rights. *Op. cit.*, p. 243.

<sup>223</sup> CIET International. "Social Audit of Human Rights in Upala." Costa Rica Country Page. May 21, 2003. [http://www.ciet.org/www/image/country/Costa\\_Rica.html](http://www.ciet.org/www/image/country/Costa_Rica.html)

<sup>224</sup> "Niegan que se margine a migrantes." *La Nación*. January 14, 2004. [http://www.nacion.com/in\\_ee/2004/enero/14/pais10.html](http://www.nacion.com/in_ee/2004/enero/14/pais10.html)

<sup>225</sup> CERD Committee. *Op. cit.*, p. 240.

<sup>226</sup> Patricia Alvarenga Venutolo. *Op. cit.*, p. 40.

<sup>227</sup> Inter-American Commission on Human Rights. *Op. cit.*, p. 235.

<sup>228</sup> FLACSO. *Op. cit.*, p. 16.

<sup>229</sup> Inter-American Commission on Human Rights. *Op. cit.*, p. 235.

<sup>230</sup> *Idem*.



rights themselves, it is the responsibility of state institutions to help enforce human rights standards. However, the Costa Rican state instructions are lacking in their mechanisms for protecting rights. According to the report from the HR Ombudsman, "The lack of resources, the absence of mechanisms for effective interagency coordination and the need for a national employment policy are factors enhancing the vulnerability of that population."<sup>231</sup>

## 8. RAIDS, DETENTIONS, AND DEPORTATIONS

### 8.1 The Law

The Costa Rican law on Migration and Aliens is supervised by three major state institutions, including the General Direction of Migration and Aliens (DGME), the National Migration Council, and the Special Migration Police. These three bodies work together and share the overall responsibility for monitoring migrants and foreigners living in Costa Rica.

The DGME is responsible for implementing immigration policy, including "authorization, control, and surveillance of the entry and stay of foreign persons in the country; oversight of the entry and exist of persons to and from the country; the issuance of exit and re-entry visas as appropriate; and the issuance of passports and of identification documents for foreigners residing in Costa Rica."<sup>232</sup>

The National Migration Council is composed of representatives of the ministries of Foreign Affairs and Worship, Interior and Police, Public Security, Labor

and Social Security, and Justice, and the Costa Rican Tourism Institute. The Counsel is responsible for advising and supporting implementation of immigration policy; setting selection criteria for the admission of foreigners; considering residency applications; proposing modifications to the legislation; promoting operating and technical assistance agreements; and setting requirements for residency applications.<sup>233</sup>

The final institution responsible for monitoring migration is the Special Migration Police, which is given the following responsibilities: "to inspect hotels and other accommodations offering lodging; to investigate the immigration status of foreign workers by going into workplaces; to visit places of leisure or public entertainments to conduct immigration checks; to cooperate in dispatching and offloading persons in ports of entry; to request to see the identification of foreign persons; to question and receive statements from persons alleged to be undocumented immigrants and to detain them for the time that is strictly necessary; and to ensure that foreign persons are respecting the conditions of their residency card or visa."<sup>234</sup>

The activities of the three institutions often involve rejecting Nicaraguans at the border before entering Costa Rica and returning illegal Nicaraguans back to Nicaragua. These processes have different legal definitions. *Rejection* occurs when foreigners are denied entry into Costa Rica. There are no administrative or judicial appeals available rejected persons.<sup>235</sup> *Deportation* occurs when foreigners are sent outside Costa Rican borders as a result

<sup>231</sup> *Ibid.*, p. 238.

<sup>232</sup> *Ibid.*, p. 160.

<sup>233</sup> *Ibid.*, p. 161.

<sup>234</sup> *Ibid.*, p. 164.

<sup>235</sup> *Ibid.*, p. 173.



of illegally entering the country, staying in the country beyond authorized time, or not abiding by migration laws.<sup>236</sup> *Expulsion* occurs when a foreign resident is ordered to leave the country within a certain time period, or face deportation. The person has three to five days to present a defense which is judged by the Legal Department and can be appealed to the Third Chamber of the Supreme Court of Justice.<sup>237</sup> *Cancellation of Stay* occurs when the DGME limits the stay of those who do not meet the conditions for entry.<sup>238</sup> A cancellation of stay prohibits reentry for a period of five years.<sup>239</sup> Finally, *Cancellation of Residency* occurs when an immigrant reenters the country without authorization or by evasion. It results in loss of immigration status.<sup>240</sup>

On a regional level, some practices of the migration institutions have violated the American Convention. Some violations that have occurred during the process of raiding, detaining and deporting migrants include the following: right to humane treatment (article 5); right to personal liberty (article 7), right to a fair trial (article 8), rights of the family (article 17), rights of the child (article 19), right to property (article 21), freedom of movement and residence—including prohibition of collective expulsion (article 22); and right to judicial protection (article 25). Nicaraguan migrants who suffer from violations of these rights have the possibility of bringing their claims before the IACHR, and two cases in which they have done so are discussed below.

Finally, on an international level, the UN treaties to which Costa Rica is party cover a number of rights that have been

violated by Costa Rican authorities. Many of the rights protected overlap with those of the Inter-American system. Relevant ICESCR rights include the following: right to remuneration (article 7), protection of family (article 10), and health (article 12). Relevant ICCPR rights include: freedom from cruel, inhuman or degrading treatment or punishment (article 7), liberty and security of person (article 9), humane treatment when deprived of liberty (article 10), rights of aliens (article 13), fair trial (article 14), protection of family (article 23), rights of children (article 24), and non-discrimination (article 26). CERD offers additional protection in relation to non-discrimination in article 5 in relation to the following: equal treatment before tribunals, security of person, freedom of movement, and just and favorable remuneration. The CRC protects the child's freedom from separation from parents (article 9), family reunification (article 10), and no torture or inhumane treatment—including separating from adults in detention facilities (article 37). All of these rights have been, at one time or another, violated by Costa Rican authorities during the raiding, detaining, and deportations of Nicaraguan migrant workers and their families.

## 8.2 Raids

As part of the monitoring of illegal immigration into the country, the Costa Rican Special Migration Police are authorized to carry out "task force" operations during which they request identity papers of all persons. According to article 13 of the 1986 General Law on Migration and Aliens, the migration police should inspect places of lodging, work centers, places of entertainment, and public venues.<sup>241</sup> The migration police are

<sup>236</sup> *Ibid.*, p. 175.

<sup>237</sup> *Ibid.*, p. 176.

<sup>238</sup> *Ibid.*, p. 177.

<sup>239</sup> *Idem.*

<sup>240</sup> *Ibid.*, p. 178.

<sup>241</sup> Patricia Alvarenga Venutolo. *Op. cit.*, p. 49.



allowed to ask anyone for their identification, although without discrimination of any kind. As a result, all residents are required to carry their immigration identification papers and show them to authorities whenever requested.<sup>242</sup>

Although migration police must legally apply the principle of non-discrimination in requesting identity papers, in practice the migration police have been discriminatory in their requests for identity papers.<sup>243</sup> The migration police tends to conduct its "task forces" in neighborhoods or areas in which there are large numbers of Nicaraguan migrants, such as the La Carpio neighborhood, fruit packing plants, and the Parque de la Merced.<sup>244</sup> According to the IACHR, "governmental officials acknowledged that in Costa Rica sustained and targeted joint operations are carried out in places described as 'problematic'.<sup>245</sup> This discriminatory practice has been denounced by NGOs, as well as by the Office of the Ombudsman, which writes:

"It is known to this Office of the Ombudsman that during the year 2000 the Ministry of Public Security was carrying out operations that it designated "task forces," which, in fact, were questioned by this Institution since they affected stigmatized sectors of the population such as youths in poor urban neighborhoods, transvestites, persons with black skin, sex workers,

indigents, and Nicaraguan migrants. It was recommended, accordingly, that such operations be suspended, but the Ministry of Public Security alleged that it was not possible because they were preventive operations."<sup>246</sup>

As a result, the "task force" operations of the migration police continue today, rounding up undocumented Nicaraguan migrants for deportation on a regular basis.

In addition to the discriminatory nature of the requests for identity papers, other human rights violations occur during the raids. According to a study done by CODEHUCA, Nicaraguan migrants were brought into the Arenal detention centers without having the possibility to collect their personal belongings, salaries (which they lost completely) or decrees of residence.<sup>247</sup> The Nicaraguan Parliament has accused the local San Jose government of destroying the homes of the Nicaraguan migrants during the "task force" operations of July 1999.<sup>248</sup> One of the most disturbing allegations is that of Costa Rican authorities' destruction of Nicaraguan migrants' resident documents, documents which Nicaraguans have often gone to great lengths trying to obtain.<sup>249</sup>

Costa Rican authorities have been accused of other human rights violations during the raids, including: "physical mistreatment, abuse of authority (for example requesting documents

<sup>242</sup> Inter-American Commission on Human Rights. *Op. cit.*, p. 179.

<sup>243</sup> *Ibid.*, p. 215.

<sup>244</sup> Patricia Alvarenga Venutolo. *Op. cit.*, p. 49; Inter-American Commission on Human Rights. *Op. cit.*, p. 196.

<sup>245</sup> Inter-American Commission on Human Rights. *Op. cit.*, p. 197.

<sup>246</sup> *Ibid.*, p. 151.

<sup>247</sup> CODEHUCA. *Loc. cit.*

<sup>248</sup> "Parlamento nicaraguense condena al gobierno de Costa Rica." *La Prensa* (Honduras), July 7, 1999. <http://www.laprensahn.com/caarc/9907/c07001.htm>

<sup>249</sup> Inter-American Commission on Human Rights. *Op. cit.*, p. 150.



indiscriminately, detaining persons arbitrarily, recurring to threats, destruction of documents, and verbal abuse), and omission of duty when refusing to investigate complaints of abuses committed by government agents.<sup>250</sup> Some complaints of these violations have been submitted to the Office of the Ombudsman. For example, one complaint to the Office concerns the beating by police agents of a Nicaraguan minor.<sup>251</sup> In another instance, a Public Security official ordered two Nicaraguan adolescents to strip naked for "inspection."<sup>252</sup> The official was suspended for two weeks, the maximum administrative penalty possible.<sup>253</sup> The Public Security Ministry reports that in 2002, 32 officials were dismissed for various acts of corruption.<sup>254</sup>

One of the most recent large-scale raids occurred on January 30, 2004 in La Carpio district. Three hundred police officers arrived at 5:30am to request residential and identification documentation from many of the 35,000 residents of La Carpio.<sup>255</sup> Although many presented their documents, they were taken in buses to another control office to determine the legal status. Around 600 people had to wait for hours while migration officials verified their immigration status. During the raid, migration officials identified 19 individuals with outstanding judicial problems and 173 with questionable

documents, of which 22 were deported.<sup>256</sup> Many entities reacted to the raid and deportations, including the Office of the Ombudsman, the Catholic Church, human rights groups, and the Nicaraguan Parliament. The Nicaraguan Parliament sent a delegation of five Nicaraguan legislators to investigate human rights violations on the day of the raids.<sup>257</sup>

The way in which the Costa Rican migration police conduct their "task force" operations violates some human rights. As discussed above, past operations have involved the following alleged human rights violations: freedom from discrimination, right to fair wages, right to property, prohibition of destruction of documents, and freedom from torture. If "task forces" continue in a similar manner in future operations, it is likely human rights violations will continue.

### 8.3 Detentions

During the "task force" operations of the migration police, Nicaraguan migrants found without documents are rounded up and taken to administrative detention centers. Some are detained even though they had documents, but were unable to present them at the moment of request.<sup>258</sup> The detentions are provided for by the General Law on Immigration and Aliens, which permits the migration police to "detain [persons accused of breaking migration law] insofar as appropriate for the time strictly

<sup>250</sup> Inter-American Commission on Human Rights. *Loc. cit.*

<sup>251</sup> *Ibid.*, p. 151.

<sup>252</sup> Mauricio Herrera U. "Autoridades lesionan derechos de indocumentados." *La Nación*. March 1, 2004. [http://www.nacion.com/in\\_ee/2004/marzo/01/pais1.html](http://www.nacion.com/in_ee/2004/marzo/01/pais1.html)

<sup>253</sup> *Idem.*

<sup>254</sup> *Idem.*

<sup>255</sup> Carlos Arguedas. "Fuerte acción policial en La Carpio." *La Nación*. January 31, 2004. [http://www.nacion.com/in\\_ee/2004/enero/31/pais14.html](http://www.nacion.com/in_ee/2004/enero/31/pais14.html)

<sup>256</sup> *Idem.*

<sup>257</sup> "Síntesis Nacional: Vista Nicaragüense." *La Nación*. February 7, 2004. [http://www.nacion.com/in\\_ee/2004/febrero/07/pais11.html](http://www.nacion.com/in_ee/2004/febrero/07/pais11.html)

<sup>258</sup> INFOPRESS: Central America Report. "Mass raid on Nicaraguan migrants in Costa Rica." *INFOPRESS*. Nº XXXI-06. February 13, 2004. <http://www.inforpressca.com/CAR/homes/h3106.htm>



necessary.<sup>259</sup> The main detention centers are that of the Quinta Comisaria<sup>260</sup> in the Central Region and Arenal I and II in the Northern Zone. The Quinta Comisaria was an old police station with several jail cells, converted to a detention center for migrants.<sup>261</sup> The conditions in the detention centers violate human rights. In the Quinta Comisaria, the following conditions have been identified:

- detainees are often not fed for many hours
- cells are tiny, measuring approximately 3.5 m by 6 m, and may be shared by two people
- air in the facility is putrid, humid, and cold
- some detainees have had to sleep on the floor
- sanitary conditions are inadequate (unsanitary bathrooms, showers and toilets not working, no wash basins, no soap or toilet paper)
- personal cleanliness items are provided by friends and relatives or not at all
- only two toilets; detainees must shout to prison guards when they wish to use the facilities
- no separation of men and women
- no separation of adults and minors
- no direct light
- no internal public telephone
- detainees not permitted to make phone calls
- only received a blanket and a mattress and nothing more

<sup>259</sup> Inter-American Commission on Human Rights. *Op. cit.*, p. 214.

<sup>260</sup> The Fifth Police Station.

<sup>261</sup> Inter-American Commission on Human Rights. *Op. cit.*, p. 219.

- personnel showed little sensitivity towards the detainees
- frequent complaints concerning abuse and mistreatment by prison guards.<sup>262</sup>

Similar conditions were identified in the detention centers of Arenal I and Arenal II. In addition to the appalling conditions is the length of time some detainees are held in the detention facilities. For example, some detainees were told their detention would be five days but had been held for months.<sup>263</sup> Legally, there is no established maximum time limit for which people can be detained in these detention centers.<sup>264</sup> The only requirement, as ruled by the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice (Sala IV), is that the time of the detention be "strictly necessary."<sup>265</sup> In some cases, immigrants have been detained for up to 4 months.<sup>266</sup>

While it acknowledges important improvements in recent years, the Office of the Ombudsman says the center is still not place recommended for the detention of women, men and children.<sup>267</sup> Specific human rights violations that can be cited include the following: freedom from cruel, inhuman or degrading treatment or punishment; liberty and security; right to go before a court; right of humane and dignified detention conditions; separation of juveniles

<sup>262</sup> *Ibid.*, pp. 220-225; Defensoria de los Habitantes (Office of the Ombudsman). *Loc. cit.* CODEHUCA, 2004; Patricia Alvarenga Venutolo. *Op. cit.*, p. 27.

<sup>263</sup> Inter-American Commission on Human Rights. *Op. cit.*, p. 226.

<sup>264</sup> Defensoria de los Habitantes (Office of the Ombudsman). *Loc. cit.*

<sup>265</sup> *Idem.*

<sup>266</sup> *Idem.*

<sup>267</sup> *Idem.*



and adults; separation of women and men; equality before courts and tribunals; right to legal assistance; right to equal protection; judicial remedy; and simple and prompt recourse to competent court or tribunal.<sup>268</sup>

#### 8.4 Due Process

Due to the speed of the process by which Nicaraguan migrants are searched for papers, detained, transported by bus to the border, and then deported, many are often never given the opportunity for due process. While Costa Rican law technically provides them with the rights of *amparo* and habeas corpus, Nicaraguan migrants are rarely given these rights in practice.

One right of due process is that all are entitled to a responsible and impartial adjudicator. However, according to IACHR, "When persons are expelled without the individualized process established by law for each case, the right to a responsible and impartial adjudicator is violated."<sup>269</sup> Due to the speed of the deportations, migrant workers are often unable to present the correct immigration documents, although they may possess them. As a result, the migrant workers are not given the opportunity to challenge their detentions or deportation charges. According to the IACHR, this violates their right to be heard.<sup>270</sup>

Due to the fact that most detained Nicaraguan migrants are not aware of their judicial rights in Costa Rica, many are often without legal assistance. They are unaware of how to get legal assistance and who can provide it and are unwilling to secure legal assistance out of lack of money.<sup>271</sup> Although

some NGOs offer cheap legal services to illegal immigrants, most immigrants are unaware of this possibility.<sup>272</sup>

The only time detainees must see a lawyer is during the interrogation process at the detention center, during which a lawyer and a migration officer question detainees to determine whether or not they entered the country legally.<sup>273</sup> The interrogation is often verbally aggressive, with the migration officer shouting questions at the detainee concerning where, when, and how the migrant entered the country.<sup>274</sup> A problem arises in that, although detainees have the option of calling a lawyer from the public telephones, the lawyer available to the detainees is the same lawyer that interrogates the migrants with the migration office.<sup>275</sup> As a result, many detainees may be hesitant to call the lawyer due to fears of impartiality or inefficacy.<sup>276</sup>

According to article 25 of the American Convention, all persons are entitled to judicial review. However, in immigration decisions, Costa Rican law does not require judicial review in all cases. The only case in which it is possible to request judicial review is when the interests of the migrant workers are harmed and they are in the process of regularizing their status.<sup>277</sup> Otherwise, there is no possibility to request a judge to review the decision.<sup>278</sup>

#### 8.5 Deportations

After migration officials raid areas of high Nicaraguan populations and detain

<sup>268</sup> American Convention on HR and ICCPR.  
<sup>269</sup> Inter-American Commission on Human Rights. *Op. cit.*, p. 199.  
<sup>270</sup> *Ibid.*, p. 202.  
<sup>271</sup> *Ibid.*, p. 207.

<sup>272</sup> *Ibid.*, p. 208.  
<sup>273</sup> Defensoria de los Habitantes (Office of the Ombudsman). *Loc. cit.*  
<sup>274</sup> *Idem.*  
<sup>275</sup> *Idem.*  
<sup>276</sup> *Idem.*  
<sup>277</sup> Commission on Human Rights. *Op. cit.*, p. 209.  
<sup>278</sup> *Idem.*



those whose migration status is in question, some of the detained Nicaraguan migrants are deported. Generally, after having been determined in violation of Costa Rican law (without documents), the Nicaraguans are deported across the border back into Nicaragua. In 2002, 4,012 Nicaraguans were deported from Costa Rica.<sup>279</sup>

The collective deportation of Nicaraguan migrants has caused outrage on the part of Nicaraguans and the Nicaraguan government. The Nicaraguan Parliament has condemned the actions and alleged human rights violations. Vilma Nuñez of the Nicaraguan Center of Human Rights said that the deportations are "part of systematic aggression against Nicaraguans living in Costa Rica."<sup>280</sup> After the June 1999 raid of La Carpio, Nicaragua sent representatives on an in situ mission to Costa Rica to investigate the deportations and the general situation of Nicaraguan migrants in Costa Rica.<sup>281</sup> One of the findings of the Nicaraguan mission was there was "excessive abuse" by Costa Rican authorities against Nicaraguan migrants.<sup>282</sup> According to the U.S. Department of State, "Allegations of abuse by the Border Guard periodically arose. Although instances of physical abuse appeared to have declined, there continued to be credible reports of extortion of

migrants by border officials."<sup>283</sup> On a similar note, the Office of the Ombudsman received 44 reports regarding police abuse of authority or misconduct.<sup>284</sup>

In addition to deporting migrants, Costa Rican officials have also violated the refugee and human rights principle of non-refoulement by deporting refugees. According to the IACHR, there has been at least one case of deportation of persons in the process of applying for political asylum.<sup>285</sup>

During deportations of Nicaraguan migrants, families have been separated. In one collective expulsion, 11 children were left in Costa Rica while their parents were deported.<sup>286</sup> In another instance, Costa Rican minors of Nicaraguan parents were rejected without notifying their parents.<sup>287</sup> These instances, in which families are separated as a result of Costa Rican deportations, result in violations of the rights of the child and family rights.

Human Rights legislation, in particular article 22.9 of the American Convention, prohibits the collective expulsion of illegal migrants. However, Costa Rica regularly engages in "the practice of massive deportations, especially in border areas."<sup>288</sup> Due to the collective deportations, migrant workers are not able to exercise their rights to defense.<sup>289</sup> In

<sup>279</sup> Irene Vizcaino. "País 'selecciona' a los inmigrantes." *La Nación*. December 21, 2003. [http://www.nacion.com/ln\\_ee/2003/diciembre/21/pais10.html](http://www.nacion.com/ln_ee/2003/diciembre/21/pais10.html)

<sup>280</sup> Patricia Hynds and Carlos Navarro. *Loc. cit.*

<sup>281</sup> "Parlamento nicaragüense condena al gobierno de Costa Rica." *La Prensa* (Honduras), July 7, 1999. <http://www.laprensahn.com/caarc/9907/c07001.htm>

<sup>282</sup> Jeff Shriver. "More Nicaraguans Face Deportation from Costa Rica." *Nicaragua Network Education Fund*. Volume 7, N° 28. July 13-19, 1999. [http://www.tulane.edu/~libweb/RESTRICTED/NICANEWS/1999\\_0713.txt](http://www.tulane.edu/~libweb/RESTRICTED/NICANEWS/1999_0713.txt)

<sup>283</sup> United States Department of State. "Costa Rica: Country Reports on Human Rights Practices-2002." *Bureau of Democracy, Human Rights, and Labor*. March 31, 2003. <http://www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/2002/18326.htm>

<sup>284</sup> *Idem*.

<sup>285</sup> Inter-American Commission on Human Rights. *Op. cit.*, p. 190.

<sup>286</sup> Patricia Hynds and Carlos Navarro. *Loc. cit.*

<sup>287</sup> CODEHUCA, 2004.

<sup>288</sup> Inter-American Commission on Human Rights. *Op. cit.*, p. 198.

<sup>289</sup> *Ibid.*, p. 196.



response, the Costa Rican government argues that, although the expulsions may be collective, they are decided on an individual basis.<sup>290</sup>

The deportations of Nicaraguan migrants back to Nicaragua is a practice that has violated a number of human rights norms, including freedom from torture, the rights of the child, principle of non-refoulement, and the prohibition of collective expulsions.

## 8.6 IACHR Cases

There are currently two cases being considered by the IACHR dealing with Nicaraguan migrants who were deported from Costa Rica. The cases relate to the same incident, and are helpful in understanding, as a whole, the Costa Rican authorities' process of the raiding, detaining, and deporting Nicaraguan migrants.

On February 22, 1995, 47 Nicaraguans were deported from Costa Rica.<sup>291</sup> Of those deported, one case was brought to the IACHR by a Nicaraguan by the name of Chamorro Ramon, while another case was brought by the remaining 46 deported to Nicaragua. Both complaints were submitted to the IACHR on February 28, 1995. The complainants argued violations of articles 5 (right to humane treatment), 8 (right to a fair trial), and 25 (right to judicial protection).<sup>292</sup> While no decisions have been made on the merits of the cases, both were declared admissible after a hearing of the facts of the case, which are discussed below.

<sup>290</sup> *Idem.*

<sup>291</sup> Juan Ramon Quiroz v. Costa Rica, Case *Idem* 11.495, Report N° 89/00, OEA/Ser.LV/II.111 Doc. 20 rev. at 221 (2000). October 5, 2000.

<sup>292</sup> *Idem.*

The 47 deported Nicaraguans claim that, on February 22, they were captured in Costa Rica by "individuals wearing khaki-colored uniforms and carrying M-16 rifles."<sup>293</sup> According to the state, the immigration police do not wear uniforms or carry rifles, but according to the petitioners, the rural police who assist the immigration police in deportations do wear uniforms and carry guns, as they are part of the security forces.<sup>294</sup>

The petitioners argued that they were not allowed to gather their belongings and collect their wages from their employers before being taken to a detention center where they were held several hours before being deported.<sup>295</sup> They also alleged that that they were not given the time or opportunity to invoke domestic remedies.<sup>296</sup> Furthermore, due to their undocumented status, they did not have the ability to return to Costa Rica in order to invoke domestic remedies at a later date.<sup>297</sup> The petitioners also claim that some of the deported were beaten and mistreated by the authorities; that three of the individuals were deported without a deportation order, and that three of those deported had disappeared and never arrived in Nicaragua.<sup>298</sup>

The Costa Rican state, throughout the admissibility hearings, denied the accusations and attempted to hide behind the veil of non-exhaustion of domestic remedies and state sovereignty regarding immigration matters.<sup>299</sup> However, the IACHR found that domestic remedies were unavailable and, therefore, need not be

<sup>293</sup> *Idem.*

<sup>294</sup> *Idem.*

<sup>295</sup> *Idem.*

<sup>296</sup> *Idem.*

<sup>297</sup> *Idem.*

<sup>298</sup> *Idem.*

<sup>299</sup> *Idem.*



exhausted. Furthermore, the IACHR noted that the state had contradicted itself by initially stating domestic remedies had been available, and later contradicting itself by stating, "This government does not recognize the usefulness of beginning proceedings in such cases [of clandestine entrance into the country]."<sup>300</sup> As the IACHR found that domestic remedies were not practically available for those deported, it declared the case admissible. The next step of the process is the judging of the merits as to whether or not there was a violation of articles 5, 8, and 25. While the proceedings take a long time, these cases currently under consideration by the IACHR are important for ensuring future protection of Nicaraguan migrant workers during raids, detentions, and deportations in Costa Rica.

## 9. RECOMMENDATIONS

As it is clear by now, Nicaraguan migrants residing in Costa Rica are in a vulnerable position. They suffer from human rights violations in the workplace, as well as inadequate and unequal access to Costa Rican public resources of social security, health, housing, and education. Furthermore, undocumented workers face the constant threat of deportation, a process that, in Costa Rica, is itself fraught with human rights violations.

In spite of human rights violations of Nicaraguan migrants, their situation in Costa Rica is by no means hopeless. Numerous NGOs, churches, international organizations, and the migrants themselves have corroborated in order to improve the situation of Nicaraguans living in Costa Rica. In addition, the government itself has led some positive initiatives geared in the right

<sup>300</sup> *Idem.*

direction. These existing efforts should be strengthened by additional means of support and protection, thereby improving the otherwise vulnerable situation of Nicaraguan migrants residing in Costa Rica.

The sections below discuss the current efforts by various entities and offer proposals for additional means by which the various groups can help to put an end to the human rights violations of the Nicaraguan migrant population.

### 9.1 NGOs, International Organizations, and Churches

Non-governmental organizations, international organizations and religious institutions have played a pivotal role in the human rights of the Nicaraguan migrant population. The entities have provided valuable information and support to migrants through the following ways: accompanying them to migration offices to fill out residency applications; offering free or cheap legal advice and services; initiating campaigns to provide information concerning labor, judicial, and other rights of foreigners; assisting the most vulnerable sectors of the migrant population (women and children); and assisting the migrants in filing complaints when their rights are violated.

The Catholic Church is continuing to develop its work at a local level, assisting the Nicaraguan populations in San Jose, the Atlantic Coast, and the Northern Zone.<sup>301</sup> As part of the Catholic Church's work with migrant workers, it operates the "Asociacion de Ayuda Mutua,"<sup>302</sup> which assists low-income families in the Northern Zone.<sup>303</sup>

<sup>301</sup> Arias Foundation for Peace and Human Progress. *Op. cit.*, p. 53.

<sup>302</sup> Association of Mutual Help.

<sup>303</sup> Arias Foundation for Peace and Human Progress. *Op. cit.*, p. 27.



The Lutheran Church has also been influential, especially on the Atlantic Coast. In 1994, the Lutheran Church partnered with the Asociación de Trabajadores Nicaragüenses Unidos<sup>304</sup> (ATNU) to help the banana union workers. The initiative involved a labor strike of the transnational corporation Geest Caribbean, during which Nicaraguan migrants refused to work until they were given better pay and working conditions.<sup>305</sup>

Many NGOs also provide valuable assistance to the Nicaraguan migrant population. Some of the more active NGOs include the following: CODEHUCA, CENIDH, Women United in Health and Development (MUSADE), Caritas and Associated International Consultants (CAI), the Red Interinstitucional contra la Violencia Domestica<sup>306</sup> (Limon) and the Association of Domestic Workers (ASTRADOMES). The National Network of Civic Organizations for Migration was established to coordinate the activities of the civic sector.<sup>307</sup> NGOs work primarily to provide migrant workers and their families with social and legal assistance, and some of the NGOs have been incredibly active.<sup>308</sup> During the 1998 amnesty, many NGOs aided Nicaraguan migrants with their amnesty applications, allowing many Nicaraguans to regularize their migration status.

On an international level, the IOM has set up many projects to work with the Nicaraguan migrant population in Costa Rica. For example, the IOM launched a

<sup>304</sup> United Nicaraguan Workers Association.  
<sup>305</sup> Arias Foundation for Peace and Human Progress. *Op. cit.*, p. 36.  
<sup>306</sup> Inter-Institutional Network Against Domestic Violence.  
<sup>307</sup> Inter-American Commission on Human Rights. *Op. cit.*, p. 163.  
<sup>308</sup> *Idem.*

media campaign to inform migrant workers of their rights, to combat distorted information, and to regulate the influence of the public concerning migrants.<sup>309</sup> The campaign used radio, press conferences, national and rural press notices, printed materials, and television advertisements.<sup>310</sup>

These actions of religious institutions, international organizations, and NGOs positively contribute to the protection of migrant workers' human rights. In the absence of state protection and responsibility, the civil and religious societies are often the only place in which vulnerable groups are able to find assistance. NGO programs designed to aid Nicaraguan migrants, such as the ones listed below, should be supported by all actors, including the Costa Rican state. NGOs can also help provide valuable information and consultation in drafting and enforcing legislation that will improve the situation of Nicaraguan migrants in Costa Rica.

## 9.2 Nicaraguan migrants

Perhaps the group that has most helped the Nicaraguan migrant population is the Nicaraguan migrants themselves. By developing an extensive network of contacts between many Nicaraguan migrants, recently arriving Nicaraguan migrants are provided with important assistance.<sup>311</sup> The network of solidarity is often necessary for recent arrivals to survive their first weeks in Costa Rica. In addition, cultural festivities and events have helped Nicaraguan migrants to retain their cultural identity, although they remain outside their country of origin.

<sup>309</sup> CERD Committee, *Op. cit.*, pp. 389-390.  
<sup>310</sup> *Ibid.*, p. 391.  
<sup>311</sup> Olivares Ferreto. *Op. cit.*, p. 9.



The solidarity networks of Nicaraguan migrants play an important role in the settlement of recently arrived Nicaraguans. In many cases, it would be nearly impossible for recently arrived migrants to find work, food, and housing, were it not for the solidarity offered by Nicaraguan migrants already settled within the country.<sup>312</sup> Especially important is the network's ability to find jobs for the recently arrived migrants, which helps the migrants and their families to provide themselves with food and housing.<sup>313</sup> It is common practice that established Nicaraguan migrants will take in undocumented workers and provide them with food and shelter until the new arrivals are able to find work.<sup>314</sup>

Nicaraguans often congregate in San Jose in the Parque de la Merced, a cultural space in which migrants develop their Nicaraguan national identity.<sup>315</sup> According to one Nicaraguan woman, the cultural space is important for meeting and talking with other Nicaraguans about their experiences of arriving and surviving in the foreign country.<sup>316</sup> Other social and cultural places popular with Nicaraguan migrants include the Catholic Church, the Parque Central, La Carpio community, Disco Salsa 54, Zaididas Discoteque, and the Parque de la Paz.<sup>317</sup> Cultural spaces are important, as they allow migrants with common histories to share their stories. These areas are also important for the development of the network of Nicaraguan migrants that has helped many Nicaraguan migrants to survive in Costa Rica.<sup>318</sup>

<sup>312</sup> Patricia Alvarenga Venutolo. *Op. cit.*, p. 30.

<sup>313</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>314</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>315</sup> *Ibid.*, p. 48.

<sup>316</sup> *Idem.*

<sup>317</sup> FLACSO. *Op. cit.*, p. 21.

<sup>318</sup> Patricia Alvarenga Venutolo. *Op. cit.*, p. 24.

Along with places of social connection, Nicaraguan migrants have developed additional ways of keeping their culture alive while living in a foreign country. December 8 is an important day for Nicaraguan migrants, as it is Dia de la Purisima, Patron of Nicaragua. Nicaraguan migrants celebrate the day in areas with large migrant populations. Another day of celebration for Nicaraguans is September 5, which is the Dia del Migrante. Nicaraguan migrants have also formed an organization called "Raices de mi tierra," dedicated to the promotion of Nicaraguan culture, including the presentation of Nicaraguan folk dances.<sup>319</sup> In areas of large migrant populations, such as La Carpio, some families have established vendors to sell Nicaraguan food at a low price.<sup>320</sup> In addition, Nicaraguans run a radio show, "La Voz Nica," and a magazine, "Revista Noticiosa Nicaragüense."<sup>321</sup>

These aspects of Nicaraguan solidarity, networking, and cultural practices help Nicaraguan migrants to retain their sense of national identity, which is important socially, culturally, and psychologically, especially in a society wherein Nicaraguans often feel the need to disguise their nationality. More Nicaraguan migrants should be included in the cultural celebrations and practices, and the state and others should support the cultural efforts in all ways possible, as the right to practice one's culture is a key element to upholding human rights of foreigners.

<sup>319</sup> Arias Foundation for Peace and Human Progress. *Op. cit.*, p. 24.

<sup>320</sup> *Idem.*

<sup>321</sup> *Idem.*



### 9.3 Costa Rican Government

#### 9.3.1 Human Rights Training of Authorities

Due to the many alleged abuses of Nicaraguan migrants by Costa Rican authorities, it would be beneficial for the Costa Rican government to institute intensive human rights training programs for all authorities who have contact with the Nicaraguan populations, including members of the police and security forces, migration authorities, border guards, judges, prosecutors, prison guards, and local/rural officials. The Costa Rican government could request such training services from the UN human rights technical assistance program that offers training of criminal justice personnel, including judges, lawyers, prosecutors and police.<sup>322</sup> The training involves seminars, courses, workshops, fellowships, scholarships, and the provision of information and documentation.<sup>323</sup> By training those who come into contact with Nicaraguan migrants in human rights, many violations can be avoided. Problems of state-endorsed discrimination, xenophobia, hate speech, abuse and mistreatment, destruction of documents, and illegal detentions can largely be eliminated through appropriate training of authorities. It is necessary that all authorities know what human rights exist and how they should be enforced.

<sup>322</sup> United Nations Department of Public Information (UNDPI). *The United Nations and Human Rights*. February 1996. <http://www.un.org/rights/dpi1774e.htm>

<sup>323</sup> *Idem*.

#### 9.3.2 Education in Peace and Tolerance

The majority of the Costa Rican population holds many misperceptions of the Nicaraguan migrant population, believing them to be violent persons attempting to steal the public resources and jobs that naturally belong to the Costa Rican people. However, as discussed earlier, most of these perceptions can be refuted by simple fact and statistic. Nicaraguans end up in prisons at a lower percentage than Costa Ricans; they contribute positively to the Costa Rican economies; they do not affect the unemployment rate of Costa Ricans; and they are not the cause of the depletion of public resources. In spite of these realities, Costa Ricans continue to blame the Nicaraguan migrant population for all their problems, which results in the elements of hate speech, discrimination, and xenophobia that is seen throughout Costa Rican society.

In order to transform these misconceptions and build a culture of peace, peace education programs should be promoted in Costa Rica. The Costa Rican Department of Education's initiative with the United Nations University for Peace's "Program for the Culture of Peace and Democracy in Central America" is a positive step. The first four-year phase, which incorporated an Integral Model of Peace Education (IMPE), was launched in 1994 by Central American presidents.<sup>324</sup> As part of the IMPE, a series of 27 *Basic Texts on a Culture of Peace, Democracy, and Sustainable Development* were developed and adapted for each country and applied throughout in community-based

<sup>324</sup> Abelardo Brenes. *An Integral Model of Peace Education*. January 23, 2003, pp. 111-112.



workshops.<sup>325</sup> A second four-year phase began in 1997, during which the IMPE was adapted for formal educational systems, at primary, secondary, and university levels.<sup>326</sup>

The concept behind the IMPE is that "the process of building a global culture of peace can best be approached through a continuous process of intercultural dialogue; within the context of an open consensus seeking process on what a universal culture of peace can mean."<sup>327</sup> In this sense, the IMPE program reflects Patricia Alvarenga's observation that, the more experience Costa Ricans have with the Nicaraguan migrant population, the less likely they are to hold negative stereotypes concerning the population. As the IMPE recognized, the role of dialogue is key towards building a culture of peace. The IMPE recognizes that the decision-making process, at all levels, requires respect for cultural and ethnic diversity.<sup>328</sup> One of the regions in Costa Rica for which the IMPE was adapted was Rincon Grande de Pavas, in which 8% of the population is Nicaraguan.<sup>329</sup> Educational activities were designed to incorporate community leaders, schools, and journalists.<sup>330</sup> The programs in Rincon Grande de Pavas actualized important successes, with IMPE-trained community leaders' ending a gang conflict through mediation; transformation of the way in which the media portrayed the community; and the youth group's development of a plan of action for the community.

Educational programs such as these can help to actualize many positive benefits

for all persons in society, no matter the age, nationality, culture, gender, region, or any other distinction. By allowing people in communities to learn from one another and develop the community collectively, it is possible to develop a culture of peace involving respect for all persons. Additional educational programs could be included whereby Costa Ricans could have the opportunity to learn of immigrants' positive contributions to the country; the multicultural dimension of Costa Rica; and human rights. As witnessed through the Culture of Peace program, educational programs have the possibility of collectively transforming attitudes of multiple sectors within society. If employed in all education centers throughout the country, peace education programs could help to transform the negative perceptions of Nicaraguan migrants, improving the perceptions for generations to come. As the CERD Committee report states, "The centre and the focal point of the fight against discrimination is the effort in the schools to strengthen respect and tolerance."<sup>331</sup>

On the legislative side, the Costa Rican government has already made an important advance in this direction. Law 7711 indicated that study programs and plans should incorporate principles of equal opportunity and the elimination of prejudice, stigmatization, and acts that promote segregation, as well as education concerning contributions of various ethnic and cultural groups in Costa Rica.<sup>332</sup> The Costa Rican government should actively develop this law by developing the curriculum and monitoring its

<sup>325</sup> *ibid.*, p. 113.

<sup>326</sup> *idem.*

<sup>327</sup> *ibid.*, p. 114.

<sup>328</sup> *ibid.*, p. 122.

<sup>329</sup> CERD Committee. *Op. cit.*, p. 455.

<sup>330</sup> Abelardo Brenes. *Op. cit.*, p. 132.

<sup>331</sup> CERD Committee. *Op. cit.*, p. 141.

<sup>332</sup> Inter-American Commission on Human Rights. *Op. cit.*, p. 249.



implementation in all Costa Rican education centers.

### 9.3.3 Psychology

According to the Office of the Ombudsman, an important step towards protecting Costa Rica's migrant population is for Costa Rica to recognize itself as a receptor state for migrants.<sup>333</sup> As it currently stands, the Costa Rican government and Costa Ricans do not want to acknowledge their receptor state character.<sup>334</sup> According to the Office of the Ombudsman, "Although the characteristic [as a country of reception for migrants] is not recent, but deep-rooted and of long-standing, it has not been incorporated as such in the formulation of national development plans, social policy, or the Government's agenda...<sup>335</sup> As a result of this lack of recognition, the Costa Rican policies and institutions do not reflect those of a migrant receptor state. The current practice of many state institutions is simply to ignore the migration situation. In order for the situation to improve, the general mindset must be shifted in order for the state to recognize itself as a receptor state.

### 9.3.4 Legislation

Perhaps the most important way Costa Rica should strive to formally recognize its nature as a receptor state is through reforming its legislation. Due to the fact that Costa Rican laws are over 50 years old, there is no integral policy (involving all state institutions) concerning the migrant population.<sup>336</sup> The current laws are simply

out of date. The Costa Rican legislature should work together with civil society in order to develop legislation that appropriately prohibits and penalizes discriminatory offenses. Whether committed by individuals or groups, public or private, employers or other, all acts of discrimination should be illegal under Costa Rican law. To ensure that discrimination is not legal under Costa Rican law, there should be a clear procedure for appeal in cases of judicial discrimination. In order to incorporate all state institutions in dealing with the migration population, the legislature should work with civil society in order to come up with an integral public law. These reforms represent necessary legal developments that would bring Costa Rican laws up to date.

### 9.3.5 Judiciary

Along with legislative developments, the Costa Rican judiciary must be strengthened so as to better protect Nicaraguan migrants. The inability of Nicaraguans to contest their deportations unless harm has been done is an unreasonable qualification that violates the right to judicial review. The law should be altered so as to allow appeal of all decisions—administrative or otherwise—regarding deportation decisions. Other judiciary rights that are often violated during the deportation process are the rights of the Nicaraguan migrants to an attorney, the right to be heard, the right to a responsible and impartial adjudicator. The Costa Rican government should take the initiative to strengthen the judiciary and the available information so that these rights do not continue to be violated during the deportation processes.

In some cases involving Nicaraguan migrants (such as the ruling of discrimination

<sup>333</sup> Defensoria de los Habitantes. *Loc. cit.*  
<sup>334</sup> *Idem.*  
<sup>335</sup> CERD Committee. *Op. cit.*, p. 88.  
<sup>336</sup> Defensoria de los Habitantes (Office of the Ombudsman). *Loc. cit.*



concerning the "bono escolar"), the Costa Rican Supreme Court has often ruled favorably in protection of Nicaraguan migrants. However, according to the IACHR, the Supreme Court is not supplied with an adequate and independent budget so as to allow it to function properly. Therefore, the Costa Rican government should work to ensure that the Supreme Court is given the necessary degree of independence and funding in order to actualize its proper role. Furthermore, the Costa Rican government must ensure a system of checks and balances in order to create a truly independent judicial body that will best protect all those within the Costa Rican borders.

### **9.3.6 Public Ministries**

As was discussed in the section on allocation of public resources, the Nicaraguan migrant population does not have equal access as Costa Ricans to food, water, sanitation, housing, work, transportation, education, poverty assistance, and health services. This violates a number of social, economic and cultural rights put forth in the ICESCR, as well as violating the principle of non-discrimination. All relevant state institutions, including the Ministry of Health, Ministry of Public Education, Ministry of Housing, Mixed Social Assistance Institute, and Social Security Fund, should be restructured so as to offer equal access to state resources and services, independent of the nationality of the individual or family. The ruling of the Constitutional Chamber Court on the unconstitutionality of discriminatory granting of the Bono Escolar illustrates an important advancement in acknowledging the need to abolish these discriminatory practices.

In addition to the discriminatory distribution of public resources, there are other governmental institutions that must be reformed in order to better protect the rights of migrants. The entire deportation procedures of the General Direction of Migration should be rethought so as to prevent the human rights violations that are often characteristic of the process. In this regard, the specific area of detention conditions must be addressed, as the current conditions of detentions violate a number of human rights. The current detention centers must either be radically improved or replaced altogether.

### **9.3.7 Granting of Work Permits and Residency**

Due to the fact that undocumented Nicaraguan migrants feel unable to complain about violations of their human rights for fear of deportation, the Costa Rican government should work to regularize the status of Nicaraguan migrant workers in the country. The Nicaraguan migrant workers make valuable contributions to the Costa Rican economy on a regular basis. The Costa Rican government should acknowledge those contributions and reward the Nicaraguan migrant workers by regularizing their status. This can be done by either relaxing the qualifications for temporary and/or permanent residency, or by offering another immigration amnesty in order to offer the possibility for Nicaraguan migrant workers to regularize their status. The multiple amnesties offered by various Costa Rican administrations are examples of how Nicaraguans can regularize their status, stop fearing deportation, and claim their human rights. If another amnesty period is to be granted, the Costa Rican government should work with NGOs, churches, and



other organizations so as to best inform the undocumented Nicaraguans of their rights to apply for the amnesty, thereby securing the widest benefit possible.

### 9.3.8 The Office of the Ombudsman

An important development of the Costa Rican government was the creation of the Office of the Ombudsman to monitor the human rights implementation of state authorities and institutions. The Ombudsman has a specific task of working with vulnerable groups, including migrants. It has served as an important office for Nicaraguan migrants who have had their rights violated.

One example of the efficacy of the Ombudsman can be seen in the improvements in detention centers like the Quinta Comisaria. As part of its monitoring efforts, the Ombudsman visits the Quinta Comisaria and Los Chiles detention center in the North on a regular basis to evaluate the detention conditions.<sup>337</sup> Since the Ombudsman began monitoring conditions, it has succeeded in making some important changes, including: separation of men and women; separation of minors and adults; availability of soap and toilet paper; improvements in the lighting; availability of medical attention; and improvements in the ventilation system.<sup>338</sup> While the detention center lacks the money to make all the necessary improvements, these improvements represent important steps in the protection of human rights within the detention centers.<sup>339</sup>

<sup>337</sup> Defensoria de los Habitantes (Office of the Ombudsman). *Loc. cit.*  
<sup>338</sup> *Idem.*  
<sup>339</sup> *Idem.*

Another instance during which the Ombudsman played an important role was during the January 30, 2004 raid of La Carpio district. As a result of the raid, over 100 persons, mostly of Nicaraguan origin, were sent to the Quinta Comisaria detention center. The overcrowding of the detention facility created conditions in which many human rights were violated. In order to deal with the human rights violations that were occurring during the raiding, detentions, and deportations, the Office of the Ombudsman went to both La Carpio district and the Quinta Comisaria on the day of the raids in order to catalogue the various complaints of human rights violations. While in La Carpio, the Office of the Ombudsman held a meeting in the church with members of the community in order to draw up a list of complaints.<sup>340</sup>

Unfortunately, many Nicaraguan migrants do not know of the existence of the Office of the Ombudsman.<sup>341</sup> Furthermore, even if the migrants are aware of its existence, many are afraid to bring their complaints as a result of their undocumented migrant status.<sup>342</sup> However, the Office of the Ombudsman does receive complaints from undocumented migrants, and treats the complaints in the same way as it does other complaints.<sup>343</sup>

The Office of the Ombudsman, as a result of its independence and mission, is well-equipped to deal with complaints of human rights violations of the migrant population. The Ombudsman is an important institution for ensuring the rights of Nicaraguan migrants and the Costa Rican government should continue to support its

<sup>340</sup> *Idem.*  
<sup>341</sup> *Idem.*  
<sup>342</sup> *Idem.*  
<sup>343</sup> *Idem.*



independence through continued funding; responding to recommendations; and supporting an information campaign to make all people in Costa Rica knowledgeable about the existence and operations of the Office of the Ombudsman.

### 9.3.9 Bilateral Negotiations

In order to best provide for Nicaraguans living within Costa Rican borders, the Costa Rican and Nicaraguan governments should continue working together in enhancing their bilateral relations. The bilateral meetings between the Nicaraguan and Costa Rican governments concerning migration issues are important to regularizing the situation and protecting the human rights of Nicaraguan migrant workers. However, the meetings designed to cover issues of migration are often complicated when they develop into nasty comments and decisions concerning the Rio San Juan. The river is a major source of resentment between Nicaraguans and Costa Ricans, with Nicaraguans fearing Costa Ricans' intentions of taking over the river and Costa Ricans fearing Nicaraguans' intentions of prohibiting all Costa Rican usage of the river. Rather than continuously involving the river in negotiations on other issues, the governments should settle the dispute over navigation rights on the Rio San Juan once and for all. A settlement of the issue would help end much of the resentment, force both governments to focus more on internal issues, and establish a relationship wherein the river is no longer used as a playing card in migration and other bilateral issues.

On a positive note, the two governments have made some progress in bilateral negotiations. In 1993, they signed the bilateral Convention on the Migrant Labor

Force, which was an important step of coordination in monitoring and standard-setting in the migration processes.<sup>344</sup> The Convention "regulates admission, entry, stay, and departure from Costa Rican territory of Nicaraguan migrant workers who wish, temporarily and as non-residents, to engage in agricultural activities, in particular the seasonal coffee and sugar-cane harvests."<sup>345</sup> The Nicaraguan consuls and embassy play important roles in the protection of the migrants' rights and, consequently, must be involved in migration process in Costa Rica. Talks between the two governments concerning migration continue, with the most recent meeting held Liberia, Costa Rica in January of 2004 concerning the creation of a "bi-national migratory labor policy."<sup>346</sup>

### 9.3.10 Multilateral Efforts

Costa Rica is often cited as having an incredibly positive human rights record. This is largely due to the fact that it has ratified so many of the international human rights treaties. While it is less than half the battle (the other half being actualization), the ratification of treaties is certainly an important step towards protecting of human rights. Costa Rica should be commended for having signed so many of the international human rights treaties. Yet, it is important to note that the treaties that designed to best protect migrant populations have not been signed by the Costa Rican government. The Convention on the Protection of Migrant Workers and Their Families (CMWF) is an incredibly relevant and important

<sup>344</sup> IOM. *Op. cit.*, p. 46.

<sup>345</sup> CERD Committee. *Op. cit.*, p. 358.

<sup>346</sup> TicoTimes Online Daily Edition (Costa Rica). *Costa Rica, Nicaragua Discuss Immigrant Labor Policy*. January 22, 2004.



international treaty that would help to protect the human rights of Nicaraguan migrant workers. Similarly, the ILO Convention 97, which provides for information, assistance, and protection for migrants and ILO Convention 143, which endeavors to eliminate abusive conditions with reference to clandestine migration, have not been signed by Costa Rica. In order to offer its residents better living and working conditions, Costa Rica should ratify these international human rights treaties.

While the Costa Rican government has failed to ratify these important instruments, it has generally been very active in participation of international organizations. The Inter-American Court of Human Rights is located in San Jose, Costa Rica. Costa Rica has participated actively with UNHCR during the many influxes of refugees to Costa Rica throughout history. Costa Rica has also participated extensively in the activities of the UN, the ILO, and the IOM. In 1996, Costa Rica participated in the Regional Conference on Migration in Puebla, Mexico and, in October 2000, the state participated in the Central American Directorate of Migration in Montelimar, Nicaragua.

Costa Rica is part of the Program for Improving the Quality of Life and Insertion of Immigrants in Costa Rica, an initiative that was created through the Consultative Group for the Reconstruction and Transformation of Central America. The Costa Rican government was key in the formation of the initiative, as a result of its concerns of including immigration as one of the important Hurricane Mitch issues. The program works in the areas of education, employment, health, and housing, areas which, as discussed earlier, are in need of much improvement.

The participation of the Costa Rican government in these international institutions

and movements is vital for the implementation of international human rights norms in the Costa Rican context, especially in reference to the Nicaraguan migrant population. Costa Rica should be encouraged to continue its participation in these organizations and to develop its participation through ratification of additional human rights treaties mentioned above.

#### 9.4 Nicaraguan Government

Costa Rica is not the only government that has the responsibility for the protection of Nicaraguan migrants. The Nicaraguan government shares the responsibility. The Nicaraguan government can help improve the situation by committing itself to good-faith bilateral negotiations with Costa Rica; working to combat problems of poverty, corruption, and unemployment within Nicaragua; and supporting Nicaraguans who have returned—voluntarily or involuntarily—from Costa Rica.

As discussed above, bilateral negotiations between Nicaragua and Costa Rica are necessary for the resolution of many migration issues. However, as already mentioned, the Rio San Juan dispute often serves as a blockade for productive negotiations. On this note, the Nicaraguan government should work with the Costa Rican government to solidify a permanent agreement on the river, rather than continuously using the river as leverage in negotiations with Costa Rica.

Another way in which the Nicaraguan government can help the situation is by making migration unnecessary. Many Nicaraguan migrants do not want to leave Nicaragua, as their families, culture, and homes are in Nicaragua. The Nicaraguan government should focus its resources and policies on making unwanted



emigration unnecessary by combating the reasons people leave Nicaragua, namely unemployment, poverty, and a culture of government corruption. Ending corruption within the government will make it possible to focus energy and resources on creating jobs and providing citizens with necessary public services like health and education. The creation of jobs and improvement of public services would make it unnecessary for Nicaraguans to migrate to Costa Rica in search of employment.

A final way in which the Nicaraguan government can help improve the situation is by aiding returned Nicaraguans. Many Nicaraguan migrants return from Costa Rica (often involuntarily through expulsion) and do not have the means by which to resettle in Nicaragua. While the Nicaraguan government and international agencies have helped with repatriation of Nicaraguan refugees of the 1970s and 1980s, there has been little effort to aid the returned Nicaraguan economic migrants of the 1990s. If a resettlement program were available, it might encourage the return of Nicaraguan migrants who have not successfully integrated into the Costa Rica job market.

### 9.5 Joint Efforts

It is important that all sectors of society develop their own means for protection of the Nicaraguan migrant population. However, it is perhaps even more important that these various sectors of society coordinate their efforts so as to best afford protection to those who need it most. On that note, the creation of the Permanent Forum of the Migrant Population in November of 1995 has been a valuable step in the right direction.<sup>347</sup>

<sup>347</sup> IOM. *Op. cit.*, p. 49.

The forum was created in order to provide a space in which government and civil society could come together to exchange ideas at the end of each month. Participants in the forum include non-governmental organizations, international agencies, state and public institutions, and research centers.<sup>348</sup> The secretariat of the Forum is the Office of the Ombudsman.

The forum is intended to serve as an open, apolitical, non-bureaucratic, humanitarian exchange of information and discussion.<sup>349</sup> The principle objective of the forum is to make an "impact on the enactment and enforcement of comprehensive and integrative policies to address migration dynamics that ensure human rights and the quality of life of the migrant population in the national territory."<sup>350</sup> The four committees of the forum (legal, dissemination, social, and labor) have worked on issues of amnesties, celebrations of migrant week, and the joint round-ups.<sup>351</sup>

The creation of this permanent forum is an important initiative for the protection of migrant workers and their families on all levels of society. Therefore, the development of the forum should include more frequent discussions and more forms of communication between the various entities.

In addition to the Forum, other methods of cooperation between different sectors of society should be encouraged. The Costa Rican government should be encouraged to strengthen its ties with the civil society organizations that often offer human rights protection when the state fails in its duty. The state should reward

<sup>348</sup> Arias Foundation for Peace and Human Progress. *Op. cit.*, pp. 2440-41.

<sup>349</sup> *Idem.*

<sup>350</sup> Inter-American Commission on Human Rights. *Op. cit.*, p. 162.

<sup>351</sup> *Idem.*



organizations that help provide legal and social assistance to migrant workers and their families and cooperate with the organizations in developing and strengthening legislation for the protection of migrant workers. The state should also open its detention centers and migration offices to the free access by civil society organizations, so the state's conduct is transparent and so that NGOs are able to offer their assistance to Nicaraguan migrants without obstruction.

One area that is often overlooked in human rights law is corporations. Due to the seemingly untouchable nature of corporations, they are often allowed to commit blatant human rights violations while the state looks the other way, profiting from economic growth. However, although corporations are private entities, the state has a responsibility to monitor them as well. Therefore, the Costa Rican government should be especially encouraged to strengthen its monitoring of corporations, businesses, and industries within its borders, punishing all abuses of human rights in the labor industry, where employers often take advantage of undocumented Nicaraguan migrant workers' vulnerability.

Nearly all sectors of society in Costa Rica have had extensive experience in dealing with the Nicaraguan migrant population. Churches, NGOs, state institutions, international organizations, and even corporations have valuable experiences that should be shared with other sectors of society. The best protections of the Nicaraguan migrant population will be afforded when all of the entities are able to come together to openly discuss the issues. It is through only the development of multidisciplinary initiatives that Nicaraguan migrants living in Costa Rica can be assured

that their rights will not continue to be violated.

## CONCLUSION

It is clear from this report that the situation of Nicaraguan migrants in Costa Rica must be improved. The many human rights violations occurring daily in the country against this vulnerable population should end. While some sectors of society have implemented positive efforts towards this end, other efforts must be developed and should be encouraged in all sectors of society.

The migration flows of Nicaraguans into Costa Rica have a long history, beginning in the 19<sup>th</sup> Century and sparked by complex events including national disasters, political divisions, armed conflict, and economic crisis. To respond to the large migrant flows, the Costa Rican government offered a series of Amnesties for Nicaraguan migrants, although often seen as double-edged swords by the Nicaraguan migrants. The last wave of Nicaraguan migration has seen the largest number of immigrants, coming to Costa Rica in search of a better standard of living for themselves and their families. As a result, the character of the Nicaraguan migrant population has been that of a relatively young group of laborers who are less educated than the Costa Rican average and settle into jobs low-paid, unqualified jobs such as agriculture, private security, construction, and domestic work.

Costa Rica has not always received the Nicaraguan migrant population with open arms. In fact, the current reception of Nicaraguan migrants is often one of xenophobia and discrimination. These attitudes can be traced through their



historical roots. The conflicts involving the Rio San Juan and U.S. relations have been sources of tension for many decades now. In addition, the Costa Rican belief in their homogeneous European character helped to incite feelings of superiority and consequent inferiority of other Central American countries.

As a result of these discriminatory attitudes, the Nicaraguan migrants living and working in Costa Rica have suffered from a series of human rights violations involving four major areas, including: discrimination, the process of raiding, detaining and deporting; the allocation of public resources, and labor rights. Within each of these categories, a whole series of human rights violations can be located. Most of the human rights violations involve discrimination based on nationality or ethnicity.

Coupled with the vulnerability of the Nicaraguan migrant population and the consequent human rights violations is the lack of attention the issue has received. The international community, the Costa Rican government, academic researchers, and even civil society have largely ignored the problem. Due to Costa Rica's otherwise pristine record of environmental protection, human rights, sustainable development, and social services, the international community and human rights bodies have often viewed Costa Rica as a positive example for other countries, ignoring its significant human rights issues with the Nicaraguan migrant population. This ignorance of a significant human rights issue must be put to an end. It is necessary that the problem be exposed, discussed, and positively changed with participation from all sectors of society. It is

hoped that this study will help to activate dialogue, inspire reforms, and improve the overall situation of Nicaraguan migrants living in Costa Rica.



## ACRONYMNS

ASTRADOMES	Association of Domestic Workers	IACHR	Inter-American Commission on Human Rights
CAT	Convention Against Torture, Inhuman, Degrading Treatment and Punishment	IACourt	Inter-American Court of Human Rights
CCSS	Costa Rican Social Security Fund ( <i>Caja Costarricense de Seguro Social</i> )	ICCPR	International Covenant on Civil and Political Rights
CEDAW	Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women	ICESCR	International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights
CENIDH	Nicaraguan Center of Human Rights ( <i>Centro Nicaragüense de Derechos Humanos</i> )	ILO/OIT	International Labor Organization ( <i>Organización Internacional del Trabajo</i> )
CERD	Committee on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination	IMAS	Mixed Social Assistance Institute ( <i>Instituto Mixto de Ayuda Social</i> )
CMWF	Convention on the Protection of Migrant Workers and their Families	IMPE	Integral Model of Peace Education
CODEHUCA	American Commission of Human Rights ( <i>Comisión para la Defensa de los de Derechos Humanos en Centromérica</i> )	IOM/OIM	International Organization of Migration ( <i>Organización Internacional de Migración</i> )
CRC	Convention on the Rights of the Child	NGO	Non-governmental Organization
DGME	General Direction of Migration and Aliens ( <i>Dirección General de Migración y Extranjería</i> )	UN	United Nations
FODESAF	Family Allowances Social Development Fund ( <i>Fondo de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares</i> )	UNHCR	United Nations High Commission on Refugees
		UNHCHR	United Nations High Commissioner on Human Rights



## BIBLIOGRAPHY

- All Refer Reference. *Nicaragua-Conservation and the Environment*. all Refer Reference Nicaragua Information. <http://reference.allrefer.com/country-guide-study/nicaragua/nicaragua79.html>
- Alvarenga Venutolo, Patricia. *Conflicto Convivencia. Los Nicaragüenses en Costa Rica*. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. 1997.
- Arguedas, Carlos. "Fuerte acción policial en La Carpio." *La Nación*. January 31, 2004. [http://www.nacion.com/in\\_ee/2004/enero/31/pais14/html](http://www.nacion.com/in_ee/2004/enero/31/pais14/html)
- Arias Foundation for Peace and Human Progress. *Migration of Nicaraguans to Costa Rica: Territorial Impact and Local Responses*. 2000.
- Arias Foundation for Peace and Human Progress. *The Nicaraguan Migrant Population in Costa Rica: Realities and Responses*. September 2000.
- Arroyo, Marjorie Greenwood and Rosario Ruiz Oporta. *Migrantes Irregulares, Estrategias de Sobrevivencia y Derechos Humanos: Un Estudio de Casos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 1995.
- Brenes, Abelardo. *An Integral Model of Peace Education*. January 23, 2003.
- Centro Nicaragüense de Derechos Humanos (CENIDH). *Derechos Humanos en Nicaragua: Informe Anual 2003*. Managua, Nicaragua. February 2004.
- CIETInternational. *Social Audit of Human Rights in Upala*. Costa Rica Country Page. May 21, 2003. [http://www.ciet.org/www/image/country/Costa\\_Rica.html](http://www.ciet.org/www/image/country/Costa_Rica.html)
- Comisión para la Defensa de los Derechos Humanos en Centroamérica (CODE-HUCA). *Situación de la Población Nicaragüense en Costa Rica*. Site accessed: April 20, 2004.
- Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment 4, The right to adequate housing (Art. 11 (1) of the Covenant) (Sixth session, 1991), Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev. 1 at 53 (1994).
- Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment 7, Forced evictions, and the right to adequate housing (Sixteenth session, 1997), U.N. Doc. E/1998/22, annex IV at 113 (1997), reprinted in Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev. 6 at 45 (2003).
- Committee on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (CERD). *Sixteenth periodic reports of States parties due in 2000: Costa Rica*. December 27, 2001.
- CR Law S.A. Costa Rica Laws: Costa Rica Immigration Laws. <http://www.crlaw.info/immigration-laws.shtml>. Site accessed 24/04/2004.
- Defensoría de los Habitantes (Office of the Ombudsman). *Interview with Andrea Hidalgo, Office of the Ombudsman Migration Expert*. San Jose, Costa Rica. May 12, 2004.
- Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO). *Migración y Salud en Costa Rica: Elementos para su Análisis*. Ministerio de Salud, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) y la Organización Panamericana de la Salud en Costa Rica, 2003.
- "Flujo de nicaragüenses hacia Costa Rica aumentó 10% tras amnistía." *La Prensa*



- (Honduras). February 24, 1999. <http://www.laprensahn.com/caarc/9902/c24004.htm>
- For the Record 2003: The UN Human Rights System. *Costa Rica-Treaties: Ratifications and Reservations*. Site Accessed: 27/03/04. <http://www.hri.ca/fortherecord2003/vol4/costaricarr.htm>
- For the Record 2003: The UN Human Rights System. *Costa Rica-Reports to Treaty Bodies: Committee on the Elimination of Discrimination Against Women*. Site Accessed: 27/03/04. <http://www.hri.ca/fortherecord2003/vol4/costaricatb.htm>
- Herrera U., Mauricio. "Autoridades lesionan derechos de indocumentados." *La Nación*. March 1, 2004. [http://www.nacion.com/ln\\_ee/2004/marzo/01/pais1.html](http://www.nacion.com/ln_ee/2004/marzo/01/pais1.html)
- Herrera U., Mauricio. "Seguridad anuncia investigación de abusos: pondrán límites a detención por falta de papeles." *El País* (Costa Rica). March 3, 2004.
- Human Rights Internet. *Costa Rica-Treaties: Ratifications and Reservations*. For the Record: 2003; The UN Human Rights System. <http://www.hri.ca/fortherecord2003/vol4/costaricar.htm>
- Human Rights Internet. *Costa Rica-Reports to Treaty Bodies*. For the Record: 2003; The UN Human Rights System. <http://www.hri.ca/fortherecord2003/vol4/costaricatb.htm>
- Human Rights Internet. *Costa Rica-Thematic Reports*. For the Record: 2003; The UN Human Rights System. <http://www.hri.ca/fortherecord2003/vol4/costaricatr.htm>
- Hynds, Patricia and Carlos Navarro. *Region: Tempers Flare Regarding San Juan River; Controversy and Deportation of 35 Nicaraguans from Costa Rica*. Latin America Data Base, Latin American Institute, University of New Mexico. Noti-Cen: Central American and Caribbean Political and Economic Affairs. Volume 4, Number 25. July 15, 1999.
- INFOPRESS: Central America Report. *Mass raid on Nicaraguan migrants in Costa Rica*. INFOPRESS. Nº XXXI-06. February 13, 2004. <http://www.inforpressca.com/CAR/homes/h3106.htm>
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. "Anexo: Consulta con mujeres nicaragüenses migrantes en Costa Rica." *Historia de Mujeres*. September 1996.
- Inter-American Commission on Human Rights. *2002 Annual Report Fourth Progress Report of the Rapporteurship on Migrant Workers and Their Families*. 2002.
- International Organization of Migration (IOM). *Estudio Binacional: Situación Migratoria entre Costa Rica y Nicaragua: Análisis del impacto económico y social para ambos países*. December 2001.
- Jose Sanchez Guner Espinales et al. v. Costa Rica, Case 11.529, Report Nº 37/01, OEA/Ser.LV/II.111 Doc. 20 rev. at 231 (2000).
- Juan Ramon Quiroz v. Costa Rica, Case 11.495, Report Nº 89/00, OEA/Ser.LV/II.111 Doc. 20 rev. at 221 (2000). October 5, 2000.
- Kingsbury, Nancy, Thomas J. Schulz, and Max E. Green. *Central America: Conditions of Refugees and Displaced Persons*. United States General Accounting Office Report to Congressional Requesters. GAO-NSIAD-89-54. March 1989.
- Mok, Mario Chen, Luis Rosero Bixby, Gilbert Brenes Camacho and Miriam León Solís. *Migrantes Nicaragüenses en Costa Rica 2000: Volumen, Características y*



- Salud Reproductiva*. Programa Centroamericano de Población, Escuela de Estadística, Instituto de Investigaciones en Salud (INISA), Universidad de Costa Rica. October 2000.
- Monge, Giovanni. *Survey indicates refugee profile, integration in Costa Rica*. October 31, 2002. UN High Commission on Refugees (UNHCR) Costa Rica. <http://www.reliefweb.int>
- Morales, Abelardo and Carlos Castro. *Redes Transfronterizas: Sociedad, Empleo y Migración entre Nicaragua y Costa Rica*. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO). Sede Académica de Costa Rica. August 2002.
- Murillo, Álvaro. "Embajador dará prioridad a migrantes." *La Nación*. February 5, 2004. [http://www.nacion.com/in\\_ee/2004/febrero/05/pais8.html](http://www.nacion.com/in_ee/2004/febrero/05/pais8.html)
- Nicaragua Network Hotline. *Coffee Harvest Losing Workers to Costa Rica*. January 5, 2004.
- "Nicaragüenses tras pasaporte." *La Nación*. January 13, 2004. [http://www.nacion.com/in\\_ee/2004/enero/13/pais13.html](http://www.nacion.com/in_ee/2004/enero/13/pais13.html)
- "Niegan que se margine a migrantes." *La Nación*. January 14, 2004. [http://www.nacion.com/in\\_ee/2004/enero/14/pais10.html](http://www.nacion.com/in_ee/2004/enero/14/pais10.html)
- North, Lisa and Capa. *Between War and Peace in Central America*. Capa and Between the Lines. 1990.
- Oduber, Daniel. *Educación para poblaciones inmigrantes es una meta del milenio*. Naciones Unidas en Costa Rica/United Nations in Costa Rica. July 30, 2003. <http://www.nacionesunidas.or.cr/Files/?203&0&8122>
- Olivares Ferreto, Edith. "Migraciones y Políticas Públicas." *Diálogo*. Volume 6, Number 12. October 2002.
- Organización Internacional de Migración (OIM). *Estudio Binacional: Situación Migratoria entre Costa Rica y Nicaragua: Análisis del impacto económico y social para ambos países*. Organización Internacional de Migración (OIM). December 2001.
- Paige, Jeffery M. *Coffee and Power: Revolution and the Rise of Democracy in Central America*. Harvard University Press. 1997.
- "Parlamento nicaragüense condena al gobierno de Costa Rica." *La Prensa* (Honduras). July 7, 1999. <http://www.laprensahn.com/caarc/9907/c07001.htm>
- Patton, Donald L., Dianne L. Rawl, Robert E. Sanchez, and S. Sui-Ying Gantt. *Nicaraguan Resistance: Programs for Repatriation and Resettlement*. United States General Accounting Office Report to Congressional Requesters. GAO/NSIAD-91-234. July 1991.
- Ramirez, Mario A. *Refugee Policy Changes: The Case of Nicaraguans in Costa Rica*. Georgetown Center for Intercultural and Educational Development. January 1990.
- Reding, Andrew. "Voices from Costa Rica: Interviews by Andrew Reding." *World Policy Journal*. Vol. 3, Nº 2. Spring 1986.
- Report of the Special Rapporteur, Ms. Gabriela Rodríguez Pizarro. *Communications sent to the Governments and Replies Received*. Economic and Social Council: Commission on Human Rights. E/CN.4/2003/85/Add.1. January 30, 2003.
- Shriver, Jeff. *More Nicaraguans Face Deportation from Costa Rica*. Nicaragua Network Education Fund. Volume 7, Nº 28. July 13-19, 1999. [http://www.tulane.edu/~libweb/RESTRICTED/NICANEWS/1999\\_0713.txt](http://www.tulane.edu/~libweb/RESTRICTED/NICANEWS/1999_0713.txt)



- "Síntesis Nacional: Vista Nicaragüense." *La Nación*. February 7, 2004. [http://www.nacion.com/ln\\_ee/2004/febrero/07/pais11.html](http://www.nacion.com/ln_ee/2004/febrero/07/pais11.html)
- The Tico Times On-Line. "Costa Rica, Nicaragua Discuss Immigrant Labor Policy." *The Tico Times*. January 22, 2004. [http://www.ticotimes.net/dailyarchive/2004\\_01/Week3/01\\_22\\_04.htm#story3](http://www.ticotimes.net/dailyarchive/2004_01/Week3/01_22_04.htm#story3)
- TicoTimes Online Daily Edition (Costa Rica). "Costa Rica, Nicaragua Discuss Immigrant Labor Policy." January 22, 2004.
- United Nations Department of Public Information (UNDPI). *The United Nations and Human Rights*. February 1996. <http://www.un.org/rights/dpi1774e.htm>
- United Nations Information Service (UNIS). *Training Course on the United Nations Standards and Norms in Crime Prevention and Criminal Justice in Law Enforcement*. June 13, 2003. [http://www.unodc.org/unodc/en/press\\_release\\_2003-06-13\\_1.html](http://www.unodc.org/unodc/en/press_release_2003-06-13_1.html)
- United States Department of State. *Costa Rica: Country Reports on Human Rights Practices-2002*. Bureau of Democracy, Human Rights, and Labor. March 31, 2003. <http://www.state.gov/g/drl/rls/hrpt/2002/18326.htm>
- University of Minnesota Human Rights Library. *Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination: Costa Rica*. April 7, 1999. <http://www1.umn.edu/humanrts/country/costarica1999.html>
- Valverde, Luis. "Nicaragüenses encarnan paradoja social de Costa Rica." *La República* (Costa Rica). January 28, 2004. <http://larepublica.terra.co.cr/news/articulo/html/2004/01/28/rep12686.htm>
- Vargas, Juan Carlos. *Migraciones y migrantes nicaragüenses en Costa Rica: aspectos de un continuo*. Centro Centroamericana de Población. 1999. <http://ccp.ucr.ac.cr/bvp/texto/3/nicasjc.htm>
- Venegas, Ismael. "Nicaragua verá caso de deportaciones." *La Nación*. February 9, 2004. [http://www.nacion.com/ln\\_ee/2004/febrero/09/pais4.html](http://www.nacion.com/ln_ee/2004/febrero/09/pais4.html)
- Villalobos, Carlos A. "Diputados refutan cargos de legisladores de Nicaragua." *La Nación*. February 11, 2004. [http://www.nacion.com/ln\\_ee/2004/febrero/11/pais8.html](http://www.nacion.com/ln_ee/2004/febrero/11/pais8.html)
- Vizcaino, Irene. "País 'selecciona' a los inmigrantes." *La Nación*. December 21, 2003. [http://www.nacion.com/ln\\_ee/2003/diciembre/21/pais10.html](http://www.nacion.com/ln_ee/2003/diciembre/21/pais10.html)
- Witness for Peace. *Inhuman Economies: What CAFTA and free trade agreements REALLY mean for Nicaragua, and the rest of Central America*. Witness for Peace. Accessed: March 27, 2003. <http://www.witnessforpeace.org/pdf/CAFTA%20Fact%20sheet.pdf>



# LOS PUEBLOS INDÍGENAS BRASILEÑOS Y LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

*Fernando Antonio Carvalho Dantas*

## Resumen

El autor critica el poder de las transnacionales, que muchas veces se aprovechan de las ideas originadas en las clases y grupos subordinados, sin respetar los derechos de propiedad intelectual. Advierte sobre la dimensión imperial de las posturas estadounidenses, que buscan imponer o infiltrar sus leyes y patentes por medio de los acuerdos de libre comercio y elementos de ese "derecho imperial". Toma como principal ejemplo para el análisis, la situación de los pueblos indígenas en Brasil, mostrando como las transnacionales se aprovechan de sus conocimientos, robándoles ese saber. Esas empresas dejan únicamente los desechos y los sobros de las aplicaciones en el país de origen.

The author criticizes the power of Transnational Corporations, which in many instances take advantage of original ideas of subordinated classes and social groups, disrespecting their intellectual property rights. He warns against the imperial dimensions of the positions adopted by the United States, which impose or infiltrate its national laws and patents, employing free trade agreements and components of that "imperial law". The main example used in the analysis is the situation of the indigenous peoples of Brazil, showing how the transnational corporations take advantage of their knowledge, stealing such wisdom. Those companies only leave in the original countries, but what may be discarded or considered garbage.



## Introducción

"Cuando los conquistadores españoles invadieron el imperio Azteca, en América Central, en 1518, encontraron prostitutas que mascaban un tipo de goma, descubierta centenares de años antes por los Mayas, en el sur de México. Ellos percibieron que el *chicle* —un líquido grueso y lechoso que salía de los cortes hechos en el árbol *sapdilla* y que después se endurecía en forma de goma— era extremadamente sabroso. La goma de mascar fue preservada por los habitantes de las florestas de México y de América Central hasta ser descubierta en los Estados Unidos por el fotógrafo Thomas Adams Jr., el año 1870. Él era vecino del dictador mexicano Antonio López de Santa Ana, exilado en Nueva York un año antes, junto con su secretario, Rudolf Napegy. López aliviaba las tensiones de su exilio forzado mascando pedazos de *chicle*. Napegy presentó la novedad para su amigo Adams. Algunos días después, Adams estaba en una farmacia y había oído a una señorita pedir una tableta de cera parafinada para mascar. Fue entonces cuando tuvo una idea. Después de innumerables tentativas, Adams añadió alcazuz al producto y lo bautizó con el nombre de *Black Jack*. Hizo el *chicle* en forma de pequeñas bolas, empaquetándolas en cajas y fue a ofrecerlo en unos establecimientos de Nueva Jersey en 1872. Ocho años después, una industria de Cleveland lanzó un *chicle* transformándose en uno de los sabores preferidos: hierbabuena. En la misma década, Adams creó máquinas automáticas para vender *chicle* en plataformas de estaciones de tren y surgió por entonces el sabor de *tutti-fruti*<sup>1</sup>.

Este texto, divulgado en forma amplia como paradigma de marcas y productos mundialmente afamados y conocidos, ilustra muy bien el tema que será abordado en el presente trabajo: *La propiedad intelectual y los derechos de los pueblos*. Se puede empezar por algunas cuestiones de carácter histórico, social, político, económico y jurídico, que imprescindiblemente serán planteadas, pues los procesos colonialistas —siempre repetidos y renovados— se sitúan en el foco de cualquier discusión acerca del derecho, sea éste el occidental moderno o el derecho de los pueblos, ambos caracterizados, respectivamente, por los binomios dominante/universalizante y

dominado/particular-instituyente, frente al caparazón jurídico y formal de las sociedades modernas, y que se pretende hegemónico en el mundo contemporáneo.

Enseguida se intentará demostrar cómo a lo largo de la historia —entendida como método que permite conocer, transmitir, difundir y, consecuentemente, evaluar los orígenes, tradiciones, costumbres de los pueblos<sup>2</sup> y sus instituciones—, los modelos de sociedades (organizadas en estados), de economía (triumfalmente laureada como sólo capitalista después de la caída del muro de Berlín), de conocimiento (estructurado en formas y fórmulas científicas) y de derecho (monista y formalizado), paradójicamente, además de excluir y ocultar toda y cualquier diferencia, se apropiaron, de manera constante, de determinados elementos que les parecían relevantes,

<sup>1</sup> Marcelo Duarte, *O livro das invenções*, Cia das Letras, São Paulo, 2001, p. 318. Para informar al lector, juntamente con el *chicle* Adams, el autor hace referencia a marcas igualmente famosas en Brasil como: *Toddy*, *Yacult*, *Alka Setzer*, *Aspirina*, *Bic*, entre otras.

<sup>2</sup> Ruy Tapioca, *A República dos bugres*, Rocco, Rio de Janeiro, 1999, p. 209.



reelaborándolos y traduciéndolos en formas y fórmulas culturales dominantes<sup>3</sup>.

Para los contornos del presente estudio, tomaremos como aspectos relevantes la biodiversidad, el patrimonio genético y el conocimiento tradicional colectivo de los pueblos indígenas y de las comunidades locales sudamericanas, especialmente las brasileñas —de carácter genérico—, con vistas a situarlos delante de las cada vez más intensas embestidas de mercantilización del patrimonio genético y del conocimiento tradicional comunitario, defendidas e impuestas por las políticas neoliberales del proceso de globalización, a través del llamado "padronamiento" de los regímenes de propiedad intelectual.

Cómo los ámbitos de problematización fueron previamente delimitados en el campo del derecho y sus necesarias relaciones interdisciplinarias —evidentemente que sin carácter limitativo—, el abordaje será guiado con la intención de proporcionar insumos para la discusión principalmente en lo que concierne a la paradójica complejidad que encierra la formalización de los derechos de patente (creación/producción intelectual) y los derechos personales, derechos patrimoniales y derechos humanos; su origen individual o colectivo; posibilidades de acceso privado o público; modalidades de protección interna (local/nacional) y/o externa (global/internacional); los beneficios que advienen del acceso; y, por último, si son posibles otras formas alternativas y conceptuales de sistematización y aplicación de las creaciones y producciones intelectuales. Todas esas cuestiones están relacionadas con el derecho de los

pueblos (sociedades simples o complejas) que no son integrantes del selecto grupo de países desarrollados.

En ese sentido, es importante subrayar, desde ya, que la cuestión de la creación/producción intelectual de los pueblos, en el contexto actual, no se puede apartar de las perspectivas comerciales y de la información que "parecen" haber tomado al asalto todas las esquinas del mundo, hasta tal punto que una práctica social y cultural de salud y curativa de un pueblo lejano, de repente, puede tomarse objeto de codicia mercantil y ser, según los padrones internacionales de registro de patentes de invenciones y otras formas de propiedad intelectual, adueñadas por las grandes empresas multinacionales. Este es el interés de los países desarrollados, como por ejemplo, los EE. UU., según señala Benjamin Coriat, quien afirma que la política de ese país, de infiltración de sus propias leyes de propiedad intelectual en los acuerdos bilaterales y multilaterales de comercio<sup>4</sup>, refleja el predominio y el mantenimiento del abismo tecnológico entre países desarrollados y en desarrollo.

Además, el mismo autor, en una entrevista publicada en un periódico de alcance nacional, advierte acerca de la dimensión imperial de las posturas estadounidenses en relación con la infiltración de sus leyes de patentes en los acuerdos de comercio, las cuales denomina de "derecho imperial". El objetivo estadounidense, según el profesor de la Universidad de París XVIII, es reservar el "uso exclusivo del

<sup>3</sup> Carlo Ginzburg, *Olhos de Madeira: nove reflexões sobre a distância*, Companhia das Letras, São Paulo, 2001.

<sup>4</sup> Benjamin Coriat, *The new global intellectual property rights regime and its imperial dimension: implications for "north/south" relations*. Seminario Internacional "Novos Rumos do Desenvolvimento", BNDES, Rio de Janeiro, Septiembre 2002.



nuevo conocimiento para beneficio de las grandes firmas multinacionales<sup>5</sup>.

Es así que las reflexiones acerca de los derechos de propiedad intelectual de los pueblos indígenas y de las comunidades locales hallarán en el conflicto individual/colectivo, privado/público, comercio/indisponibilidad, primitivo/alternativo, la dialéctica necesaria para el abordaje de un tema tan complejo como actual, iniciándose con la característica primordial e inalcanzable de las culturas indígenas como es la relación/contraposición hombre/naturaleza, espacio/vida.

### 1. Derechos indígenas: pueblos, territorios y reconocimiento

Los pueblos indígenas en Brasil hoy suman una población aproximada de 350 mil personas, distribuidas en 215 etnias conocidas, que hablan 170 lenguas distintas y ocupan 563 territorios indígenas<sup>6</sup>. Viviendo por todo el territorio nacional, la más grande concentración demográfica y de poblaciones indígenas se ubica sobre todo en la Amazonía legal<sup>7</sup>, región considerada como última frontera de ocupación y explo-

ración del país y, evidentemente donde, en cierta manera, la naturaleza se mantiene preservada.

Tres motivos parecen contribuir a esto: en primer lugar, el ambiente propicio, ecológicamente equilibrado; en segundo lugar, el proceso de ocupación y desarrollo del país, que sólo ha alcanzado la región amazónica en el final de la década de los setenta, y durante la década de los setenta, con la euforia de los gobiernos militares del llamado milagro económico; y tercero, el cambio en el sentido común acerca de las sociedades indígenas, por medio de la divulgación e incremento de los estudios de etnología y antropología, con la consecuente organización de los propios indígenas y de la sociedad civil en defensa de los derechos de las poblaciones indígenas.

Las regiones Sur, la zona meridional de las provincias de Mato Grosso y Goiás, presentan grandes concentraciones de poblaciones indígenas, quedándose el Sudeste y el Nordeste de Brasil, por cuestiones históricas que remiten a un análisis más profundo del proceso de colonización y ocupación del país, con un número más reducido.

Al considerar que las cantidades estimadas de la población indígena brasileña, en la época de la conquista, dan cuenta de más de dos millones de personas, el descenso poblacional que las ha reducido a la suma actual, se debe sobre todo a varios factores genocidas y etnocidas, como son, entre otros: las guerras, las enfermedades, las masacres y la expropiación territorial. El principal objetivo era el exterminio y el aplastamiento de los pueblos indígenas de los territorios que la Corona portuguesa y, posteriormente el Estado brasileño, pretendían ocupar<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Benjamin Coriat, "Direito imperial made in usa". Entrevista concedida a William Salazar. *Revista Carta Capital: Política, Economia e Cultura*, Ano IX, nº 208, São Paulo, 2002, pp. 40-41.

<sup>6</sup> Fany Pantaleoni Ricardo y Márcio Santilli, "Terras indígenas no Brasil: um balanço da era Jobim", *Documentos do ISA*, nº 003, São Paulo, 1997, p. 31. Los datos actualizados fueron recogidos de la página web de la Fundação Nacional do Índio [www.funai.gov.br](http://www.funai.gov.br) en 23.04.2003.

<sup>7</sup> La Amazonía legal, para efectos de estudio, es la región que comprende todo el Norte del país con los estados de Rondônia, Acre, Amazonas, Pará, Roraima y Amapá, parte del Centro Este con el norte de Goiás y Mato Grosso y extremo occidente de Nordeste con el estado de Maranhão.

<sup>8</sup> Berta Ribeiro, *O índio na história do Brasil*, Global Editora, São Paulo, 1987. La misma clasificación se puede encontrar



En ese sentido, es necesario contextualizar los períodos históricos de la ocupación del país, lo que entonces implica demostrar los intereses económicos definidores de los modelos de ocupación, basados en la propiedad privada y en la explotación de los recursos naturales que pueden ser representados, según la obra de Berta Ribeiro, en tres frentes de expansión: de extracción, agropastoril y la última frontera<sup>9</sup>.

En el período de Brasil Colonia, el interés de la Corona portuguesa en explotar los recursos naturales de las tierras conquistadas básicamente abarcaba la extracción vegetal y mineral, aliada al proyecto político de ocupación territorial, con la intención de consolidar el dominio sobre lo que consideraba sus tierras por derecho de descubrimiento.

El proceso de ocupación iniciado por la costa, con la tala de inmensos bosques de pau-brasil (*Caesalpinia echinata*), propició el encuentro fatal con el pueblo Tupinambá, que prácticamente ha desaparecido de su vasto territorio del litoral, comprendido entre las provincias de Río de Janeiro y Pará. Debido a la escasez de los recursos vegetales, se pasó a la embestida agrícola en la región más interior, con el establecimiento de las plantaciones de caña de azúcar para abastecer los ingenios de azúcar y la implantación de los *corrales*<sup>10</sup> en los interiores del *sertão*<sup>11</sup> del

Nordeste, siendo la principal empresa la Casa de la Torre, subsidiaria de la Compañía de las Indias Occidentales.

Seguidamente, todavía en el período colonial, la extracción de mineral configura un nuevo frente expansionista que afecta a los *sertões* de la provincia de Minas Gerais, en la búsqueda de yacimientos de oro y piedras preciosas. Partiendo de la provincia de São Paulo, los *bandeirantes* abrieron el camino para la implementación de las haciendas de creación de ganado y las empresas cafeteras en la región Sudeste, expulsando a los pueblos indígenas que encontraban, y cuando no, exterminándolos en guerras. A costa de mucha sangre —y esto no como fuerza de expresión!—, el aplastamiento de los pueblos indígenas de los territorios inmemorialmente ocupados fue inevitable.

En esa época, con el pretexto de legítimar la declaración de guerra a los pueblos indígenas, el Reino portugués, a través de la Carta Regia del 9 de septiembre de 1718, declaraba que los indígenas "...son libres y exentos de mi jurisdicción, y no se les puede obligar a salirse de sus tierras para adoptar un modo de vida que no sea del agrado de ellos"<sup>12</sup>.

A mediados del siglo XIX y comienzos del siglo XX, ya en el período político de transición del Imperio hacia la República, la Amazonía despunta con un incommensurable potencial extractivo, teniendo en el caucho (*Hevea brasiliensis*) a su principal producto. Las empresas chaucheras, presionadas por la demanda de materia prima para la fabricación de neumáticos, intensifican la búsqueda de caucho adentrándose por regiones lejanas y afectando

en Eduardo Galvao, Egon Schaden, Roberto Cardoso de Oliveira y Darcy Ribeiro, entre otros autores.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>10</sup> Haciendas de creación de ganado, según Frederico Bezerra Maciel. (Frederico Bezerra Maciel, *Lampião seu tempo e seu reinado*, Vol. I., Vozes, Petrópolis, 1985).

<sup>11</sup> Floresta, bosque o selva apartada de la costa (NT).

<sup>12</sup> Maria Manuela Carneiro da Cunha, *Os direitos do índio*, Editora Brasiliense, São Paulo, 1987, p. 61.



a pueblos indígenas hasta entonces desconocidos.

La promulgación de la República y el establecimiento del Estado Federativo Brasileño implementaron una nueva política integracionista, basada en los principios positivistas y teniendo como ideario geopolítico la ocupación y la definición de las fronteras y los límites territoriales del país. En ese período, con el establecimiento de las líneas telegráficas y de los ferrocarriles, que permitían interconectar las regiones más distantes con el poder central, surge la *Comissão Rondon* que realizó contacto con diversos pueblos indígenas de Brasil central.

A lo largo de las últimas décadas del siglo pasado, los pueblos indígenas se encontraron con las acometidas de los mineros (*garimpeiros*), las empresas de minería y madereras y las construcciones de carreteras e hidroeléctricas, entre tantos otros emprendimientos económicos que, siguiendo la histórica estrategia de explotación económica de los recursos naturales del país, desconsideraban y no tenían en cuenta la presencia y el dominio territorial de las sociedades indígenas.

En la actualidad, una nueva ola de explotación se avecina, esta vez engendrada por la política económica global, principalmente en lo que concierne a la bioprospección, tendente a la correspondiente utilización del patrimonio genético y de los conocimientos tradicionales asociados de los pueblos indígenas en función de la escala comercial. Esta última ola será el principal foco a seguir, y será presentado, no sin antes delinear algunas características relativas al espacio de desarrollo de las acciones y prácticas de la vida indígena.

## 2. Las tierras indígenas: espacios de vida concreta

Las primeras cuestiones que surgen cuando se habla de los pueblos indígenas y sus derechos es saber qué son y en qué consisten los espacios de dominio indígenas. Las respuestas son complejas y, sin embargo, envuelven las nociones de "territorio" y de "tierra", cuya conceptualización remite a categorías jurídicamente antagónicas.

Según Carlos Frederico Marés de Souza Filho, "tierra" se refiere a la "propiedad" individual, por lo tanto, es un concepto eminentemente civilista, privado; en cuanto a "territorio", hace mención a la jurisdicción de un espacio geográfico, evidenciando su carácter colectivo, público. Sobre el concepto jurídico de territorio, se enfatiza la clásica postura que lo sitúa como uno de los elementos que forman el Estado, junto con el pueblo y el gobierno. De esta manera, el territorio define los límites físicos del poder del Estado, lo que vale decir: jurisdicción y soberanía<sup>13</sup>.

La tierra es para los pueblos indígenas, "espacio de vida y libertad"<sup>14</sup>. El espacio entendido como lugar de realización de la cultura. Las sociedades humanas y, en este caso, las sociedades indígenas, construyen sus conocimientos a partir de cosmologías propias, elaboradas colectivamente con base en las experiencias sociales, lo que demuestra visiones de mundo no compatibles con el modelo individualista occidental.

En la lección de Kimiye Tomasino, "cada sociedad elabora su concepción de tiempo y de espacio conforme a su visión

<sup>13</sup> Carlos Frederico Marés de Souza Filho, *O renascer dos povos para o Direito*, Juruá, Curitiba, 1998, p. 131.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 130.



de mundo, la cual también orienta sus prácticas y relaciones sociales y simbólicas con la naturaleza y entre sí<sup>15</sup>. Esto equivale a decir que la construcción del territorio y de la persona se relacionan en un complejo de significados producidos socialmente.

Por lo tanto, para responder a la indagación inicial es imprescindible tener en cuenta algunos presupuestos que diferencian conceptualmente los espacios/tierras indígenas de las nociones estancas de tierra y territorio delineadas antes. En primer lugar, la tierra indígena, en cuanto espacio vital y necesario para el *hábitat* de un pueblo, representa el medio de supervivencia física y cultural; en segundo lugar, las relaciones que ese pueblo establece con el espacio las constituyen como la base de su organización social. El espacio de la subsistencia, donde se practican las actividades de agricultura, caza, pesca y colecta, según el modo de utilización de cada pueblo. Este espacio se vincula, consecuentemente, con las formas simbólicas que orientan la cultura.

La conjunción de los elementos naturales y culturales en la construcción de los espacios habitados por las sociedades indígenas pone en evidencia el concepto de territorio como el más adecuado para su definición, pues, los modos de utilización y de ocupación, según los usos, costumbres y tradiciones los particulariza, conforme teoriza Alcida Rita Ramos:

*Para estas sociedades la tierra es muchísimo más que un simple medio de subsistencia: ella representa el soporte de la vida social y está*

<sup>15</sup> Kimiye Tomasino, *Os Kaingang da Bacia do Tibagi e suas relações com as terras baixas*, Relatório parcial de pesquisa sem maiores dados, Londrina [s. n.] 1998, p. 6.

*directamente unida al sistema de creencias y de conocimiento. No es apenas un recurso natural, sino sobre todo un recurso socio-cultural tan importante como aquel<sup>16</sup>.*

La Constitución Federal brasileña de 1988, en el § 1º del Art. 231, define la categoría jurídica en que consisten las tierras indígenas, como aquéllas tradicionalmente ocupadas por los indígenas, habitadas en manera permanente, utilizadas para sus actividades productivas, imprescindibles para la preservación de los recursos ambientales necesarios para su bienestar, y necesarias para la reproducción física y cultural, según sus usos, costumbres y tradiciones<sup>17</sup>.

Así, se puede señalar que, a partir de los presupuestos constitucionales, las tierras indígenas son aquéllas habitadas por los pueblos indígenas, en cuanto espacio de vida adecuado a sus peculiaridades culturales e imprescindibles para su reproducción física y cultural.

Invirtiendo el orden de los presupuestos anunciados, se configuran los

<sup>16</sup> Alcida Rita Ramos. "Sociedades Indígenas". Apud: Tomasino, *Os Kaingang... op. cit.*, p. 6. (Texto original: "Para essas sociedades a terra é muito mais do que simples meio de subsistência: ela representa o suporte da vida social e está diretamente ligada ao sistema de crenças e conhecimento. Não é apenas um recurso natural, mas - e tão importante quanto este - um recurso sócio cultural").

<sup>17</sup> Brasil, *Constituição da República Federativa do Brasil*. "Art. 231 (...) § 1º. São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições".



territorios indígenas, no la tierra, porque están orientados por el evidente principio que encierra la disposición constitucional en la cual la ocupación indígena es definida a partir de los usos, costumbres y tradiciones de cada pueblo. En ese sentido, de Souza Filho afirma que los usos, costumbres y tradiciones "quiere decir derecho, y sobre todo, derecho consuetudinario indígena"<sup>18</sup>.

De esta manera, la Constitución reconoce la ocupación tradicional, o sea, las formas de uso que cada cultura indígena emplea al definir el territorio como construcción social, base física para la realización de la cultura, conforme ya fue afirmado anteriormente, y tal como, para citar un ejemplo más, el pueblo *Guarani-Mbyá*, habitante de la vasta región de Brasil meridional la concibe: espacio, lugar que posibilita la vida social, con características ecológicas, históricas y míticas relacionadas con el modo de ser *guarani*.

La tradición de la ocupación indígena, referida en la Constitución Federal, no se relaciona con la noción de tiempo lineal como parece suponerse, sino con el modo tradicional de ocupación indígena, según la cultura de cada grupo. Este es el sentido de José Afonso da Silva:

*Lo "tradicional" no se refiere a una circunstancia temporal, sino al modo tradicional de ocupación y utilización de las tierras por parte de los indígenas y al modo tradicional de producción, es decir, la manera tradicional que ellos tienen de relacionarse con la tierra, ya que*

<sup>18</sup> Carlos Frederico Marés de Souza Filho, *op. cit.*, p. 134. (Texto original: "quer dizer direito, e, mais, direito consuetudinário indígena").

*existen comunidades más estables, otras menos estables, y las que tienen espacios más amplios en los cuales se dislocan, etc. Sin embargo, comentar que todo se realiza según sus usos, costumbres y tradiciones*<sup>19</sup>.

Anteriormente a la Constitución de 1988, el Estatuto del Indígena ya reconocía la *tradicón* como forma de ocupación indígena sobre las tierras, razón por la que, en este aspecto específico, fue recogido por el nuevo orden constitucional<sup>20</sup>. El Estatuto las clasifica en tres categorías: tierras ocupadas, áreas reservadas y tierras de dominio indígena<sup>21</sup>.

Las *tierras ocupadas* son aquellas habitadas permanentemente por los indígenas según sus usos, costumbres y tradiciones, sobre las cuales tienen la posesión y el usufructo exclusivo de las riquezas naturales, además de todas las utilidades en ellas existentes. Los derechos de los indígenas sobre las tierras ocupadas no dependen de su demarcación.

<sup>19</sup> José Afonso da Silva. "Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios". En Juliana Sartilli (org.), *Os direitos indígenas e a Constituição*, NDI-Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1993, p. 45. (Texto original: "O tradicionalmente refere-se não a uma circunstância temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, outras menos estáveis, e as que têm espaços mais amplos em que se deslocam etc. Daí dizer-se que tudo se realiza segundo seus usos costumes e tradições").

<sup>20</sup> Carlos Frederico Marés de Souza Filho, *op. cit.*, p. 142.

<sup>21</sup> Brasil, Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973. (Estatuto do Índio).



Por áreas reservadas se entiende aquéllas que la Unión pueda establecer en cualquier parte del territorio nacional, y que estén destinadas a la ocupación por parte de los indígenas. Estas áreas son las que siguen: reserva indígena; parque indígena; colonia agrícola indígena y territorio federal indígena.

Las tierras de dominio indígena son aquéllas de propiedad plena del indígena o de la comunidad indígena, obtenidas por cualesquiera de las formas de adquisición recogidas en la legislación civil.

Debido al análisis de estas categorías, se percibe que el concepto de tierras ocupadas se identifica con el principio constitucional, al estar basadas en la tradición de la ocupación. Además, toda la legislación indigenista debe ser interpretada a partir de los principios consagrados en la Constitución y, de este modo, dar efectividad a las garantías consagradas en la nueva Carta Política.

La tradición y las características especiales de la ocupación, relacionadas con la naturaleza de los bienes de la Unión, implican la inalienabilidad, la indisponibilidad y la imprescriptibilidad de los derechos originarios de los indígenas a las tierras, además de la nulidad absoluta de los títulos que en su acaso, incidan sobre el dominio, la ocupación o la posesión indígenas, así como sobre la explotación de los recursos en ellas existentes.

Más allá de esas consecuencias, la Constitución garantiza a los pueblos indígenas otros derechos relacionados con las tierras como: la posesión permanente, el usufructo exclusivo de las riquezas naturales, el impedimento de la remoción de los lugares donde habitan, la obligatoriedad de consultar a los grupos acerca de la explotación, por terceros, de los recursos natu-

rales, así como la garantía de la participación en los resultados.

Los fundamentos jurídicos de las tierras indígenas, en cuanto derecho constitucionalmente garantizado, rubricaron la historia constitucional brasileña a partir de la Constitución de 1934. Entretanto, el reconocimiento de esos derechos en cuanto originarios ha sido reflejado por la Constitución de 1988, que ha consagrado la tesis de João Mendes Júnior, según la cual los derechos indígenas acerca de las tierras configuran "derechos congénitos", o sea, derechos históricos que preceden a la creación del Estado<sup>22</sup>.

La formulación teórica de ese concepto por el jurista João Mendes Júnior, en el inicio del siglo pasado, tiene como base el *indigenato* consagrado en la Resolución de 1º de abril de 1680, que ha declarado de modo proteccionista, la salvaguarda de los derechos indígenas que no podrán ser afectados por la concesión de tierras (*sesmarias*), y justifica esa protección en el hecho de ser los indígenas "primarios y naturales señores de sus tierras"<sup>23</sup>.

El *indigenato* como fuente primaria y congénita de posesión territorial, según José Afonso da Silva, "es legítimo de por sí, pues no se confunde con la ocupación, con la mera posesión. El *indigenato* es un derecho congénito, en cuanto que la ocupación es derecho adquirido"<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> João Mendes Júnior, *Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos*, Edição Fac-similar, Typ. Hennies Irmãos, São Paulo, 1912.

<sup>23</sup> Cameiro da Cunha, *Os direitos...*, op. cit., p. 59.

<sup>24</sup> José Afonso da Silva, "Auto-aplicabilidade do Art. 189 da Constituição Federal de 1969". En *Boletim Jurídico da Comissão Pró-Índio de São Paulo*. Ano I, nº 3, 1984, p. 4. (Texto original: "é legítimo por si, pois não se confunde com a ocupação,



Las tierras indígenas, originariamente apropiadas como prescribe la Constitución, y declaradas<sup>25</sup> como bienes de la Unión siendo, por lo tanto, bienes públicos, no se rigen por las reglas del derecho privado, ni tampoco pueden ser enclaustradas en los estrictos conceptos de posesión y propiedad formulados por el derecho privado clásico. Esa particularidad hace que Carlos Frederico Marés de Souza Filho concluya que "no son propiedad". Constituyen otro modo de apropiación, colectivo, marcado por la cultura, el espacio de libertad y las prácticas sociales de un pueblo, por tanto, es distinto del concepto de privado<sup>26</sup>.

En otro orden de cosas, José Afonso da Silva entiende que el otorgamiento constitucional de esos bienes a la Unión manifiesta la protección de las tierras indígenas y se vincula con la efectividad de los derechos indígenas, pues cuando la Constitución declara:

*Que son bienes de la Unión las tierras tradicionalmente ocupadas por los indígenas, se está creando en este caso una propiedad vinculada o una propiedad reservada con el fin de garantizar los derechos de los indígenas sobre las mismas*<sup>27</sup>.

*com a mera posse. O indigenato é direito congénito, enquanto que a ocupação é direito adquirido*".

<sup>25</sup> Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil*. "Art. 20 - São bens da União: (...) XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos Índios".

<sup>26</sup> Carlos Frederico Marés de Souza Filho, *op. cit.*, p. 131.

<sup>27</sup> José Afonso da Silva, *op. cit.*, p. 46. (Texto original: "Que são bens da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, ou seja, cria-se aí uma propriedade vinculada ou uma propriedade reservada com o fim de garantir os direitos dos índios sobre elas").

El destino y la asignación constitucional de las tierras indígenas para la posesión permanente y la habitación permanente de los indígenas, al igual que en el ejemplo del concepto de tradición explicado anteriormente, no se confunden con la efectividad de la posesión entendida como utilización económica del predio, en cuanto instituto regulado por el derecho civil.

La posesión indígena es específica, y sus contornos son determinados por el principio que impone el modo indígena de utilización del territorio fundado en los usos, las costumbres y las tradiciones. Según José Afonso da Silva:

*[...] cuando la Constitución declara que las tierras tradicionalmente ocupadas por los indígenas se destinan a su posesión permanente, eso no significa un presupuesto del pasado como ocupación efectiva, sino especialmente una garantía para el futuro, en el sentido de que estas tierras inalienables e indisponibles son destinadas, para siempre, a su hábitat. Si se destinan (destinar significa apuntar para el futuro) a la posesión permanente, es porque un derecho sobre ellas preexiste a la posesión misma, y es el derecho originario [...]*<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> José Afonso da Silva, *op. cit.*, p. 50. (Texto original: "[...] quando a Constituição declara que as terras tradicionalmente ocupadas pelos Índios se destinam a sua posse permanente, isso não significa um pressuposto do passado como ocupação efetiva, mas, especialmente uma garantia para o futuro, no sentido de que essas terras inalienáveis e indisponíveis são destinadas, para sempre, ao seu habitat. Se se destinam (destinar significa apontar para o futuro) à posse permanente, é porque um direito sobre elas preexiste à posse mesma, é o direito originário [...]").



De esta forma, la posesión civilista en cuanto poder de hecho acerca de la cosa, con el ánimo de tenerla como si fuera dueño, configura una categoría jurídica en la cual las tierras indígenas no se encuadran. La posesión indígena, tal como se vio, se refiere al *hábitat* de un pueblo, es posesión colectiva. Para las sociedades indígenas, la posesión se desarrolla en relación con el modo de vida singular y con las prácticas sociales de cada pueblo, en cuanto utilización del espacio para su reproducción física y cultural.

Esos espacios, altamente simbolizados, comprenden los lugares de localización de las aldeas, lugares de caza y de recolección, lugares sagrados y, por lo tanto, el territorio de realización de la cultura.

Por fin, el derecho de los pueblos indígenas a la tierra, por ser originario, no depende de su delimitación, como se denota en el texto constitucional. Entretanto, para garantizar la efectividad de estos derechos, la propia Constitución exigió a la Unión el deber de demarcar, proteger y hacer respetar todos los bienes de las sociedades indígenas.

En el plano jurídico internacional, la protección de las tierras indígenas encuentra su fundamento en las regulaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). La Convención 169 dispone en los artículos 13 al 19, las formas de garantías y los conceptos aplicables a estas tierras<sup>29</sup>.

La garantía de los derechos indígenas sobre la tierra y sus recursos naturales del suelo y subsuelo, sobre el patrimonio genético y el conocimiento tradicional asociado, así como la libertad de autodeterminación en el gobierno de estos bienes a

<sup>29</sup> Organización Internacional del Trabajo (OIT). Convención 169 sobre povos indígenas e tribais em países independentes. Aprobada el 7 de junio de 1989.

partir de prácticas sociales específicamente indígenas, con el apoyo del Estado, de otros pueblos y de organismos internacionales, sin burocracias externas, tutelas e imposiciones, constituyen la posibilidad de construir un espacio nacional pluralizado, nuevo, basado en el diálogo intercultural. En el sentido dado por Rigoberta Menchú:

*...esta nueva forma de relación entre las culturas se debe sustentar en el reconocimiento y respeto de los derechos de todos los pueblos; en el reconocimiento de la multiculturalidad mundial y nacional, de tal manera que contribuya a la construcción de naciones pluriétnicas, multiculturales y plurilingües<sup>30</sup>.*

El reconocimiento formal de las diferencias que configuran los pueblos indígenas, en todas sus formas, de la persona y de las sociedades junto al modo de apropiación de la tierra, de los recursos naturales y del conocimiento, como ya indicamos, requiere efectividad, mudanzas en las instituciones políticas, para la construcción de un Estado realmente democrático, pluralista y multiétnico. El papel de los pueblos indígenas en ese designio, en sus luchas cotidianas por la supervivencia, por el derecho a la identidad y a la participación política, como destaca Marcos Roitman Rosenmann, desde sus realidades, reformula la "utopía viable de una América nueva"<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> Rigoberta Menchú Tum, "La construcción de naciones nuevas: una urgencia impostergable". En V. Alta, D. Iturralde y López-Bassols, *Pueblos Indígenas y Estado en América Latina*, Editorial Abya-Yala, Quito, 1998, p. 41.

<sup>31</sup> Marcos Roitman Rosenmann, *América Latina en el proceso de globalización. Los límites de sus proyectos*, UNAM, México, 1994, p. 55.



Retomando el aspecto constitucional del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas brasileños, acerca de sus tierras y de los bienes en ellas existentes, es imperiosa la afirmación de que estos derechos contemplan el patrimonio genético y el conocimiento tradicional asociado a estos espacios. Como la base de la construcción del conocimiento indígena acerca del medio reside en una tarea colectiva, basada en los usos, costumbres y tradiciones, el conocimiento producido no pertenece a un individuo, sino a toda la comunidad. De esta manera, la inadecuación de los sistemas formales de registro, explotación y protección de los derechos intelectuales, es evidente, dado que estos derechos, en su origen, son caracterizados por el individualismo propietario.

### 3. El conocimiento tradicional indígena y el secular proceso de domesticación de la naturaleza

Los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas están vinculados al medio, al espacio territorial del desarrollo de la vida y de la cultura de cada pueblo. Según Cristiane Derani,

*...el conocimiento tradicional asociado es conocimiento de la naturaleza, oriundo de la contraposición sujeto-objeto sin la mediación de instrumentos de medida y sustancias aisladas traducidas en códigos y fórmulas. Es oriundo de la vivencia y de la experiencia, construido en un tiempo que no es controlado por la máquina de la eficiencia y de la propiedad privada, pero cuyos resultados pueden ser traducidos en mercancía generadora de grandes*

*lucros y tomados como recursos de la producción mercantil*<sup>32</sup>.

Las sociedades indígenas y sus formas colectivas de pensar el mundo y el medio en que viven fueron ampliamente estudiadas por Claude Lévi-Strauss, que denominó esa articulación de ideas "pensamiento salvaje", en el cual ha encontrado una lógica, un conocimiento objetivo de las relaciones del hombre con el medio y entre sí. El pensar indígena según el autor y, por el contrario a las posiciones meramente funcionalistas, no se motiva sólo en las estrategias de satisfacción de las necesidades<sup>33</sup>.

Esa lógica del pensar indígena coloca los conocimientos oriundos de ese pensar en el mismo nivel de importancia del conocimiento científico. Tanto desde el punto de vista valorativo como desde el punto de vista descriptivo, porque sigue complejos procedimientos informales de estructuración que difieren de la ciencia clásica por el hecho de poseer dimensiones colectivas y ser compartidos en su origen y,

<sup>32</sup> Cristiane Derani, "Patrimônio genético e conhecimento tradicional associado: considerações jurídicas sobre seu acesso". En André Lima (org.), *O direito para o Brasil socioambiental*, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2002, p. 155. (Texto original: "o conhecimento tradicional associado é conhecimento da natureza, oriundo da contraposição sujeito-objeto sem a mediação de instrumentos de medida e substâncias isoladas traduzidas em códigos e fórmulas. É oriundo da vivência e da experiência, construído num tempo que não é aceito pela máquina da eficiência e da propriedade privada, mas cujos resultados podem vir a ser traduzidos em mercadoria geradora de grandes lucros, quando tomados como recursos da produção mercantil").

<sup>33</sup> Claude Lévi-Strauss, *O pensamento selvagem*, Edusp, São Paulo, 1970.



además, porque no adoptan mecanismos y reglas universales de sistematización. La confrontación del ser humano con el medio (sujeto-objeto), matizada por las aportaciones mágicas y simbólicas, siempre presentes en la formulación del conocimiento tradicional, da cuenta de la compleja e histórica experiencia de vida, contextualizada a cada realidad específica. Esos atributos conforman lo que Edgar Morin considera una nueva configuración del conocimiento científico, basada en la transdisciplinariedad. El mismo autor afirma: "solamente la razón abierta, capaz de trabajar con lo irracional, sabrá vencer el desafío de la complejidad"<sup>34</sup>. La complejidad es característica de la organización social de las sociedades indígenas.

Ratificando esta concepción, Darrel Posey afirma después de largos estudios acerca de la cultura y el conocimiento tradicional asociado al patrimonio genético del pueblo *Mebêngôkre*, conocido como *Kayapó*, que ese conocimiento "es un sistema integrado de creencias y prácticas. Existe mucha información compartida en una aldea *Mebêngôkre*, a pesar de haber, también, muchos especialistas"<sup>35</sup>.

El conocimiento construido y acumulado por el pueblo *Kayapó*, que realiza hoy el comercio justo con la multinacional inglesa *Body Shop*<sup>36</sup>, es uno de los factores que ha permitido su supervivencia física y cultural. No obstante, no es solamente privilegio de éstos. Continúa señalando Darrel Posey:

<sup>34</sup> Edgar Morin, *Introduction à la pensée complexe*, ESF, París, 1990.

<sup>35</sup> Darrel Posey, *A ciência dos Mebêngôkre: alternativas contra a destruição*, Museu Paraense Emílio Goeldi - MPEG/CNPq, Belém, 1989, p. 12.

<sup>36</sup> Anita Roddick, *Meu jeito de fazer negócios*, Editora Negócios, São Paulo, 2002. También en: <http://www.bodyshop.com>

*...los indígenas sobrevivieron en la Amazonía por milenios. Su conocimiento de ecosistemas, las relaciones planta-hombre-animales y la manipulación de los recursos naturales se desarrollaron a través de incontables generaciones, fruto de tentativas y de experiencias acumuladas.*

Y prosigue:

*...las culturas indígenas ofrecen una fuente rica e inaprovechada de informaciones acerca de los recursos naturales de la cuenca amazónica. Si el conocimiento indígena puede ser transmutado en know how tecnológico moderno, se habrá descubierto, entonces, un nuevo camino para el desarrollo ecológicamente sano de la Amazonía.*

En ese mismo sentido, Berta Ribeiro ha coordinado la publicación del más grande acervo de documentos científicos sobre el conocimiento de los pueblos indígenas brasileños: la *Suma Etnológica Brasileira*, una edición actualizada del *Handbook of South American Indians*. La *Suma Etnológica Brasileira*, además de reunir en sus tres primeros volúmenes, textos clásicos y contemporáneos acerca de la Etnobiología, la Tecnología indígena y el Arte indígena, temas que hoy se debaten de forma muy intensa y constituyen el objeto de la presente reflexión, invoca los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas, asociados a sus patrimonios genéticos,

*...como una reflexión profunda acerca de los modelos alternativos del desarrollo, basados en el saber indígena, como únicas salidas ecológicamente válidas y socialmente*



responsables para las actuales dificultades de ocupación devastadora de inmensas regiones, principalmente de la Amazonía<sup>37</sup>.

Otras obras de gran relevancia para el reconocimiento y la salvaguarda de los derechos intelectuales de las poblaciones tradicionales de la Amazonía brasileña fueron, primero, la elaborada por Antonio Carlos Diegues y otros investigadores, denominada, *Poblaciones tradicionales y biodiversidad en la Amazonía: levantamiento bibliográfico georreferencial*<sup>38</sup>, y, segundo, el trabajo de Maria Elisabeth Van Den Berg, *Plantas Medicinales en la Amazonía: contribución para su conocimiento sistemático*<sup>39</sup>.

Si, por un lado, en los estudios de estos autores, se busca "adecuar" el conocimiento indígena a las reglas de sistematización de la ciencia occidental —lo que puede ser entendido como una imposición universalizante del método científico—, sin embargo, esto no ocurre con esta producción basada en una ética responsable y en la intención de que la contribución indígena contribuya al conocimiento de la humanidad; por otro lado, sirve también de documento científico comprobatorio de la anterioridad, de la precedencia y de la pre-

ferencia en la autoría de esas creaciones/producciones intelectuales.

Las sociedades indígenas como fuentes productoras de conocimiento para el mundo pueden ofrecer alternativas desde sus saberes, para las complejas cuestiones que asolan el escenario político, económico y social de la actualidad. El gran problema que se afronta reside en la forma como esa alternativa podrá llegar y ser utilizada por la humanidad como un todo, respetándose los derechos de estas sociedades. La economía capitalista, basada en la eficiencia y en la ganancia fácil, y cimentada en el proyecto político neoliberal que sostiene mundialmente el proceso de globalización, lo impide porque reserva a las instituciones y a los procedimientos estatales el modo de acceso a estos saberes, fundado, principalmente, en el sistema de propiedad intelectual desde el régimen de patentes.

#### 4. Conocimiento tradicional asociado al patrimonio genético y propiedad intelectual

Los conocimientos de los pueblos indígenas brasileños, en tanto que conocimientos de toda la comunidad tradicional, en conformidad con lo que hemos indicado antes, constituyen fenómenos complejos construidos socialmente a partir de prácticas y experiencias culturales, relacionadas con el espacio social, los usos, las costumbres y las tradiciones, cuyo dominio en general es difuso.

Las costumbres son construcciones sociales que permanecen y engloban usos, prácticas y convenciones, y encierran "actitudes institucionalizadas en un grupo social, indispensables para las relaciones sociales porque su no respeto implica una

<sup>37</sup> Berta Ribeiro (coord.). *Suma Etnológica Brasileira*. Vozes, Petrópolis, 1986. Traducción libre del autor.

<sup>38</sup> Antonio Carlos Diegues, Geraldo Andreillo y Marcia Nunes, *Populações tradicionais e biodiversidade na Amazônia: levantamento bibliográfico georreferenciado*. Disponible en la página web: <http://www.socioambiental.org/website/bio/doc.htm>

<sup>39</sup> Maria Elisabeth Van Den Berg, *Plantas Medicináveis na Amazônia: contribuição ao seu conhecimento sistemático*, CNPq/PTU, Belém, 1982.



sanción<sup>40</sup>, o sea, configuran el cuerpo normativo consuetudinario de un determinado pueblo o colectivo social. Como los derechos indígenas son cosmogónicos<sup>41</sup>, las prácticas sociales y, en consecuencia, las costumbres, mantienen una vinculación originaria con los mitos de creación del mundo, a los cuales se vinculan el sentido de la tradición y el etnoconocimiento, según la concepción de cada modo indígena de pensar y de construir la vida comunitaria, su medio y sus instituciones.

La complejidad del proceso de construcción del conocimiento tradicional se ubica en el hecho de que ese proceso se relaciona, íntimamente, con la organización social, o sea, con todo el complejo de representaciones simbólicas interconectadas con la actividad social de un pueblo. Las sociedades tradicionales se organizan no como una mera colección de individuos, sino que se pueden distinguir internamente, "unidades sociales más o menos permanentes, institucionalizadas, que mantienen entre sí relaciones integradas, al mismo tiempo que estructurales y funcionales"<sup>42</sup>. Así, el conocimiento colectivamente construido se produce a partir de relaciones compartidas, de intercambios; ésta es una de las fuentes más sobresalientes del conocimiento indígena.

Según Laymert Garcia Santos, algunas características muy específicas del conocimiento tradicional son extremadamente relevantes en su confrontación con el conocimiento técnico-científico-formal:

1) *el conocimiento tradicional difiere fundamentalmente del conocimiento tecnológico-científico moderno, por integrar otra cultura; 2) no es y nunca fue concebido como propiedad de alguien, no pudiendo, por lo tanto, ser alienado; 3) por ser colectivo, tanto sincrónica como diacrónicamente, sólo puede ser protegido a través de un derecho colectivo; 4) por ser de otra naturaleza, inalienable y colectivo, debe ser regulado por un régimen jurídico sui generis y no por la propiedad intelectual; 5) su valor no se reduce a la dimensión económica, conservando aún las dimensiones social, cultural, ambiental, técnica y cosmológica; 6) como no tiene un valor exclusivamente económico, no puede referirse solamente a una cuestión de repartición de los beneficios resultantes; 7) su protección es imprescindible para la conservación de la biodiversidad y de la sociodiversidad; 8) en beneficio de su carácter específico y por su fragilidad frente al conocimiento tecnológico y científico moderno sólo puede ser preservado si los pueblos que lo detentan pueden mantenerlo y desarrollarlo, negando incluso el acceso a los recursos a ellos asociados cuando lo juzgaren necesario; y 9) el conocimiento tradicional no puede ser reducido a la condición de materia prima disponible para la*

<sup>40</sup> Nicola Abbagnano, *Diccionario de filosofía*, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1982, pp. 254-256.

<sup>41</sup> Boaventura de Souza Santos, "Pluralismo jurídico y jurisdicción especial indígena". En *Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas; la jurisdicción especial indígena*, Imprenta Nacional, Bogotá, 1997, p. 204.

<sup>42</sup> Pierre Bonte et al., *Diccionario de etnología y antropología* (traducción de Mar Linares García), Ediciones Akal, Madrid, 1996, pp. 541-542.



valorización del conocimiento y del trabajo biotecnológico<sup>43</sup>.

Los conocimientos tradicionales entonces configuran derechos colectivos de los pueblos que los detentan. Así, la naturaleza colectiva de estos derechos se contraponen al carácter individualista, privatista y exclusivista de los derechos de propiedad intelectual, en la forma en que éstos se encuentran formalizados y "padronizados" en las legislaciones nacional e internacional. Según Andressa Caldas, la cuestión que se impone es: ¿cómo proporcionar un sistema que se funda en el reconocimiento de protección a título privado, individual y exclusivo para regular el conocimiento tradicional, sin limitarlo o, aún más, sin (directa o indirectamente) interferir en la organización social y política de las comunidades que poseen estos conocimientos?<sup>44</sup>

Cristiane Derani responde al problema sobre el acceso al conocimiento tradicional asociado al patrimonio genético:

*...acceder es apropiarse. Cuando la norma habla del acceso, dispone que la apropiación en la que el sujeto 'que accede' se torna propietario privado de algo que no es privativo de nadie, ya que, o pertenece a todos (patrimonio genético), o pertenece a una colectividad específica*

<sup>43</sup> Laymert Garcia Santos, "Propriedade intelectual ou direitos intelectuais coletivos?" En Ana Valéria Araújo y João Paulo Capbianco (orgs.), *Biodiversidade e proteção do conhecimento de comunidades tradicionais*, Documentos do ISA – Instituto Socioambiental, nº 2, 1996, p. 22.

<sup>44</sup> Andressa Caldas, *Regulação jurídica do conhecimento tradicional: a conquista dos saberes*, Tesis de Maestría, Sector de Ciencias Jurídicas, Universidad Federal de Paraná, Curitiba, 2001, p. 117.

*(conocimiento tradicional asociado al patrimonio genético). La propiedad privada sólo existe si el propietario se encuentra legitimado por la norma jurídica. Hay una apropiación originaria, en aquello que está fuera del mercado y del sistema privado de propiedad y se torna, por primera vez, integrante del modo capitalista de producción<sup>45</sup>.*

La cuestión no es sencilla. Manuela Carneiro da Cunha parte del presupuesto de que el conocimiento indígena es susceptible de ser explotado en forma económica, sin que esto interfiera de manera negativa en la organización social de los pueblos, puesto que analógicamente, otras figuras legales extrañas al mundo indígena son utilizadas, como, por ejemplo, la protección del derecho a la tierra. La autora se pregunta y afirma que:

*...¿los antropólogos no han percibido que conceptos ajenos logran nuevos usos y son estratégicamente apropiados por las sociedades 'débiles'?; ¿al utilizarlos como armas, pueden ser mantenidos a distancia, guardados en las fronteras,*

<sup>45</sup> Cristiane Derani, *op. cit.*, p. 156. (Texto original: "acessar é apropriar-se. Quando a norma fala sobre acesso, dispõe sobre a apropriação em que o sujeito 'acessante' torna-se proprietário privado de algo que não é privativo de ninguém, pois ou pertencem a todos (patrimônio genético) ou pertence a uma coletividade específica (conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético). Só há propriedade privada se o proprietário encontrar-se legitimado pela norma jurídica. Ocorre uma apropriação originária, em que aquilo que está fora do mercado e do sistema privado de propriedade torna-se, pela primeira vez, integrante do modo capitalista de produção").



dentro de espacios que no se mezclan con las instituciones internas?; ¿más aún, se expresan en nuevas instituciones que practican reglas distintas de las del mundo como un todo? El conocimiento puede disponerse en el mercado mundial por sociedades indígenas e incluso ser distribuido a través de distintos caminos en el interior del mismo grupo (como en las academias tradicionales)<sup>46</sup>.

Contrariamente, Vandana Shiva sostiene que los sistemas alternativos desaparecen en el momento en el que el bioinvestigador occidental accede al conocimiento tradicional asociado, y termina figurando como la única fuente de ese saber, al mismo tiempo en que proyecta como natural el monopolio de los Derechos de Propiedad Intelectual; y prosigue cuestionando:

*...¿será que la ruta del patentamiento protege el conocimiento nativo?*

<sup>46</sup> Manuela Carneiro da Cunha, "Deve o conhecimento ser livre? A invenção da cultura e os direitos de propriedade intelectual". En *Revista Sexta-feira: Antropologia, Artes e Humanidades*, nº 3, São Paulo, Outubro 1999, p. 95. (Texto original: "os antropólogos não teriam percebido que conceitos estranhos ganham novos usos e são estrategicamente apropriados pelas sociedades 'fracas'? Que eles podem, uma vez usados como armas, serem mantidos à distância, guardados nas fronteiras, dentro das esferas que não se misturam a instituições internas? Ou ainda expressos em novas instituições que seguem regras diferentes do mundo como um todo? O conhecimento pode ser colocado no mercado mundial por sociedades indígenas e ainda ser distribuído em diferentes caminhos no interior do mesmo grupo (como nas academias tradicionais)").

*Proteger este conocimiento implica una incesante disponibilidad y su acceso por parte de las futuras generaciones, en sus prácticas diarias agrícolas y de cuidados con respecto a la salud. Si la organización económica que emerge y se basa en las patentes destruye los estilos de vida y los sistemas económicos nativos, el conocimiento nativo no está siendo protegido como herencia viva. Si reconocemos que el sistema económico dominante está en los orígenes de la crisis económica porque ha ignorado el valor ecológico de los recursos naturales, la expansión de ese mismo sistema no va a proteger ni el conocimiento ni la biodiversidad nativas<sup>47</sup>.*

Desde una posición intermedia, el grupo de autores y organizaciones denominado Red del Tercer Mundo ha lanzado una propuesta que ha llamado de régimen sui generis de Derechos Intelectuales Colectivos (DPIC), y que viene a defender las siguientes proposiciones:

<sup>47</sup> Vandana Shiva, *Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento*, Vozes, Petrópolis, 2001, pp. 99-104. (Texto original: "será que a rota do patenteamento protege o conhecimento nativo? Proteger esse conhecimento implica uma contínua disponibilidade e acesso a ele por parte das gerações futuras, nas suas práticas diárias agrícolas e de cuidados com a saúde. Se a organização económica que emerge baseada nas patentes destrói os estilos de vida e sistemas económicos nativos, o conhecimento nativo não está sendo protegido como herança viva. Se reconhecermos que o sistema económico dominante está nas origens da crise económica porque ignorou o valor ecológico dos recursos naturais, a expansão desse mesmo sistema não irá proteger nem o conhecimento nem a biodiversidade nativas").



*...que el sistema no atente contra la supervivencia física y cultural de las comunidades; que respete las formas colectivas de representación; que ofrezca mecanismos de protección de la propiedad intelectual accesibles, contemplando la posibilidad de asistencia legal gratuita; que el sistema tenga un ámbito de protección internacional; que reconozca el carácter de imprescriptibilidad del conocimiento; que estén dotados de mecanismos de negociación necesarios para asegurar una participación en los beneficios a las comunidades; que proteja de forma integral el proceso colectivo del conocimiento tradicional; que establezca mecanismos de control necesarios sobre los sistemas occidentales de propiedad intelectual, y que asegure un registro del conocimiento tradicional con alcance mundial que incluya la participación de las comunidades, tanto en el uso de este conocimiento como en la repartición de los beneficios de ello derivados<sup>48</sup>.*

Esta problemática discusión viene ocupando el espacio de los debates internacionales, principalmente en el Foro Indígena sobre la Diversidad Biológica, reunión que se realiza en forma paralela a la Conferencia de las partes de la Convención sobre Diversidad Biológica (CDB), en especial el Grupo de Trabajo sobre la aplicación del artículo 8 j y disposiciones conexas.

La CDB constituye un instrumento jurídico del derecho internacional, firmado por la mayoría de los estados participan-

tes de la reunión de las Naciones Unidas realizada en Río de Janeiro en junio de 1992. Los objetivos de la Convención son tres: la conservación de la diversidad biológica, el uso sustentable de sus partes constitutivas y la repartición equitativa de los beneficios obtenidos de la explotación y uso de los recursos genéticos.

En lo que concierne al reconocimiento de los derechos intelectuales de los pueblos indígenas y de las poblaciones tradicionales acerca del conocimiento tradicional asociado al patrimonio genético, dos dispositivos de la CDB se constituyen en instrumentos de gran importancia: el Art. 8 j, que exige a los estados miembros, de acuerdo con las legislaciones nacionales, el respeto a la preservación y a la mantención del conocimiento tradicional, de las innovaciones y las prácticas de estas poblaciones; y el Art. 15, que garantiza a los estados su soberanía sobre los recursos genéticos, al mismo tiempo que estipula modos de facilitar su acceso, instituyendo como condición el acceso, el consentimiento previo fundamentado, porque permite una discusión acerca del tema.

Por medio de la CDB, corresponde a los estados dar este consentimiento. Incluso de acuerdo con la norma constitucional brasileña, principalmente en el Art. 231, párrafos segundo y tercero, existe la garantía exclusiva del usufructo por los pueblos indígenas de las riquezas del suelo y del subsuelo de sus tierras, exceptuándose solamente los casos de explotación del potencial hídrico y mineral, para los cuales se exige la autorización del Congreso Nacional, condicionada a la manifestación favorable de la comunidad indígena afectada. De esta forma, siendo las comunidades indígenas usufructuarias exclusivas de su patrimonio genético, deberán,

<sup>48</sup> Andressa Caldas, op. cit., pp. 120-121. También en la página web: <http://www.twinside.org>



ellas y únicamente ellas, opinar acerca del consentimiento al que se refiere la Convención<sup>49</sup>. En este sentido, entre las reivindicaciones de los pueblos indígenas, se resalta la necesidad de la participación efectiva en las deliberaciones de la Conferencia, como uno de los puntos principales de inserción de la legitimidad de los pueblos indígenas y de las poblaciones locales en los organismos institucionales de debate<sup>50</sup>.

No obstante, las luchas de los pueblos indígenas por la participación en las discusiones y las reuniones internacionales sobre los derechos de propiedad intelectual no encuentran una recepción amplia, conforme demuestra Victoria Tauli-Corpu, al reflexionar acerca del encuentro de un grupo de indígenas con un representante del gobierno estadounidense. Entre las preguntas y respuestas acerca de la CDB, oyeron de aquella autoridad que: "...todo en la Convención sería negociable, con excepción de los derechos de propiedad intelectual". Según el relato, esto ha dejado a los indígenas muy preocupados, que dijeron: "simplemente no acreditamos que el régimen occidental de los derechos de propiedad intelectual deba sernos impuesto". El representante estadounidense contestó: "ustedes necesitan ser parte del mercado global para proteger sus derechos de propiedad intelectual". Los indígenas respondieron: "Este es uno de los problemas. Nosotros no tenemos ningún

control sobre esa economía, la economía del mercado global. ¿Cómo podremos proteger nuestros derechos en una arena donde no tenemos ningún derecho a hablar de las reglas del juego y, en donde ni somos reconocidos como jugadores?"<sup>51</sup>

La búsqueda de respuestas satisfactorias, ya sea desde el punto de vista legal, consustanciadas en el Estado plural y en su correspondiente pluralismo jurídico, hecho que exigiría una modificación estructural del concepto clásico de Estado, o ya sea en la definición de ámbitos supranacionales heterogéneos y alternativos, gobernados solidariamente por los pueblos indígenas, constituye un imperativo intransferible e impostergable, porque significa la ruptura con el tiempo de la expropiación de los derechos territoriales y culturales de los pueblos indígenas e implica el reconocimiento y la protección de estos derechos y de estos pueblos.

En el plano internacional, los derechos de propiedad intelectual, los derechos de las comunidades tradicionales y la protección a la biodiversidad, son regulados por diversos instrumentos jurídicos creados por los estados.

Los derechos de propiedad intelectual, introducidos por la presión de los EE. UU. en las discusiones de los acuerdos internacionales de comercio, pasan a integrar la pauta de esas cumbres a partir de la década de los ochenta, a lo largo de la Ronda de Uruguay, que se extendió hasta 1994 y terminó con la sustitución del Acuerdo General de Tarifas y Comercio (GATT) por la Organización Mundial del Comercio (OMC). Los países centrales

<sup>49</sup> En ese sentido ver Juliana Santilli, *A proteção aos direitos intelectuais coletivos das comunidades indígenas brasileiras*. Disponible en página web: <http://www.socioambiental.org/websitel/bio/doc.htm>

<sup>50</sup> ONU, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la Aplicación del artículo 8j y disposiciones conexas*. UNEP/CDB/COP/5/5, pp. 19-20.

<sup>51</sup> Victoria Tauli-Corpu, *Biotechnology and indigenous peoples*. Extraído el 15.11.2002, de la página web: <http://www.twinside.org/sg/beta/arquivos>



formaron un grupo de trabajo<sup>52</sup> sobre las cuestiones de la propiedad intelectual relacionadas con el comercio y, en 1995, 123 países firmaron en Marrakech el acuerdo Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Rights (TRIPS). Hasta esta fecha, el ámbito internacional competente era la World Intellectual Property Organization (WIPO), mientras que la estructura deliberativa colegiada de ésta no atendía a los propósitos de los países industrializados, en la cuestión de las patentes.

El llamado Acuerdo TRIPS está mal llamado "acuerdo", porque no lo es en realidad al no tener un carácter sinalagmático, mientras que las partes (estados) tengan la obligación de firmarlo íntegramente bajo la pena de sufrir sanciones comerciales o hasta incluso quedar excluidas del orden mercantil mundial, hecho que cambia, en forma radical, las discusiones internacionales acerca de la propiedad intelectual. Anteriormente al Acuerdo,

*...hasta 1995, los tratados y los acuerdos internacionales acerca de la propiedad intelectual y la propiedad industrial, no contaban con cualquier instrumento sancionador que eventualmente pudiera ser aplicado en contra de un Estado que se negara a promulgar una legislación interna de conformidad con las normas internacionales, o que promulgara normas en discordancia con sus obligaciones internacionales<sup>53</sup>.*

<sup>52</sup> Ese grupo fue liderado por representantes de grandes empresas transnacionales estadounidenses, europeas y japonesas, como la IBM y Monsanto, entre otras. Andressa Caldas, *op. cit.*, 2001.

<sup>53</sup> Jorge Antonio Zepeda Bermúdez, *et al.*, *O acordo TRIPS da OMC e a proteção patentária no Brasil: mudanças recentes*

Según Benjamin Coriat, el registro de los regímenes de propiedad intelectual, teniendo como paradigma la legislación estadounidense, compromete drásticamente los movimientos emancipadores de reducción del foso tecnológico entre los países industrializados y los países en desarrollo, al bloquear procesos de *imitación* y de *ingeniería inversa*. Esos procedimientos fueron ampliamente utilizados a lo largo del siglo XIX por los países que hoy ocupan los lugares centrales en la economía mundial. El profesor francés sostiene, además, que las decisiones de la Suprema Corte de los EE. UU. abren un camino para la posibilidad de patentar conceptos "perpendiculares a la cadena del conocimiento científico, transformando ventajas cognitivas en ventajas competitivas y monopolísticas para las empresas beneficiadas<sup>54</sup>.

*e implicações para a produção local e o acesso da população aos medicamentos, FIOCRUZ/ENESP, Rio de Janeiro, 2000, p. 57. Apud: Andressa Caldas, op. cit., 2001.*

<sup>54</sup> Benjamin Coriat, *op. cit.*, p. 5. Para ilustrar, el autor afirma que la decisión de la Suprema Corte de los EE. UU. abre camino para el patentamiento de resultados de investigaciones que no existen todavía: "Regarding Living Entities, a first key moment was the U.S. Supreme Court's 1980 Chakrabarty ruling establishing the patentability of a genetically modified single cell organism. However, this watershed decision was no more than the inaugural act of a series of rulings that culminated, as F. Orsi demonstrates in great detail, in the patentability of partial genes sequences (ESTs) and also of the genes that are implicated in illnesses (F. Orsi, 2002). In this process, and besides from the Chakrabarty ruling, at least one other major decision (the "re Brana" ruling) has played a key role, since it also overturned previous jurisprudence that had caused the USPTO to be so circumspect about granting patents in this field. *Re Brana* recognises claims on discoveries that have not been made yet, i.e., which have not



En posición similar J. Bautista Vidal, casi una década antes afirmaba:

*...la adopción de reglas internacionales de registro o, como son llamadas, de armonización, como las del Acuerdo TRIPS de la Ronda de Uruguay del GATT, que ha creado la Organización Mundial del Comercio, conducirán necesariamente al congelamiento del actual desequilibrio mundial entre las naciones hegemónicas y las periféricas, retirando de estas últimas la posibilidad de defensa por la concentración monopólica del conocimiento mundial en las primeras. Armonización, en ese caso, sirve como designación de esta operación impositiva, subyugatoria. Cuando un país más desarrollado insiste en que sus leyes de propiedad industrial —que apenas son apropiadas para un elevado nivel de desarrollo industrial— son adecuadas para países menos desarrollados, lo que está deseando no es otra cosa sino subyugarlos a una forma sofisticada de imperialismo...<sup>55</sup>.*

materialised or even been described for the moment. The establishment of a new IPR in an area that is hypersensitive (because it deals, as we will see, with the status of *basic research* products and both covers and determines policies for accessing healthcare and medicine) was accompanied by, or in certain instances led to, major theoretical controversies (Rai, 2001) and economic battles. At the same time, it also cast a spotlight on the need to rethink the *ethical* dimension of certain IP laws".

55

J. W. Bautista Vidal, "Monopólio das patentes". En *Revista ADUSP*, Maio 1996, São Paulo. En ese mismo sentido prosigue el autor: "O Acordo de Paris, e todos seus ajustes posteriores garantiram aos

En ese sentido, es irrefutable la preocupación de los representantes indígenas, anunciada por Victoria Tauli-Corpu. Los conocimientos indígenas ya descritos y sistematizados por científicos, por lo tanto, publicitados —en el sentido de la información— principalmente en las áreas relacionadas con la etnobiología, la tecnología y el arte indígenas, pueden transformarse, según ese entendimiento jurídico estadounidense, en patentes de empresas multinacionales. No es en vano la calurosa discusión acerca de la naturaleza del conocimiento tradicional asociado: pública o privada.

Emerge de este debate una constatación problemática. Si los conocimientos tradicionales tienen naturaleza pública, por lo tanto, son derechos intelectuales colectivos de dominio público, es decir, pertenecen a toda la humanidad, ellos no pueden ser apropiados por nadie. Así, la utilización

países o direito soberano de escolher os setores em que se concederia o privilégio das patentes. Talvez por isso o sistema tenha durado tanto. Como então classificar de piratas aqueles países que não reconhecem patentes em determinados setores? Cada um, naturalmente, ajusta a lei de patentes a suas necessidades e interesses. Japão, Suíça e Itália, por exemplo, só adotaram patentes farmacêuticas já avançada a década de 70, mais de um século após a criação desse sistema internacional; o Japão, quando as indústrias japonesas já supriam 80% da demanda nacional, e a Suíça, quando ocupava a posição privilegiada de terceira potência farmacêutica mundial. Como é possível, por isso, acusá-los de praticarem pirataria! Valesse esse critério, poder-se-ia acusar os EUA de serem uma nação pirata durante todo o século XIX. Só quando suas indústrias se desenvolveram e eles se tornaram importantes exportadores, passaram a interessar-se por uma rigorosa lei de proteção de sua criatividade e de eliminação da concorrência externa. A Itália e a Espanha, por exemplo, embora



de estos conocimientos sería libre. Lo que acontece es que, tratándose del conocimiento tradicional colectivo, la noción de "público" debe ser delimitada y circunscrita al ámbito de aquella sociedad, de aquel pueblo que, colectivamente, construyó un concreto conocimiento y que, por extensión, detenta su dominio. En caso contrario, la correspondencia necesaria para esta hipótesis sería la de la que todas las creaciones y producciones intelectuales, independientemente del lugar, de la sociedad, del Estado de registro de patente, también serían de dominio público; en consecuencia, su utilización podría en forma libre darse a través de imitaciones y tecnologías inversas, lo que no es permitido por el sistema jurídico internacional de patente.

¿Entonces, qué es lo que justifica en la actualidad tanto interés en la configuración jurídica del conocimiento tradicional?  
Según J. Bautista Vidal,

representem situações muito distintas daquelas brasileiras, passaram a adotar patentes farmacêuticas dentro de uma ampla negociação de benefícios compensatórios correspondentes a suas respectivas entradas na ex-Comunidade Européia, hoje União Européia. A China e a Índia, com políticas nacionais consistentes de defesa de seus legítimos interesses, resistem bravamente, criando meios de defesa impensáveis pelos legislativos brasileiros. A queixa das corporações farmacêuticas norte-americanas de que perdem dinheiro naqueles países onde não podem gozar do privilégio do monopólio para seus produtos e processos também não é verdadeira. Não se pode perder o que não se tem. Na pior das hipóteses, deixam de ganhar o que não lhes é legalmente devido. Na realidade, queixam-se de não deter o monopólio por concessão de Estado interventor que elimine qualquer tipo de competição e lhes garanta polpidos subsídios e poder de arbítrio inaceitável. Para conquistar a privilegiada situação, queixam-se de fantásticas falsas perdas, que a imprensa venal brasileira divulga como verdades, enganando a população\*.

...con la saturación de la química de síntesis, la industria farmacéutica internacional camina en la dirección de los medicamentos y fármacos de origen natural, cuyo patrimonio genético básico se encuentra en los trópicos —cerca del 90%, conforme a la evaluación del órgano especializado del Consejo de Ministros de la Unión Europea. La patente de los microorganismos prevé apoderarse indirectamente y de modo gratuito, de este incalculable patrimonio en régimen de monopolio. Según Noam Chomsky, profesor del MIT, organismo de comercio internacional de la Casa Blanca, esta legislación de patentes, una vez aprobada, supondrá un aumento del flujo de los recursos financieros del Sur hacia el Norte (EE. UU.) con la asustadora cantidad de 61 mil millones de dólares al año, lo que, necesariamente, vendrá a acarrear la trágica elevación de la miseria en el País<sup>56</sup>.

<sup>56</sup> J. W. Bautista Vidal, op. cit., 1996. (Texto original: "com a saturação da química de síntese, a indústria farmacêutica internacional caminha na direção dos medicamentos e fármacos de origem natural, cujo patrimônio genético básico encontra-se nos trópicos - cerca de 90%, conforme avaliação de órgão especializado do Conselho de Ministros da União Européia. A patente dos microorganismos visa indiretamente apoderar-se, de modo gratuito, desse incalculável patrimônio, em regime de monopólio. Segundo Noam Chomsky, professor do MIT, organismo de comércio internacional da Casa Branca, essa legislação de patentes, uma vez aprovada, implicará um aumento do fluxo de recursos financeiros do Sul para o Norte (EUA) da assustadora ordem de 61 bilhões de dólares por ano, o que, necessariamente, irá acarrear a trágica elevação da miséria no País").



Recientemente, al divulgarse los resultados de una investigación realizada por el médico Elisaldo Carlini y por la bióloga Eliana Rodrigues, de la Universidad Federal de São Paulo, junto a los *Krahô*, pueblo indígena habitante de la región central de Brasil, fueron identificadas 164 especies vegetales utilizadas para fines medicinales, con las que los *xamãs* preparan 298 recetas curativas, destinadas a 51 tipos de indicaciones terapéuticas. De acuerdo con el responsable de la investigación,

*...el nombre científico de las plantas y su posible uso terapéutico es mantenido en sigilo. La precaución se justifica: la información es valiosa y podría ser aprovechada indebidamente por laboratorios farmacéuticos y otros grupos de investigación interesados en eventuales dividendos económicos que se obtendrían de la investigación hecha por el proyecto<sup>57</sup>.*

La precaución figura, en el momento actual, como una actitud altamente recomendable, aliada a los movimientos de lucha por la garantía de los derechos de las sociedades indígenas, para que no ocurra con los conocimientos indígenas la biopiratería, como en el caso del *Chicle Adams*, anteriormente apuntado. "En cuanto que el sistema de patentes viene deformando seriamente el mercado farmacéutico de los EUA—dice Michael Davis, profesor de derecho de la Universidad Estatal de Cleveland—, la aplicación de una fuerte

protección de patentes en los países menos desarrollados resultará un desastre". Y añade: "Aquellos países que adoptaren las políticas de patentes de los más desarrollados pueden tener la seguridad de que saldrán perdiendo en todos los sentidos"<sup>58</sup>.

En el caso de Brasil, país firmante del Acuerdo TRIPS desde mediados de la década de los noventa<sup>59</sup>, la prisa en adoptar el sistema de patentes, según los moldes preconizados por los países centrales, justificaba la inserción del país en el comercio globalizado y las políticas neoliberales llevadas a cabo después del derrocamiento del régimen militar.

*Esta continúa siendo la posición del gobierno brasileño, recientemente manifestada por el Ministro de Relaciones Exteriores en un seminario organizado por el Instituto Nacional de la Propiedad Intelectual, en el cual se refirió, al razonar sobre la inclusión de reglas-padrón de propiedad intelectual al acuerdo TRIPS "como parte del precio a pagarse por el fortalecimiento del sistema de comercio multilateral"<sup>60</sup>.*

<sup>57</sup> Marcos Pivetta, "As lições dos Krahô". En *Revista pesquisa/FAPESP*, São Paulo, 2002. Extraído el 30.10.2002, disponible en la página web: <http://www.revistapesquisa.fapesp.br>

<sup>58</sup> J. W. Bautista Vidal, *op. cit.*, 1996. (Texto original: "Enquanto o sistema de patentes tem deformado seriamente o mercado farmacéutico dos EUA—diz Michael Davis, professor de direito da Universidade Estadual de Cleveland—, a aplicação de uma forte proteção patentária em países menos desenvolvidos resultará em desastre". Y añade: "Aqueles países que adotarem as políticas de patentes dos mais desenvolvidos podem ter a certeza de que sairão perdendo, em todos os sentidos").

<sup>59</sup> Brasil, Decreto Legislativo n° 30 del 15.12.1994. A través del Decreto Legislativo n° 1355 del 30.12.1994, Brasil ha promulgado el Acta Final de la Ronda de Uruguay.

<sup>60</sup> Celso Lafer, *O papel da proteção da propriedade intelectual nos campos da*



No se pretende realizar en este trabajo, un análisis de discurso, aunque entretanto, cabe subrayar que el reconocimiento oficial, como una especie de *servidumbre* (*servidão*) voluntaria<sup>61</sup> de los gobernantes con respecto al poder imperial de los países centrales, como "precio a pagar" por la aceptación de normas-padrón de propiedad intelectual, corrobora las posiciones teóricas anteriormente apuntadas. No es casualidad que el camino legislativo elegido por el gobierno de Brasil para regular el acceso al conocimiento tradicional asociado al patrimonio genético, fuera la Medida Provisoria, ley de iniciativa del Poder Ejecutivo, que prescinde del previo proceso legislativo democrático<sup>62</sup>.

La Medida Provisoria nº 2.186-16, del 24 de agosto del 2001, regula jurídicamente el acceso al conocimiento tradicional asociado al patrimonio genético<sup>63</sup>, donde las detentadoras de estos conocimientos

*biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais*, Seminario Internacional organizado por la Comisión Europea e Instituto Nacional de la Propiedad Intelectual – INPI, Manaus, septiembre 2001. Disponible en la página web: <http://www.mre.gov.br/sei/lafer-inpi.htm>

- 61 Etienne La Boétie, *Discurso da Servidão voluntária*, Brasiliense, São Paulo, 1986.
- 62 Brasil, *Constituição da República Federativa do Brasil*. "Art. 62 – Em caso de relevância e urgência, o presidente da República poderá adotar Medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-la de imediato ao Congresso Nacional".
- 63 Brasil, Medida Provisória nº 2.186-16, del 24 de agosto del 2001. Regula el inciso II del § 1º y el § 4º del art. 225 de la Constitución, los arts. 1º, 8º, apartado "j", 10, apartado "c", 15 y 16, apartados 3 y 4 de la Convención sobre Diversidad Biológica, y desarrolla el acceso al patrimonio genético, la protección y el acceso al conocimiento tradicional asociado, la repartición de beneficios y el acceso a la tecnología y la transferencia de tecnología para su conservación y utilización, y de otras providencias.

son las poblaciones indígenas y las comunidades tradicionales. Según Cristiane Derani, "son sujetos detentadores de los objetos cuyo acceso es regulado por la MP, las comunidades indígenas y locales"<sup>64</sup>.

No obstante, según la misma autora, la regulación brasileña acerca del acceso a los conocimientos tradicionales asociados al patrimonio genético configura una privatización de la biodiversidad. "Derechos de propiedad son atribuciones individuales. Sin embargo, el conocimiento puede ser construido por la tradición y por la vivencia colectiva, en oposición a la razón individualista"<sup>65</sup>.

Frente a los objetivos de la Medida Provisoria, los conocimientos tradicionales indígenas asociados al patrimonio genético configuran derechos colectivos de cada pueblo, son derechos culturales<sup>66</sup>. Como tales, son protegidos constitucionalmente por el orden jurídico brasileño y por el conjunto integrado de los derechos humanos.

La Constitución Federal de 1988 establece, en el frontispicio del Art. 5º, que los valores vida, libertad, igualdad, seguridad y propiedad, son como el espejo del conjunto de los derechos fundamentales consustanciados a lo largo de los setenta y siete incisos que los delimitan, cuyo último dispositivo manda vincular a los derechos fundamentales expresamente dispuestos con los diversos principios permanentes del texto constitucional o de los tratados

<sup>64</sup> Cristiane Derani, *op. cit.*, p. 153. (Texto original: "são sujeitos detentadores dos objetos cujo acesso é regulado pela MP, as comunidades indígenas e locais").

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 163. (Texto original: "Direitos de propriedade são atribuições individuais. Porém, o conhecimento pode ser construído pela tradição e pela vivência coletiva, em oposição à razão individualista").

<sup>66</sup> Carlos Frederico Marés de Souza Filho, *op. cit.*, p. 184.



internacionales en que la República Federativa de Brasil sea parte<sup>67</sup>.

Esta ordenación, en nombre del principio de la unidad de la Constitución<sup>68</sup> y del ordenamiento jurídico, vincula el conjunto de estos derechos a los principios fundamentales del Estado brasileño, consagrados en el Título I de la Constitución. Para el presente estudio, nos interesa específicamente, en el ámbito de los fundamentos del Estado y de los derechos fundamentales, la noción de ciudadanía, la dignidad de la persona humana, la promoción del bien de todos, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color, edad y cualesquiera otras formas de discriminación y la preponderancia de los derechos humanos en el orden jurídico brasileño, respectivamente establecidos en los artículos 1º, incisos II y III; y 3º, inciso IV; y, Art. 4º, inciso II de la Constitución<sup>69</sup>.

<sup>67</sup> Brasil, *Constituição da República Federativa do Brasil*. "Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade... (...) LXXVII - são... (...) § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

<sup>68</sup> Konrad Hesse, *Escritos de derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 18.

<sup>69</sup> Brasil, *Constituição da República Federativa do Brasil*.  
"Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada por la união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: (...) II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; (...)  
Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV - promover o bem de todos, sem

Estos principios, para la finalidad que pretendemos en el presente estudio, serán vinculados con el reconocimiento constitucional de los indígenas y sus organizaciones sociales (Art. 231), que se conjuga con la inclusión de las culturas indígenas —por tanto con sus derechos intelectuales colectivos— en cuanto formas de vida y conjunto de valores objetivados (Arts. 215, § 1º, y 216), con el patrimonio cultural brasileño, que también constituyen principios porque establecen derechos, son constitutivos del orden jurídico<sup>70</sup>. Específicamente, constituyen principio de diferenciación étnica y cultural de las personas y las sociedades indígenas.

Los sujetos indígenas colectivos y diferenciados, al ser los detentadores de los conocimientos tradicionales asociados al patrimonio genético, y ser reconocidos por la Constitución de 1988, por los términos: indígenas, organización social, comunidades, poblaciones, grupos, organizaciones y culturas indígenas, nos lleva a hacernos las siguientes preguntas: ¿quiénes son los indígenas? ¿Cuáles son sus organizaciones sociales? ¿Qué son las organizaciones indígenas?

Las respuestas para estas cuestiones atraviesan la historia brasileña de la negación del reconocimiento. La negación de las sociedades indígenas característica del período colonial fue seguida por la *romantización* del buen salvaje, y ha perdurado durante el Imperio y la República. El

preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 4º - A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) II - prevalência dos direitos humanos".

<sup>70</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil: ley, derechos y justicia*, 2a. ed., Editorial Trotta, Madrid, 1997, p. 110.



siglo XIX fue caracterizado por la rearticulación de ideas pasadas de negación, especialmente durante los años sesenta y setenta y, contemporáneamente, por medio de un cierto componente *neorromantista*, del buen salvaje protector de la naturaleza, y con una fuerte tendencia a la naturalización<sup>71</sup>. En los actuales días, el reconocimiento de las diferencias étnicas se impone, dada la complejidad de la formación étnica y social de los estados, que reclama espacios instituyentes de derechos en favor de la vida y de la diferencia, en el sentido de superar los paradigmas absolutos de la modernidad en lo que se refiere a las nociones de "persona" y de "identidades", reducidas en los conceptos homogéneos de "ciudadanía" y "nacionalidad".

Los sujetos indígenas diferenciados y titulares de derechos, sustantivados en la Constitución como indígenas, representan una complejidad tan grande que, además de la relación que guarda con el contexto nacional, para definirlos, como acentúa Manuela Carneiro da Cunha, es imprescindible, previamente, saber lo que es un grupo étnico y una comunidad indígena. Para la autora, citando a Fredrik Barth, grupos étnicos son "formas de organización social en poblaciones cuyos miembros se identifican y son identificados como tales por los otros, constituyendo una categoría distinta de otras categorías del mismo orden"<sup>72</sup>. Asimismo, "comunidades

indígenas son aquellas que se consideran segmentos distintos de la sociedad nacional en virtud de la conciencia de su continuidad histórica con sociedades precolombinas"; e, indígena, "quien se considera perteneciente a una de estas comunidades y por ella reconocido como miembro"<sup>73</sup>.

La realidad multiétnica brasileña compone una sociodiversidad formada no por el ideario humanístico oligárquico y unificador de la presumida comunión de las tres razas, sino, sobre todo, por la pluralidad de pueblos blancos de origen europeo; de pueblos orientales y árabes; pueblos negros de diversas etnias africanas y, pueblos indígenas autóctonos del continente suramericano, que conforman un mosaico cultural muy distanciado, por conflictivo, de la noción aparentemente pacífica del Estado nacional unitario, con su derecho también unitario.

Hay que comenzar por la idea de nación única, que presume la validez universal del ordenamiento jurídico, por intermedio de los estatutos de "persona", de "ciudadano" y de "capacidad de obrar". Entre aquellos pueblos anteriormente referidos, trataremos en especial de las personas y sociedades indígenas. Éstos no forman parte de la esfera de "civilización nacional" en la que se ha pensado y se ha estructurado el Estado nación. La construcción del concepto de nación única se ha dado a través de la anulación de toda y cualquier diferencia étnica y, era evidente que a los indígenas en cuanto diferentes, se les "era negada la identidad de persona y la capacidad jurídica"<sup>74</sup>; estaban excluidos

<sup>71</sup> Paul Little, Conferencia realizada el 28 de julio de 1999, durante el Seminario: "Bases para una nova política indigenista", promovido por el Museo Nacional de Rio de Janeiro.

<sup>72</sup> Manuela Carneiro da Cunha, *Os direitos...*, op. cit., p. 25. (Texto original: "formas de organização social em populações cujos membros se identificam e são identificados como tais pelos outros, constituindo uma categoria distinta de outras categorias da mesma ordem").

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 26. (Texto original: "quem se considera pertencente a uma dessas comunidades é por ela reconhecido como membro").

<sup>74</sup> Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, p. 41.



jurídicamente, siendo todavía integrantes del cuerpo social, y eran mantenidos bajo el concepto de la transitoriedad, por el régimen de la incapacidad relativa.

Las sociedades indígenas son sociedades sin Estado<sup>75</sup> y, por lo menos en el contexto actual, no constituyen fuerzas políticas suficientemente organizadas para transformarse en estados independientes, según los moldes occidentales modernos. Esta es la conclusión a que llega Darcy Ribeiro, al afirmar que las sociedades indígenas excepcionan la unidad nacional, porque constituyen "múltiples microetnias tribales tan imponderables, que su existencia no afecta el destino nacional"<sup>76</sup>.

Esto no significa que en el futuro, talvez no muy lejano, las sociedades indígenas brasileñas no luchen por la emancipación política, como preconizan la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos y la Carta de Argel. Además, este es un problema que ciertamente las ciencias políticas y el Estado tendrán que enfrentar, no entrando en los límites del presente trabajo su discusión. Asimismo, al abordar la cuestión en estos parámetros occidentales, con lo universal y lo formal del Estado como únicas posibilidades de organización social, jurídica y política, nos limitamos a los contornos etnocentristas del pensamiento moderno eurocéntrico. Las sociedades indígenas presentan una ex-

traordinaria diversidad y pueden ser fuente de modelos organizativos sociales, particulares y universalizables. Es necesario conocerlos y no negarlos apriorísticamente.

La negación de la diferencia ofende, de forma violenta, la dignidad humana de estas personas y sociedades, además de que las discrimina. Incluso estos hechos históricos que, en el actual contexto de reconocimiento constitucional de las diferencias étnicas y culturales en las que las personas y los pueblos indígenas se constituyen, no deben repetirse más. Nos situamos, en el momento presente, delante del valor "igualdad", normativizado en la Constitución como derecho fundamental, que se contrapone a la igualdad jurídica ordenada por el derecho y fundamento del Estado moderno, en el que la abstracción del diferente ha posibilitado su exclusión. Así que, esta igualdad constitucional, que Luigi Ferrajoli llama de "igual valoración jurídica de las diferencias", basada en el principio normativo de igualdad de derechos fundamentales, y que, en sus procesos de efectividad, implica la garantía de la libre afirmación de la persona y de la identidad<sup>77</sup>.

<sup>75</sup> Pierre Clastres, como el propio título de la obra nos informa, afirma que las sociedades indígenas, no solamente son sociedades sin Estado, sino también, contra el Estado (Pierre Clastres, *A sociedade contra o Estado* (tradução de Theo Santiago), 4ta. ed., Francisco Alves Editora, Rio de Janeiro, 1988, pp. 132-133).

<sup>76</sup> Darcy Ribeiro, *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*, Companhia das Letras, São Paulo, 1995, pp. 22-23.

<sup>77</sup> Luigi Ferrajoli señala tres posibles modelos de configuración jurídica de las diferencias, además del apuntado arriba, a saber: 1) *indiferencia jurídica de las diferencias*, a partir de este modelo, las diferencias simplemente no existen, es la fuerza física que domina, entonces vence el más fuerte; 2) *diferenciación jurídica de las diferencias*. Para este modelo, la valorización de algunas identidades consideradas superiores prevalece en detrimento de otras, en razón del sexo, religión, etnia, lengua, nacimiento, renta, entre otras condiciones. Es el modelo del mundo jurídico premoderno; pero, es el paradigma de los principios del derecho moderno del sujeto: hombre, blanco, propietario. Aquí comienzan los privilegios; 3) *homologación jurídica de las*



Tal como afirma el autor ya citado, las interdependencias, los procesos de integración, las presiones migratorias, cada vez aumentan más la antinomia entre la igualdad y la ciudadanía, entre el universalismo de los derechos y su validez circunscrita a los límites de jurisdicción del Estado, puesto que, por el actual e insostenible contexto tendrá que resolverse, "con la superación de la ciudadanía, la definitiva desnacionalización de los derechos fundamentales y la correlativa desestatalización de las nacionalidades"<sup>78</sup>.

En efecto, como se señaló anteriormente, la Constitución brasileña establece la igualdad de todos (Art. 5º) y, más adelante, determina que los principios de los derechos fundamentales deben ser conjugados con otros principios igualmente dispuestos en la Constitución y en los tratados internacionales (Art. 5º, inciso LXXVII). Relacional y lógicamente se concluye que, a partir de los fundamentos y objetivos del Estado, que incluyen la dignidad de la persona humana (Art. 1º, inciso III) y la promoción del bien común sin distinción de origen, sexo, color, edad o cualquier otra forma de discriminación, el reconocimiento de las personas y sociedades indígenas, con sus valores diferenciados (Art. 231) con carácter de principio, porque establece derechos y una serie de modos de efectivi-

*diferencias*. Este modelo es caracterizado por la negación jurídica de las diferencias porque no constituyen valor, incluso en nombre de la igualdad, todas las diferencias son desvalorizadas. La igualdad como abstracción. Es el modelo propio de los ordenamientos jurídicos liberales, en los que la igualdad es normalizada a partir de un padrón abstracto de normalidad (Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón; teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1997, pp. 74-76).

<sup>78</sup> Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, p. 57.

dad, integra el conjunto de derechos fundamentales y deben prevalecer por encima de toda y cualquier discrepancia.

Además de ese conjunto normativo expresamente declarado, la Constitución incluye como principio orientador de las relaciones internacionales del Estado, el predominio de los derechos humanos (Art. 4º, inciso II). Los derechos humanos constituyen un conjunto "integrado, indivisible e interdependiente"<sup>79</sup> entre los derechos individuales civiles y políticos y los derechos colectivos, económicos, sociales y culturales.

El respeto a los derechos humanos en su conjunto y, principalmente, de los derechos culturales, en el entender de B. Boutros-Ghali, configura lo que él llama los "nuevos derechos humanos", que deben ser colocados en posición de anterioridad, referencia para la interpretación y la aplicación de los demás dispositivos, tanto de la Declaración cuanto de los Pactos<sup>80</sup>. Esta anterioridad posibilita la plasmación y reconstrucción de sus contenidos de acuerdo con el contexto social en el que se sitúan; lo que equivale a decir, en palabras

<sup>79</sup> Victor Abramovich y Christian Courtis, "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales". En Martín Abregú y Christian Courtis (orgs.), *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*, 2a. ed., Editores del Puerto/ONU - Organización de las Naciones Unidas/PINUD - Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Buenos Aires, 1998, p. 289.

<sup>80</sup> Apud: Tomás Mingot, "La negación universal de los derechos humanos". En *La Declaración Universal de Derechos Humanos en su cincuenta aniversario; un estudio interdisciplinar*, Serie Ayuda Humanitaria, Monografías, Vol. 1, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, p. 428.



de Joaquín Herrera Flores: "marcos de relación que posibilitan alternativas y tienden a garantizar posibilidades de acción amplias en el tiempo y en el espacio en aras de la consecución de los valores de la vida, de la libertad y de la igualdad"<sup>81</sup>.

Los tratados internacionales de derechos humanos integran el ordenamiento jurídico brasileño como normas constitucionales, por razón de lo dispuesto en el Art. 5º, párrafos 1º y 2º de la Constitución de 1988. Según Flávia Piovesan, esa inclusión constitucional de los derechos consustanciados en los tratados en que el país sea signatario, "atribuye a los derechos internacionales una naturaleza especial y diferenciada, como es la naturaleza de norma constitucional"<sup>82</sup>.

Por otro lado, continúa la autora, la naturaleza especial de los tratados internacionales de derechos humanos establecidos y conferidos en el marco de la Constitución impone su aplicación inmediata y se extiende a toda la Constitución, así como por todo el ordenamiento jurídico, a diferencia de los demás tratados internacionales, que tienen naturaleza de normas infraconstitucionales:

*Se concluye, por lo tanto, que el Derecho brasileño opta por un sis-*

<sup>81</sup> Joaquín Herrera Flores, "Presupuestos básicos para educar en derechos humanos. El 'diamante ético'". En *Revista Andaluza Educativa*, Junta de Andalucía - Consejería de Educación y Ciencia, nº 16, 1999, p. 8.

<sup>82</sup> Flávia Piovesan, "Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e sua aplicação no exercício da advocacia pública". En *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*, nº 6, Governo do Estado do Paraná, 1997, pp. 85-86. (Texto original: "atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional").

*tema misto, que combina regimes jurídicos diferenciados: um regime aplicado a los tratados de derechos humanos y otro aplicable a los tratados tradicionales. Mientras que los tratados internacionales de protección de los derechos humanos —por razón del Art. 5º, párrafos 1º y 2º—, presentan una naturaleza de norma constitucional y son de aplicación inmediata, los demás tratados internacionales presentan una naturaleza infraconstitucional y se someten a la sistemática de la incorporación legislativa (y no automática)*<sup>83</sup>.

Lo mismo ocurre con los derechos contenidos en los pactos internacionales de derechos humanos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, entre otros instrumentos internacionales de derechos humanos, ratificados por Brasil sin ninguna reserva<sup>84</sup>. Especialmente, en lo que se refiere a los pueblos indígenas, el reconocimiento de los derechos colectivos y diferenciados está presente en el Art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que confiere a las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas el derecho a sus especificidades de modos de vida,

<sup>83</sup> Flávia Piovesan, *op. cit.*, pp. 86-87. (Texto original: "Conclui-se, portanto, que o Direito brasileiro faz opção por um sistema misto, que combina regimes jurídicos diferenciados: um regime aplicado aos tratados de derechos humanos e outro aplicável aos tratados tradicionais. Enquanto os tratados internacionais de proteção dos derechos humanos - por força do Art. 5º, parágrafos 1º e 2º - apresentam natureza de norma constitucional e aplicação imediata, os demais tratados internacionais apresentam natureza infra-constitucional e se submetem à sistemática da incorporação legislativa (e não automática)").

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 92.



orientadas por sus valores culturales, la lengua y la religión<sup>85</sup>.

Está claro que el reconocimiento constitucional de los derechos colectivos diferenciados de los pueblos indígenas constituye un nuevo marco en el contexto social y jurídico brasileño, y demanda un firme proceso de efectividad de esos derechos al orientar relaciones que valoricen la dignidad humana de estos pueblos. Se trata de relaciones entre sí, con los miembros de la sociedad nacional, con el Estado y con organismos internacionales. Este proceso constituye, en palabras de Charles Taylor, un desafío que supone la diversidad profunda, porque la única manera en la que se puede hacer justicia a las poblaciones indígenas es mediante la adaptación del Estado al molde pluralista<sup>86</sup>.

Los valores de la vida, de la vida humana concreta, difieren culturalmente de una sociedad a otra. La Constitución brasileña reconoce la vida humana sin cualquier distinción, sin cualquier jerarquía de los modos de vida o de origen, porque prohíbe toda discriminación (Art. 3º, inciso IV). Al mismo tiempo, reconoce las diferentes formas culturales de promoverla (Art. 116 e inciso II) y a los pueblos y a las personas

indígenas como diferentes (Arts. 231 y siguientes).

De este modo, las costumbres, las lenguas, las creencias, las tradiciones y el conocimiento indígenas configuran, en cada pueblo, aspectos de su derecho consuetudinario, respaldado y garantizado por la Ley Fundamental.

En esta línea de pensamiento, la satisfacción de las necesidades humanas esenciales, como forma de realizar la justicia social, significa, en el análisis de Antônio Carlos Wolkmer, satisfacer las necesidades "existenciales (de vida), materiales (de subsistencia) y culturales"<sup>87</sup>. Esto equivale a decir: proporcionar el bienestar social y económico, así como, no solamente reconocer las diferencias étnicas y culturales y la sociodiversidad, sino, sobre todo, reconocer y crear espacios y procesos mediante los cuales tornarlas efectivas.

Por lo tanto, los procesos plurales y heterogéneos de los que hablamos, presentes por el reconocimiento constitucional de los sujetos y las sociedades indígenas diferenciados, implican la participación política y democrática en las instancias gubernamentales del Estado y de todas las instancias internacionales<sup>88</sup>, que posibiliten el acceso diferenciado a los bienes necesarios para la vida, en los sentidos "existencial, material y cultural"<sup>89</sup>, además del desarrollo de acuerdo con el modo específico y las aspiraciones de cada pueblo, y la administración interna del territorio y de los recursos naturales.

<sup>85</sup> ONU - União das Nações Unidas. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. "Art. 27. Nos Estados em que existam minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, não se negará às pessoas que pertencem a ditas minorias o direito que lhes corresponde, em comum com os demais membros do seu grupo, a ter sua própria vida cultural, a professar e praticar sua própria religião e a empregar seu próprio idioma".

<sup>86</sup> Charles Taylor, "Valores compartidos y divergentes". En Enric Fossas y Ferran Requejo (orgs.), *Asimetría federal y Estado plurinacional: el debate sobre la acomodación de la diversidad en Canadá, Bélgica y España*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, p. 67.

<sup>87</sup> Antônio Carlos Wolkmer, *Pluralismo jurídico: fundamentos para uma nova cultura no direito*, Alfa Ômega, São Paulo, 1994, p. 145.

<sup>88</sup> OIT - Organização Internacional do Trabalho. Convenção 169, de 07.06.1989.

<sup>89</sup> Antônio Carlos Wolkmer. *op. cit.*, pp. 137-139.



El sujeto indígena diferenciado constituye, por lo tanto, dos aspectos fundamentales: en primer lugar, la persona en relación contextualizada en su cultura, inseparable del contexto social en el que fue construida y que, por sus características, vinculada y dependiente de lo social, se diferencia del individuo moderno; en segundo lugar, el sujeto colectivo más amplio, la sociedad en la cual la persona es parte indisoluble, en la cual concreta los ideales de vida comunitaria teniendo en cuenta la supervivencia física y cultural, ambas relacionadas, tal como observa Xabier Etxeberria, el "derecho de ser diferente, y ser diferente como grupo"<sup>90</sup>.

El reconocimiento de los pueblos indígenas como detentadores de los conocimientos tradicionales asociados al patrimonio genético y como partes legítimas en los debates, tanto en el ámbito interno de los Estados, como en los ámbitos internacionales que traten de los derechos colectivos intelectuales, es un imperativo en la actualidad. Solamente así, quinientos años después, tal vez el mundo occidental pueda entender como crítica y no como amenaza, la observación de algunos indígenas brasileños, en su visita a la Corte Francesa, según relata Michel Montaigne: los indígenas "observaron que hay entre nosotros gente bien alimentada, gozando de las comodidades de la vida, mientras que la mitad de los hombres enflaquecidos, hambrientos, miserables, mendigan a la puerta de los otros (en su lenguaje metafórico a tales infelices llaman de "mitades"); y creen que es extraordinario que esas mitades de hombres soporten tanta injusticia sin

rebelarse y sin incendiar la casa de los demás"<sup>91</sup>.

Los pueblos indígenas, ellos mismos, mitad-hombres durante el largo proceso de colonización, hoy se ponen delante de ese nuevo asalto colonialista —la apropiación privada de sus conocimientos tradicionales asociados al patrimonio genético— con base en la resistencia. Este es el propósito primordial, también, de este escrito. Contribuir para resistir.

Traducción: Jheison Holthausen y  
David Sánchez Rubio

<sup>90</sup> Xabier Etxeberria, "El desafío del otro indígena". En *Cuadernos Letras de Deusto*, vol. 28, n° 79, Universidad de Deusto, abril-junio de 1998, p. 49.

<sup>91</sup> Michel Montaigne, *Ensaïos. Dos canibais* (tradução de Sérgio Milliet), Editora Nova Cultural, São Paulo, 1996, p. 203.



## BIBLIOGRAFIA

- ABBAGNANO, Nicola. *Diccionario de filosofia*. México-Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1982.
- ABRAMOVICH, Victor y COURTIS, Christian. "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales". En ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (orgs.). *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*. 2a. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto/ONU - Organización de las Naciones Unidas/PINUD - Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 1998.
- BAUTISTA VIDAL, J. W. "Monopólio das patentes". *Revista ADUSP*, São Paulo, Maio 1996.
- BERMÚDEZ, Jorge Antonio Zepeda et al. *O acordo TRIPS da OMC e a proteção patentária no Brasil: mudanças recentes e implicações para a produção local e o acesso da população aos medicamentos*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ/ENESP, 2000.
- BONTE, Pierre; IZARD, Michel et al. *Diccionario de etnología y antropología*. Traducción: Mar Linares García. Madrid: Ediciones Akal, 1996.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*.
- BRASIL. Decreto Legislativo nº 30 del 15.12.1994.
- BRASIL. Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973. (Estatuto do Índio).
- BRASIL. Medida Provisória nº 2.186-16, del 24 de agosto del 2001.
- CALDAS, Andressa. *Regulação jurídica do conhecimento tradicional: a conquista dos saberes*. Curitiba, 2001. Dissertação de Mestrado. Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.
- CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. "Deve o conhecimento ser livre? A invenção da cultura e os direitos de propriedade intelectual". *Revista Sexta-feira: Antropologia, Artes e Humanidades*, nº 3, São Paulo, Outubro 1999.
- CARNEIRO DA CUNHA, Maria Manuela. *Os direitos do índio*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987.
- CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*. Tradução de Theo Santiago. 4ta. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves Editora, 1988.
- CORIAT, Benjamin. "Direito imperial made in usa". Entrevista concedida a William Salasar. *Revista Carta Capital: Política, Economia e Cultura*. Ano IX, nº 208, São Paulo, 2002.
- CORIAT, Benjamin. *The new global intellectual property rights regime and its imperial dimension: implications for "north/south" relations*. Seminário Internacional "Novos Rumos do Desenvolvimento". Rio de Janeiro: BNDES, Setembro 2002.
- DERANI, Cristiane. "Patrimônio genético e conhecimento tradicional associado: considerações jurídicas sobre seu acesso". En LIMA, André (org.). *O direito para o Brasil socioambiental*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.
- DUARTE, Marcelo. *O livro das invenções*. São Paulo: Cia das Letras, 2001.
- ETXEBERRIA, Xabier. "El desafío del otro indígena". *Cuadernos Letras de Deusto*, vol. 28, nº 79, Universidad de Deusto, abril-junio de 1998.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías; la ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 1999.



- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón; teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1997.
- GINZBURG, Carlo. *Olhos de Madeira: nove reflexões sobre a distância*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- HERRERA FLORES, Joaquín. "Presupuestos básicos para educar en derechos humanos. El 'diamante ético'". *Revista Andalucía Educativa*, Junta de Andalucía - Consejería de Educación y Ciencia, nº 16, 1999.
- HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Edición Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- LA BOÉTIE, Etienne. *Discurso da Servidão voluntária*. São Paulo: Brasiliense, 1986.
- LAFER, Celso. *O papel da proteção da propriedade intelectual nos campos da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais*. Seminário Internacional organizado pela Comissão Europeia e Instituto Nacional da Propriedade Intelectual - INPI, Manaus, Setembro 2001. Extraído do site: <http://www.mre.gov.br/sei/lafer-inpi.htm>
- LÉVI-STRAUSS, Claude. *O pensamento selvagem*. São Paulo: Edusp, 1970.
- LITTLE, Paul. Conferência proferida no dia 28 de julho de 1999, durante o Seminário: *Bases para uma nova política indigenista*, promovido pelo Museu Nacional do Rio de Janeiro.
- MACIEL, Frederico Bezerra. *Lampião seu tempo e seu reinado*. Vol. I. Petrópolis: Vozes, 1985.
- MENCHÚ TUM, Rigoberta. "La construcción de naciones nuevas: una urgencia inpostergable". En ALTA V., ITURRALDE D. y LÓPEZ-BASSOLS. *Pueblos indígenas y Estado en América Latina*. Quito: Editorial Abya-Yala, 1998.
- MENDES JÚNIOR, João. *Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos*. São Paulo: Edição Fac-similar, Typ. Hennies Irmaos, 1912.
- MINGOT, Tomás. "La negación universal de los derechos humanos". En *La Declaración Universal de Derechos Humanos en su cincuenta aniversario; un estudio interdisciplinar*. Serie Ayuda Humanitaria. Monografías, Vol. 1, Bilbao: Universidad de Deusto, 1999.
- MONTAIGNE, Michel. *Ensaio. Dos canibais*. Tradução de Sérgio Millet. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.
- MORIN, Edgar. *Introduction à la pensée complexe*. Paris: ESF, 1990.
- OIT - Organização Internacional do Trabalho. *Convenção 169 sobre povos indígenas e tribais em países independentes*. Aprovada em 07 de junho de 1989.
- ONU - União das Nações Unidas. *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos*.
- ONU. *Informe del Grupo de Trabajo sobre la Aplicación del artículo 8 j y disposiciones conexas*. UNEP/CDB/COP/5/5.
- PANTALEONI RICARDO, Fany e SANTILLI, Márcio. "Terras indígenas no Brasil: um balanço da era Jobim". *Documentos do ISA*, nº 003, São Paulo, 1997.
- PIOVESAN, Flávia. "Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e sua aplicação no exercício da advocacia pública". *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*, nº 6, Governo do Estado do Paraná, 1997.
- PIVETTA, Marcos. "As lições dos Krahô". *Revista pesquisa/FAPESP*, São Paulo, 2002. Extraído em 30.10.2002 do site: <http://www.revistapesquisa.fapesp.br>
- POSEY, Darrel. *A ciência dos Mebêngôkre: alternativas contra a destruição*. Belém: Museu Paraense Emílio Goeldi - MPEG/CNPq, 1989.



- RIBEIRO, Berta (coord.). *Suma Etnológica Brasileira*. Petrópolis: Vozes, 1986.
- RIBEIRO, Berta. *O índio na história do Brasil*. São Paulo: Global Editora, 1987.
- RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- RODDICK, Anita. *Meu jeito de fazer negócios*. São Paulo: Editora Negócios, 2002. Também no site: <http://www.bodyshop.com>
- ROSENMANN, Marcos Roitman. *América Latina en el proceso de globalización. Los límites de sus proyectos*. México: UNAM, 1994.
- SANTOS, Lymert Garcia. "Propriedade intelectual ou direitos intelectuais coletivos?" En ARAÚJO, Ana Valéria e CAPBIANCO, João Paulo (orgs.). *Biodiversidade e proteção do conhecimento de comunidades tradicionais*. Documentos do ISA – Instituto Socioambiental, nº 2, 1996.
- SHIVA, Vandana. *Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento*. Petrópolis: Vozes, 2001.
- SILVA, José Afonso da. "Auto-aplicabilidade do Art. 189 da Constituição Federal de 1969". *Boletim Jurídico da Comissão Pró-Índio de São Paulo*. Ano I, nº 3, 1984.
- SILVA, José Afonso da. "Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios". En: SANTILLI, Juliana (org.). *Os direitos indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: NDI-Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos para o Direito*. Curitiba: Juruá, 1998.
- SOUZA SANTOS, Boaventura de. "Pluralismo jurídico y jurisdicción especial indígena". En *Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas; la jurisdicción especial indígena*. Santa Fe de Bogotá: Imprenta Nacional, 1997.
- TAPIOCA, Ruy. *A República dos bugres*. Rio de Janeiro: Rocco, 1999.
- TAULI-CORPU, Victoria. *Biotechnology and indigenous peoples*. Extraído em 15.11.2002, do site: <http://www.twinside.org/sg/beta/arquivos>
- TAYLOR, Charles. "Valores compartidos y divergentes". En FOSSAS, Enric y REQUEJO, Ferran (orgs.). *Asimetría federal y Estado plurinacional: el debate sobre la acomodación de la diversidad en Canadá, Bélgica y España*. Madrid: Editorial Trotta, 1999.
- TOMASINO, Kimiye. *Os Kaingang da Bacia do Tibagi e suas relações com as terras baixas*. Relatório parcial de pesquisa sem maiores dados. Londrina [s. n.] 1998.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos para uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa Ômega, 1994.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos y justicia*. 2a. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1997.



# EXAMINING THE NEGATIVE EFFECTS OF ECONOMIC GLOBALIZATION ON HUMAN RIGHTS: THE EXAMPLE OF THE METALS MINING INDUSTRY

*Johanna Gaughan*

## Resumen

Economic globalization is one of the most important phenomena shaping society today. The rise of multinational corporations and international financial institutions and the corresponding decrease in the power of the state have been some of the most significant trends associated with economic globalization. Despite the fact that it is generally touted as a positive development for the global economic system, many observers are concerned about these trends and other aspects of globalization. Human rights advocates question whether globalization has had primarily positive or negative implications for human rights. This

essay explores that question using the metals mining industry as a case study. This industry reflects many of the major issues related to globalization and is a prime example of the ways that globalization has affected human rights. Three categories of rights are examined. These are: environmental rights and the rights of indigenous peoples; the rights to life and physical integrity; and labor-related rights.

La globalización económica es uno de los fenómenos más importantes que hoy conforman a la sociedad. El surgimiento de las corporaciones multinacionales y las instituciones



financieras internacionales y la correspondiente reducción del poder del Estado han sido algunas de las tendencias más significativas asociadas con la globalización económica. Pese al hecho que generalmente se le considera como un desarrollo positivo para el sistema económico global, muchos/as observadores/as están preocupados/as por las implicaciones negativas para los derechos humanos. Este ensayo explora esa cuestión, empleando la industria de minería de metales como estudio de caso. Esta industria refleja muchas de las principales cuestiones relacionadas con la globalización y es ejemplar respecto a las formas en que la globalización ha afectado los derechos humanos. Se examinan tres categorías de derechos: derechos ambientales y derechos de los pueblos indígenas; derechos a la vida y a la integridad física; y derechos laborales.

## 1. GLOBALIZATION AND HUMAN RIGHTS: HELPING OR HARMING?

### 1.1 Introduction

Economic globalization is one of the most important phenomena shaping society today.<sup>1</sup> One writer has stated that globalization "is an overarching international system shaping the domestic politics and foreign relations of virtually every country."<sup>2</sup> But what exactly is globalization? One proposed definition is:

*"People around the globe are more connected to each other than ever before. Information and money flow more quickly than ever. Goods and services produced in one part of the*

*world are increasingly available in all parts of the world. International travel is more frequent. International communication is commonplace. This phenomenon has been titled 'globalization'.<sup>3</sup>*

Despite the fact that it is generally touted as a positive development for the global economic system, many observers are concerned about various aspects of globalization. Human rights advocates in particular question whether globalization has had primarily positive or negative implications for human rights. This chapter considers that question.

### 1.2 History of Globalization

Globalization has been called "the central organizing principle of the post-Cold War world."<sup>4</sup> However, it can be argued that globalization has much deeper historical roots. Western states have a history of intervention in the economies of less powerful nations and peoples dating back hundreds of years. One major reason for the development of the practice of colonialism was that it enabled the most powerful states to co-opt resources found elsewhere in the world. Eventually, as a result of the economic imperialism of Western states, "traditional subsistence economies and their trade patterns were shattered, while the industrialized states benefited."<sup>5</sup> Non-industrialized states became economically dependent on developed countries, and a cycle of debt and exploitation in which "vast regions of

<sup>1</sup> Schwab and Pollis (2000).

<sup>2</sup> Friedman, quoted in Schwab and Pollis (2000), p. 211.

<sup>3</sup> Porter, *Globalization: what is it?* (2004).

<sup>4</sup> Schwab and Pollis (2000), p. 209.

<sup>5</sup> Schwab and Pollis (2000), p. 210.



the globe served the interests of the few industrialized states<sup>6</sup> was set in motion.

Many scholars have called globalization the modern-day successor to colonialism.<sup>7</sup> Like colonialism, economic globalization can be described as a mechanism which allows wealthy developed countries to get richer by extracting resources from poorer countries. Meanwhile the underdeveloped countries, and particularly their most vulnerable citizens, become poorer and more dependent on foreign trade. The only difference is that today private industries rather than state governments are responsible for the pillage.

### 1.3 (Why) Is Globalization Really So Bad?

Clearly, all of the above reflects a very negative view of globalization. Its proponents on the other hand argue that globalization will actually better the lives of people in developing countries. With regard to human rights, globalization's advocates say that through increasing interactions between cultures, economic globalization will aid in the diffusion of human rights concepts and ideals throughout the world, resulting in the universal sharing of positive norms.<sup>8</sup>

Even some of the U.N. human rights treaty bodies seem to share this view, at least to some extent. For example, the Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) has questioned whether economic sanctions are the best way to deal with states that are chronic violators of human rights. Its members have speculated

that it may be more effective to keep these governments involved in international economic interactions so that they remain exposed to the influence of the international community.<sup>9</sup> The hope is that through involvement in global trade, these governments will be directly or indirectly "peer pressured" to respect human rights.

However, most human rights advocates feel that mere cross-cultural interaction is not sufficient to promote and ensure human rights. As for the relationship between economic interactions and human rights, it is highly questionable whether human rights issues are considered at all in the context of economic decision-making. Many human rights experts share the opinion of former High Commissioner for Human Rights Mary Robinson, who believes that economic decisions are generally made with little or no regard for human rights.<sup>10</sup> As one expert stated, in general, "human rights and economics [have] been kept in enforced isolation from each other...this [has] naturally led to contradictions."<sup>11</sup>

This is only natural. The purpose or "motivation" underlying economic globalization is just that – economic. It is a process whose driving force is economic growth, which generally is defined as growth in profits for big businesses and large-scale investors. Bettering the lives of poor and working people is not the "goal" of this process. As one scholar put it, "Globalization is devoid of ideological or humanistic underpinnings."<sup>12</sup> Another expert has explained the situation as follows: "It is not

<sup>6</sup> Schwab and Pollis (2000), p. 210.

<sup>7</sup> Ditto.

<sup>8</sup> Schwab and Pollis (2000).

<sup>9</sup> United Nations, Committee on Economic, Social and Cultural Rights (2000).

<sup>10</sup> Robinson (2003).

<sup>11</sup> United Nations, Committee on Economic, Social and Cultural Rights (2000).

<sup>12</sup> Schwab and Pollis (2000), p. 214.



a question of morality...fund managers are only carrying out instructions by seeking the highest possible return on capital."<sup>13</sup>

Obviously then, economic globalization is not a force whose purpose is the betterment of the living conditions of the lower classes of society. It would be hoped then that globalization could at least be a neutral force, neither improving nor worsening the quality of life for the millions of people who are not its main beneficiaries. Unfortunately, this does not appear to be the case. The vast majority of human rights experts agree that 'globalization has had a deleterious effect on the entire complex of human rights.'<sup>14</sup> Exactly how it has had these adverse effects will be discussed in depth throughout this essay.

#### 1.4 International Financial Institutions, Foreign Investment, and Human Rights in Developing Countries

As described by one U.N. human rights body, the negative effects of globalization include "indiscriminate liberalization, privatization and deregulation, [and] narrowing the range of national policy options available to governments, particularly of developing countries."<sup>15</sup> One major reason the governments of developing countries find themselves with few real policy options is that they are forced to abide by the terms of what are known as a Structural Adjustment Programs in order to be eligible for aid programs and loans from international financial institutions such as the IMF and

the World Bank. The conditions of Structural Adjustment Programs require that states receiving loans open themselves up to extensive foreign investment, regardless of the potential social costs. Therefore, developing states are essentially coerced into accepting foreign investment on terms that are harmful to their own people. The CESCR has commented on the hazards inherent in Structural Adjustment Programs and has made recommendations concerning their implementation:

*"A matter which has been of particular concern to the Committee in the examination of the reports of States parties is the adverse impact of the debt burden and of the relevant adjustment measures on the enjoyment of economic, social and cultural rights in many countries. The Committee recognizes that adjustment programmes will often be unavoidable and that these will frequently involve a major element of austerity. Under such circumstances, however, endeavours to protect the most basic economic, social and cultural rights become more, rather than less, urgent. States parties to the Covenant...should thus make a particular effort to ensure that [human rights] protection is, to the maximum extent possible, built-in to programmes and policies designed to promote adjustment. Such an approach, which is sometimes referred to as 'adjustment with a human face' or as promoting 'the human dimension of development' requires that the goal of protecting the rights of the poor and vulnerable should become a*

<sup>13</sup> Schwab and Pollis (2000), p. 212.

<sup>14</sup> Schwab and Pollis (2000), p. 217.

<sup>15</sup> United Nations, Committee on Economic, Social and Cultural Rights (2000).



*basic objective of economic adjustment. Similarly, international measures to deal with the debt crisis should take full account of the need to protect economic, social and cultural rights... In many situations, this might point to the need for major debt relief initiatives.*<sup>16</sup>

Unfortunately, these recommendations are all too often ignored, usually to the detriment of the poorest citizens of developing countries.

An example of the injurious impact of international financial institutions and Structural Adjustment Programs on human rights can be found in Nicaragua. Nicaragua is an extremely poor country, reportedly the third poorest in the Western Hemisphere.<sup>17</sup> Because of its destitution, the Nicaraguan government relies heavily on loans from international financial institutions such as the World Bank and the IMF. In order to qualify for this aid, Nicaragua's Structural Adjustment Program has stipulated that the government was to privatize basic services, balance the national budget, and enact liberal trade laws in order to attract foreign investment.<sup>18</sup>

Unfortunately for the Nicaraguan people, "Structural Adjustment Programs were designed by the IMF and World Bank to help poor countries 'reactivate' their economies and make their debt payments,"<sup>19</sup> not to help the working class citizens of these countries live decent lives

and enjoy basic human rights. As a result, "while Nicaragua's macroeconomic indicators have shown growth as foreign investment increases, its human development indicators keep getting worse."<sup>20</sup> The following statistics, obtained from the 2000 UNDP report and the World Bank among other sources, provide specific examples of the effects that the Structural Adjustment Program has had on Nicaragua:

- "From 1993 to 2001 the number of child workers [in Nicaragua] grew by 400%..."
- Spending on education fell from \$40 per Nicaraguan in the 1980s to \$9 today.
- Illiteracy rose from 18% in 1990 to 34% in 2000, 46% in rural areas.
- Spending on health fell from \$35-40 per Nicaraguan in the 1980s to \$13 today, and is now the lowest in Central America.
- Nicaragua's maternal mortality rate increased 53% from 1997-99.
- Since 1990, union membership has fallen from 65% to 13%.
- From 1990 to 1999, more than 140,000 government workers were fired because of budget cuts, affecting approximately 860,000 family members and other dependents."<sup>21</sup>

Clearly, the intervention of international financial institutions has harmed rather than helped the Nicaraguan people. Indeed, as the human rights treaty bodies have observed, "the so-called

<sup>16</sup> United Nations, Committee on Economic, Social and Cultural Rights (1990).

<sup>17</sup> Witness for Peace. Nicaragua at a glance.

<sup>18</sup> Witness for Peace. Nicaragua: condemned to debt.

<sup>19</sup> Witness for Peace. Nicaragua: condemned to debt.

<sup>20</sup> Witness for Peace. Nicaragua: condemned to debt.

<sup>21</sup> Witness for Peace. Nicaragua at a glance.



structural adjustment measures and the privatization of State property have had negative consequences on the enjoyment of the economic, social and cultural rights of the Nicaraguan people, especially on its most vulnerable sectors and among them the indigenous communities.<sup>22</sup>

### 1.5 The Growing Influence of Multinational Corporations and How This Affects Human Rights

Even without the help of the international financial institutions, multinational corporations (MNCs) are capable of exerting an exorbitant amount of power. They are the dominant entities in the world economy, with budgets that dwarf those of most countries.<sup>23</sup> Due to this abundance of cash, in recent decades MNCs "have been exercising inordinate amounts of influence in world politics."<sup>24</sup> They have established what some experts call "the right of money to vote."<sup>25</sup> This is true even in strong democracies like the United States. As one expert remarked, "The United States in the twenty-first century is more powerful and dominant than any nation or empire has even been, [yet] it has become a handmaiden to corporate and financial interests."<sup>26</sup>

If this is the case in developed countries such as the United States, what then can be expected in developing countries? Given the enormous wealth of many corporations compared to that

of developing countries (to provide an example, it has been reported that Microsoft's total worth for example is greater than that of all the countries in Africa combined),<sup>27</sup> it is no wonder that these states are extremely susceptible to economic pressures placed on them by large corporations. Compounding the problem is the fact that the governments of some developing countries are extremely corrupt. For all of these reasons, MNCs are able to exert an enormous amount of influence on the governments of developing countries, often to the detriment of human rights. For example, governments fearful of losing foreign investment are often quick to crack down on the civil and political rights of their citizens who express opposition to the invading MNCs. And in places where governments are corrupt or repressive to begin with, it has been found that MNCs are often willing collaborators in the oppression of citizens.<sup>28</sup>

In fact, MNCs have gone much further than just colluding with repressive governments. They themselves have in many cases become egregious perpetrators of human rights violations. Due to their overwhelming power, these entities have been able to violate human rights with impunity even in strong democracies in which such abuses are usually not tolerated.<sup>29</sup> As Kinley and Joseph have explained, the situation is even worse in poorer countries:

*"The most notorious MNC abuses occur in the developing world, including for example complicity in*

<sup>22</sup> United Nations, Committee on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (1995).

<sup>23</sup> Danchin (2004).

<sup>24</sup> Naidoo and Ravindran (2002).

<sup>25</sup> Schwab and Pollis (2000), p. 212.

<sup>26</sup> Schwab and Pollis (2000), p. 219.

<sup>27</sup> Danchin (2004).

<sup>28</sup> Naidoo and Ravindran (2002).

<sup>29</sup> Schwab and Pollis (2000).



*the brutality of host states' police and military, the use of forced and child labour, suppression of rights to freedom of association and speech, violations of rights to cultural and religious practice, infringement of rights to property..., and gross infringements of environmental rights.*"<sup>30</sup>

How then can human rights and economic globalization be reconciled? Kofi Annan has said, "We have to choose between a global market driven only by calculations of short-term profit and one which has a human face."<sup>31</sup> Yet so far, profit appears to be the only goal of many MNCs, even at the expense of basic human rights.

### **1.6 Why Certain Populations Are Disproportionately Affected By the Negative Consequences of Economic Globalization**

Those who lack the influence and decision-making power that comes with wealth have generally not benefited from globalization.<sup>32</sup> This applies to entire countries or regions which are not among the most powerful players in the world economy.<sup>33</sup> It also applies to working-class people in wealthy nations. For example, in the United States, "As a consequence of the restructuring of corporations, downsizing, outsourcing, use of contract labor, and

movement of production facilities to cheap-labor countries, matched with record profit for corporations, the well-being of ordinary citizens has deteriorated."<sup>34</sup> As a result of globalization, these people are now working harder and longer for a smaller share of "the economic pie."<sup>35</sup>

In addition to economic factors, racism and ethnocentrism also play a role in determining who will benefit from globalization and who will suffer. Ethnic minorities are often denied the benefits that come with globalization and are disproportionately the victims of its harmful effects. This is due in part to a prevalent belief, whether subconscious or explicit, that these people are of less value or importance than other members of society. As Johnston has explained,

*"While the ideal of human rights is to ensure that all humans – irrespective of nationality, religion, sex, social status, occupations, wealth, property, or any other differentiating ethnic, cultural or social characteristic – are guaranteed the conditions necessary for a life of dignity in the contemporary world, at the experiential level, ethnocentric prejudices, conflicting interests, greed, and simple brutality intercede between law and practice. Human action and a history of social inequity leave some people more vulnerable than others, and this vulnerability often results in...the abuse of human...rights."*<sup>36</sup>

<sup>30</sup> Kinley and Joseph (2002).

<sup>31</sup> Schwab and Pollis (2000), p. 213.

<sup>32</sup> Schwab and Pollis (2000).

<sup>33</sup> Thus, for example, the entire African continent "has on the whole been marginalized and has not been incorporated into the global economy." Schwab and Pollis (2000), p. 219.

<sup>34</sup> Schwab and Pollis (2000), p. 218.

<sup>35</sup> Schwab and Pollis (2000), p. 217.

<sup>36</sup> Johnston (2000), p. 100.



## 1.7 The Metals Mining Industry as an Example of the Intersection of Globalization and Human Rights

The metals mining industry reflects all of the issues discussed above and is a prime example of the ways that globalization has affected human rights. It is an industry in which most of the major players are based in developed countries but operate in developing ones,<sup>37</sup> and as such provides a perfect example of how the exorbitant economic power of MNCs and international financial institutes often overwhelms governments of developing countries, forcing them to accept terms that are not beneficial to their own people. An example of this can be found in Ghana. In the 1980s Ghana relaxed its mining laws in order to attract foreign investment, as required by the Structural Adjustment Program planned for the country by the IMF.<sup>38</sup> Today, according to a Ghanaian expert on mining and social issues, the gold mining sector accounts for about 60% of Ghana's total annual foreign exchange earnings and employs five percent of the workforce.<sup>39</sup> But rather than benefit the Ghanaian people, this expert reports that "[t]he continuous growth of the [mining] sector has instead brought to the people long suffering, human rights violations, humiliation and massive impoverishment... There has been significant escalation of injury on indigenous peoples."<sup>40</sup> In the words of another Ghanaian activist, "Today's large-scale mining operations are devastating rural economies

and destroying livelihoods. Gold has become a symbol of poverty and misery for mining-affected communities."<sup>41</sup>

In other countries people experience these detrimental consequences without even experiencing the job creation that Ghana has. In general, mining provides just one half of one percent of the world's jobs.<sup>42</sup> And local people usually benefit very little from job creation at all, since in many cases the majority of mining workers come from outside the country where the mining actually takes place.

As an extractive industry, mining is inextricably tied up with land use. Throughout the world, land is a highly valued resource for economic reasons. In addition, for many peoples land has a spiritual or historical component which increases its importance. In light of this, and especially when one considers that mining interests are generally much more powerful than the communities whose land is at stake and do not hesitate to exert this power, at times forcibly, it becomes clear that the stage has been set for potential human rights abuses.

In addition to the economic, social and cultural issues discussed above, the mining industry has also been associated with a wide variety of other human rights abuses including attacks on indigenous peoples, the use of child labor and virtual slavery, and the detention, torture, and murder of those who protest against mining operations. For all of these reasons, the intersection between mining, globalization and human rights is a subject worthy of examination.

<sup>37</sup> Sampat (2003).

<sup>38</sup> Earthworks and Oxfam America (2004). Mothers affected by gold mining speak out.

<sup>39</sup> Lassez (2000).

<sup>40</sup> Lassez (2000).

<sup>41</sup> Earthworks and Oxfam America (2004). Mothers affected by gold mining speak out.

<sup>42</sup> Brown (2001).



Within the mining industry, mining of metals is by far the most destructive sector. Metal mines commonly release toxins such as cyanide only yards from homes, schools and water sources. People who live near metals mining sites are often severely harmed by the pollution released from the mines. In addition, unlike more common minerals, metals are only found in a few locations. Therefore when metals are detected in an area people living there are generally relocated, often forcibly or without proper consultation or remuneration for their land. For these reasons, metals mining is the category of mining that is of the greatest concern to human rights activists.

## 1.8 Conclusion

It is clear that a major result of globalization has been a shift in power from state governments to multinational corporations and international financial institutions. These global actors are "challenging the [state's] role and function and/or diminishing state sovereignty in many realms."<sup>43</sup> This especially affects minorities and marginalized peoples who lack the financial capacity to protect their interests in the face of those who would violate their rights, and must therefore rely on their governments for help in doing so. It also has disproportionately negative consequences for developing countries, since these states lack the financial security to be able to stand up to powerful non-state actors.

The problem is that these powerful agents are primarily self-interested. Their goal is profit, regardless of the social cost. And unlike in most governments, there are

no checks and balances in the economic system – these global actors are not responsible to any supervisory or monitoring body, despite the fact that their actions affect hundreds of millions of people around the world.<sup>44</sup> Their "authority, for the time being, remains unchallenged by any countervailing...power."<sup>45</sup>

As mentioned above, human rights issues are often completely ignored within the discussion of economic globalization. When they are, they are often seen as something that conflicts with or stands in the way of the "progress" that comes with globalization. Human rights advocates on the other hand insist that human rights are non-negotiable and that economic decisions must proceed from this starting point.<sup>46</sup> They assert that "human rights law should prevail in the event of a contradiction, since it represents the legal expression of the fundamental elements of human dignity."<sup>47</sup>

As discussed previously, the metals mining industry has proven to be an example of this prioritization of profits over human rights. In discussing the effects of mining on human rights, I will focus on the following three categories of rights: environmental rights and the rights of indigenous peoples; the rights to life and physical integrity; and labor-related rights. I have chosen to focus on these rights for a variety of reasons. First, these categories encompass many of the most severe of all human rights abuses. Secondly, the categories of incidents on which I will focus are clearly observable and can in nearly all cases be objectively defined. Third, the

<sup>43</sup> Schwab and Pollis (2000), p. 210.

<sup>44</sup> Schwab and Pollis (2000).

<sup>45</sup> Schwab and Pollis (2000), p. 211.

<sup>46</sup> Robinson (2003).

<sup>47</sup> United Nations, Committee on Economic, Social and Cultural Rights (2000).



human rights violations I will examine are direct results of actions taken by mining companies and others; the deleterious effects observed can be traced directly back to specific perpetrators. And finally, I have chosen to focus on these three categories of human rights abuses because they are among those most commonly perpetrated in conjunction with mining.

## 2. ENVIRONMENTAL RIGHTS AND THE RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLES

### 2.1 Introduction

The field of human rights is ever expanding. Human rights advocates have moved beyond censuring a limited range of acts such as torture and arbitrary execution to questioning what is necessary in order for each human being to live a safe, healthy and fulfilling life. "First generation" rights such as freedom from arbitrary detention and the right to due process have been joined by "second generation" rights such as the rights to food, water, shelter, education, health care, and cultural and linguistic rights, as well as "third generation" human rights, which include self-determination and environmental human rights. Today, these latter two categories of rights are increasingly recognized as mainstream concerns of the human rights community.

In addition to covering a wider variety of issues, the field of human rights has also expanded in terms of who is afforded these rights. Human rights activists and treaties have generally addressed the rights of individuals rather than of groups. In recent years however, various groups have asserted that they have rights that pertain to

them as a whole group rather than just as individuals. This has provoked a great deal of controversy, not only among "the opposition," but even amongst the human rights community itself. Thus group rights, also known as collective rights, have moved to the forefront of the human rights discourse.

Central to this discussion has been the issue of the human rights of indigenous peoples. As Anaya has explained,

*"The case repeatedly has been made that the human rights of those segments of humanity that are identified as indigenous cannot be fully enjoyed unless their collective rights are acknowledged and protected. The focus on indigenous group rights in the draft U.N. and OAS texts... manifests the prevailing assumption that this proposition is correct."<sup>48</sup>*

In other words, because the particular interests of indigenous peoples relate specifically to their existence as groups, it is not sufficient to recognize only their individual rights.

Indigenous peoples' concerns, in addition to tending to fall under the heading of collective rights rather than solely that of individual rights, often have to do with some of the so-called "third generation" human rights, namely self-determination and environmental human rights. These categories of rights as well as land rights and cultural rights are thoroughly interrelated with regard to indigenous peoples. For example, indigenous peoples generally practice lifestyles that include maintaining and preserving healthy ecosystems.<sup>49</sup> For

<sup>48</sup> Anaya (1999).

<sup>49</sup> Downing et al. (2002).



that reason, it has been recognized that facilitating the capacity of indigenous peoples to remain the stewards of their traditional lands (i.e. their land and self-determination rights) aids in the realization of the environmental rights not only of the indigenous groups themselves but of all people, both local and further afield, whose interests are enhanced by the preservation of that particular environment.<sup>50</sup> Another example of the inter-relatedness of these rights arises from the fact that the land is an inextricable part of the culture of most indigenous groups. Having the power and autonomy to determine what happens to that land is therefore essential to the preservation of their cultures. This linkage of rights has been affirmed by Human Rights Committee jurisprudence including the various Sami cases against Finland as well as the Human Rights Committee's consideration of Guyana in 2001.

## 2.2 Mining, Indigenous Peoples, and Human Rights

Mining corporations are among "the planet's leading polluters."<sup>51</sup> As such they are consistent violators of environmental rights and other related human rights. Sampat states,

*"Mines have not only transformed landscapes, but have also dramatically altered the lives of local people who live near mineral deposits. Hundreds of thousands of people have been uprooted in order to make way for mine projects. Many others have had to... endure the*

*effects of living beside a mine that poisons their water supplies or near a smelter that pollutes the air they breathe."<sup>52</sup>*

Indigenous peoples are disproportionately affected by mining. Reasons for this are numerous. Firstly, according to the International Institute for Environment and Development, "[m]uch of the remaining unexploited ores in sufficient concentration to be attractive for modern commercial exploitation lie under indigenous lands."<sup>53</sup> Secondly, indigenous peoples' to their own lands are often not recognized. Thirdly, even when indigenous land rights are recognized, nearly all countries have laws stating that the right to the minerals found beneath the soil belongs to the government – ignoring the fact that in order to get to these minerals a great deal of irreparable damage must be done on the surface. Finally, misconceptions about indigenous ways of life lead others to think that indigenous peoples are "backwards" and that mining on their lands will benefit them by exposing them to "development" and modernity.<sup>54</sup> Such racist beliefs also lead some to think that land is interchangeable for indigenous peoples, and

<sup>50</sup> Indigenous Peoples and Global Governance.

<sup>51</sup> Sampat (2003), p. 119.

<sup>52</sup> Sampat (2003), p. 118.

<sup>53</sup> Downing et al. (2002). Indigenous peoples and mining encounters. Some indigenous leaders, such as Luis Macas of the Ecuadorian indigenous organization have commented on this. According to Macas, "It is no accident that most of the remaining natural resources are on indigenous land. First the white world destroys their own environment, then they come asking for the last pieces of land they have put us on, the earth we have protected." Quoted from *We Are Everywhere: The Irresistible Rise of Global Anticapitalism*, p. 114.

<sup>54</sup> World Rainforest Movement (2001).



that relocating them, even if against their will, is completely acceptable.

In Johnston's essay on what she calls "human environmental rights," she provides an excellent discussion of these and additional reasons that mining so often affects indigenous peoples and other ethnic minorities:

*"At one level, human environmental rights abuse occurs because people happen to be living in the wrong place. Beneath their land lie economic or strategic mineral resources... At another level, human environmental rights abuse occurs because people are in the way of progress and 'national' needs supercede individual and community concerns... Still at another level, human environmental rights abuse occurs because it is socially, culturally, and legally acceptable to protect the health of some people while knowingly placing other humans at risk. Thus, women and children and racial, ethnic, and other powerless groups experience a contradictory application of occupational health and safety regulations and of environmental protection measures."<sup>55</sup>*

In other words, although it is not openly expressed, it is implicitly considered more acceptable for indigenous peoples to be exposed to pollution or to be pushed off their lands than it would be for others.

In violating the land rights of indigenous peoples, mining companies violate a whole host of other human rights

<sup>55</sup> Johnston (2000), p. 101.

as well. For example, the Committee which monitors the International Convention on Civil and Political Rights (Human Rights Committee or HRC) has ruled that cultural rights include traditional ways of livelihood such as fishing and herding which are directly tied to the land. Therefore, when land rights are violated in a way that interferes with a group's livelihood, their cultural rights have been violated as well. In addition, less tangible cultural rights such as the right to one's language and identity are also threatened by mining, as described by Johnston:

*"Cultural groups struggle to maintain a sense of unique identity while interpreting and assimilating an overwhelming flow of new ideas, ways of living, economies, values, and language... Small groups continually interact with and are subsumed by larger cultural, political and economic groups of national and global dimensions. The resulting reality is for many an intense struggle to retain the right to simply exist, as other more powerful peoples seize their land and resources and 'cleanse' the countryside of their presence."<sup>56</sup>*

### **2.3 An Examination of the Right to Self-Determination**

Self-determination has been a very sensitive issue, provoking many disagreements between indigenous peoples and state governments. The U.N. Charter, which all of the countries of the world have ratified, requires states parties to respect

<sup>56</sup> Johnston (2000), p. 99.



"the principle of equal rights and self-determination of peoples."<sup>57</sup> For this reason, many state governments have refused to acknowledge that indigenous groups living within their territories are in fact "peoples," despite the fact that these groups clearly meet the common definition of a people ("a body of persons sharing a common religion, cultural language, or inherited condition of life"<sup>58</sup>). Instead, state governments refer to them as ethnic groups, "persons belonging to indigenous groups,"<sup>59</sup> etc.

The issue of self-determination has been dealt with extensively by the human rights treaty bodies and other U.N. organs as well as by regional human rights institutions. These bodies have concluded that the realization of the right of self-determination does not necessarily imply complete autonomy. Instead, "self-determination" is understood in the contemporary human rights framework to mean that a people has a *measure* of autonomy. In practical terms, this means that the right to self-determination is considered to be sufficiently realized if the indigenous group has the ability to participate in local and national government, is allowed some measure of self-government, and/or

has given informed consent with regard to changes that will affect it.

It has been determined by Human Rights Committee jurisprudence that an indigenous people must be consulted with regard to any proposed changes or development that may take place on their traditional lands. In order for this requirement to be satisfied, the group must be thoroughly informed about the proposed change and must have the opportunity to provide input in the decision-making process. It is not required that the indigenous group have the final say about the proposed change. However, the HRC has consistently found that any changes to the land which disrupt a peoples ability to conduct their traditional practices, including their traditional means of earning a livelihood, amounts to a violation of cultural human rights. In other words, the Human Rights Committee has developed a broad interpretation of cultural rights which includes traditional economic practices such as hunting, fishing or raising livestock within the category of "culture." In this way, the HRC has taken advantage of the inter-relatedness of human rights in order to rule in favor of indigenous groups and help them maintain their ways of life while avoiding dealing directly with the tricky issue of self-determination.<sup>60</sup>

<sup>57</sup> Charter of the United Nations, Article 1.

<sup>58</sup> Dictionary.com. A similar definition was put forth by the African Commission on Human and People's Rights, which defined a "people" as a group of persons having "common ancestry, ethnic origin, language or cultural habits." From: The African Commission on Human and People's Rights: Introduction to the African Commission and the Regional Human Rights System, F. Viljoen, as yet unpublished.

<sup>59</sup> In a meeting on the Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, the United States delegation proposed that this term be used in place of the term "indigenous peoples." Carmen, A. (1998).

<sup>60</sup> Interestingly, the CERD Committee has experienced a greater degree of internal disagreement on the necessity of consulting an indigenous group or ethnic minority with regard to proposed development projects on their lands. Some members of this Committee have even expressed doubt as to whether the undertaking of a development project which proved to interfere with the traditional activities of an ethnic minority group constitutes a human rights violation. In one Committee meeting, members held a fascinating debate/discussion about whether "a small group" should have the right to delay or prevent



## 2.4 Self-Determination: Mining-Related Incidents and Violations

In some cases, mining interests have adopted a paternalistic attitude in encroaching on indigenous peoples' right to self-determination. "Government or [mining] company... leaders and staff often assume moral authority over indigenous peoples, whom they may see as poorly informed, needy, or inferior peoples in need of charitable assistance."<sup>61</sup> They simply decide that they themselves are more fit to make decisions about what is best for indigenous peoples than the peoples themselves. Of course, what they consistently decide is best for the indigenous groups is to have mining operations take place on their lands.

On other occasions governments simply ignore laws or treaties signed with indigenous peoples guaranteeing their autonomy on such issues. This has occurred in the United States, where the government arbitrarily decided that treaties signed with the Western Shoshone were no longer valid after valuable metals were found beneath Western Shoshone lands.<sup>62</sup>

Similar problems with self-determination have occurred in Panama.

---

a project that might entail a great deal of benefits for the rest of the country. Committee members were divided on this issue (United Nations, Committee on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (1993). Summary record of the 972<sup>nd</sup> meeting: Central African Republic, Ecuador. 22/07/03. CERD/C/SR/972). The Human Rights Committee on the other hand has consistently ruled that instances such as those described here *do* constitute human rights violations and that the rights of the few cannot be violated in the interests of the majority.

Downing et al. (2002), p. 10.  
United Nations, Committee on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (2001).

The Kuna people of Panama have long enjoyed a great deal of independence from the Panamanian government and have been considered one of the most autonomous indigenous groups in the world, due largely to "a series of Panamanian laws demarcating their territory and recognizing their right to govern themselves."<sup>63</sup> However, this began to change with the discovery of gold and other metals on Kuna territory. In recent years, the Panamanian government has maintained that subterranean resources are the property of the state and that indigenous peoples need not be consulted in order for mining to take place within their territories.<sup>64</sup>

The Kunas of Panama therefore present a dramatic example of how mining interests have violated the right of self-determination of peoples, particularly indigenous peoples. It is important to remember however that fulfillment of the right of self-determination does not require the near-complete autonomy previously enjoyed by the Kuna people. As discussed earlier, it may also be fulfilled by through genuine consultation of the people who will be affected. Unfortunately, mining companies and governments rarely comply with even this less stringent means of guaranteeing the right of self-determination.

## 2.5 An Examination of Environmental Rights

The definition of environmental rights has also been controversial. In attempting to clarify this term, it is first useful to examine the difference between "environmental rights" (also referred to as "the right to a satisfactory environment"), which have to

<sup>63</sup> LaFranchi (1998).

<sup>64</sup> LaFranchi (1998); Lopez (1997).



do with "conserv[ing], protect[ing] and improv[ing] the current environment for the benefit of man,"<sup>65</sup> and "right of environment," which is "founded upon the notion that the environment possesses rights derived from its own intrinsic value, separate and distinct from human use of the environment."<sup>66</sup> As this essay is located within the framework of human rights, I will focus exclusively on the former.

Some legal scholars have challenged the very concept of environmental rights and questioned the legal foundations of such rights. Ebeku provides a helpful discussion of this issue in his article entitled "The Right to a Satisfactory Environment and the African Commission."

Ebeku is a supporter of environmental rights and provides a great deal of evidence to support their existence and legal foundations. First, he points out that over 60 states from all parts of the world have enshrined various versions of environmental rights in their Constitutions.<sup>67</sup> In conjunction with this, he notes that "[m]any state courts have rendered decisions enforcing the relevant constitutional provisions on the right to a satisfactory environment."<sup>68</sup>

In addition to domestic legal statutes, "international human rights treaties, covenants, and law; regional human rights instruments; [and] trade agreements"<sup>69</sup> have all codified environmental rights in international law. Ebeku provides examples of international human rights bodies (both judicial and non-judicial) whose rulings have

relied on these legal provisions in support of the notion of environmental rights. One such case involved the Yanomami indigenous group in Brazil. In this case, "the [Inter-American] Commission determined that environmental degradation of Yanomami lands violated the right to life and other human rights (including right to cultural identity and right to property)."<sup>70</sup>

It is interesting to note that in defending environmental rights, Ebeku does not argue for the addition of new substantive rights to the human rights canon. Instead, he focuses on cases in which environmental damage has caused violations of previously recognized human rights, such as the rights to life and health, food and water, livelihood, culture, and others. All of these are rights on their own merit and are clearly elaborated in various human rights conventions. Some human rights activists and scholars argue that environmental rights also include the right to benefit equitably from the use of environmental resources, the right to information about environmental issues, the right of the public to participate in decision-making on environmental issues, and the right of access to justice, i.e. to judicial or other impartial review of the legality and appropriateness of actions that affect the environment.<sup>71</sup> However, it should be recognized that these too are covered by existing human rights, such as the right to participate in government, the right to due process, and the right to freedom from discrimination. It may be then that describing certain human rights as "environmental rights" amounts to nothing more than coining a new term to categorize already recognized rights. In any case, this can be recognized

<sup>65</sup> Ebeku (2003), p. 150.

<sup>66</sup> Ebeku (2003), p. 150.

<sup>67</sup> Ebeku (2003).

<sup>68</sup> Ebeku (2003), p. 153.

<sup>69</sup> Johnston (2000), p. 101.

<sup>70</sup> Ebeku (2003), pp. 154-155.

<sup>71</sup> EcoPravo-Kiev; International Institute for Environment and Development.



as a practical illustration of the interdependence of human rights, specifically the human rights that are of the greatest relevance in relation to mining.

In conclusion, it seems safe to say that environmental human rights do exist regardless of whether or not one chooses to use this term. In the past, those who violated these rights usually enjoyed complete impunity. However today,

*"As a result of advocacy efforts, human environmental rights issues are increasingly emerging as pivotal issues in formal political arenas. [Both domestic and international environmental rights laws have] been used by advocacy groups to force acknowledgement of culpability, halt impending human environmental rights abuses, and renegotiate the human and environmental considerations."<sup>72</sup>*

## 2.6 Environmental Rights: Mining-Related Incidents and Violations

The mining industry produces more toxic waste than any other industry and has had a severe impact on peoples and environments around the world.<sup>73</sup> The Ok Tedi mine in Papua New Guinea provides an illustration of the disproportionate impact of mining: this one mine generates more waste per day than do all of the cities in Australia, Canada and Japan put together.<sup>74</sup>

These wastes, which in the case of metals mining often include extremely hazardous chemicals which can be lethal even in tiny amounts, are often disposed of

inappropriately. This is particularly the case in developing countries, which are chosen by mining companies in part because their environmental regulations are generally not as strict as in more developed nations.<sup>75</sup>

A number of mines dispose of toxic wastes by dumping them directly into rivers or the ocean.<sup>76</sup> More commonly, mining waste disposal takes the form of tailings ponds or tailings dams. In the case of the former, "a caustic brew of chemicals is...left untreated in large, biologically lifeless ponds, eventually polluting both surface and underground water supplies."<sup>77</sup> As for tailings dams, these are "typically built by stacking piles of wastes above ground or in freshwater ponds."<sup>78</sup> These dams inherently lack structural integrity.<sup>79</sup> Thus, "of the hundreds of mining-related environmental incidents since 1975, about 75 percent have involved tailings dam ruptures."<sup>80</sup> The results of these accidents and of careless disposal of mining wastes in general are incidents such as the following:

*"On October 16, 2001, a tailings dam burst at the Tarkwa gold mine in the Wassa West District of Ghana sending thousands of cubic meters of mine waste into the Asuman River and contaminating it with cyanide and heavy metals... The disaster left more than one thousand people without access to drinking water. Virtually all life forms in the river and its tributary were killed... 'People in*

<sup>72</sup> Johnston (2000), p. 105.

<sup>73</sup> Brown (2001).

<sup>74</sup> Sampat (2003).

<sup>75</sup> Sampat (2003).

<sup>76</sup> Sampat (2003).

<sup>77</sup> Brown (2001), p. 129.

<sup>78</sup> Sampat (2003), p. 118.

<sup>79</sup> Earthworks and Oxfam America (2004). Dirty metals: mining, communities and the environment.

<sup>80</sup> Sampat (2003), p. 118.



the villages of Abekoase and Huni have lost their clean drinking water and their livelihood as they can no longer sell or eat produce from their farms through which the river runs.' ...[T]he cyanide and heavy metal residue from the spill could remain for decades, posing a health and environmental threat to the people and animal life in the area."<sup>81</sup>

"On 14 January 2003, a cyanide solution spill—a product used in the industrial processing to obtain gold—took place at the Canadian company HEMCONIC and/or Greenstone [in Nicaragua]. The spill was the equivalent of 30,433 gallons... The accident was due to mechanical failures... According to company technicians, the cyanide dumped into the Bambana river has a percentage of 0.9 ppm (parts to a million), which does not represent a hazard to human beings. However, health workers from the Indigenous community of Prinzubila, Prinzapolka municipality, reported the death of seven children who are suspected of having been poisoned by drinking water from the Bambana River—this community is located on its banks. The death of another five children from the neighbouring community of Wasa King (Rosita municipality) was also reported... [T]he Humboldt Centre organization—that has monitored the activities of this mining company since its start—set up a technical team in order to

verify the magnitude of the spill... From the results obtained, it appears that, with the exception of [a single sample], all the analyses showed results above the standard, indicating that the spill contained cyanide."<sup>82</sup>

"On June 2, 2000, a truck from the Yanacocha gold mine in northern Peru spilled 150 kilograms of mercury out of poorly sealed containers and onto a 43-kilometer stretch of road... Many local people, not knowing what the material was or that it was toxic, collected it in the hope that it might be valuable. Other villagers were hired by the mine to clean up the spill—but were not provided with any protective gear. Mercury can damage the lungs, kidneys, and nervous system. It can also cause birth defects. The spill affected an estimated 925 people; 400 of them were treated for mercury poisoning and over 130 were hospitalized. The Newmont Mining Company, the US-based corporation that co-owns the mine with Buenaventura Mining of Peru and the World Bank's International Finance Corporation (IFC), spent \$12 to \$14 million on the clean-up, but was unable to account for nearly 15 percent of the spilled mercury."<sup>83</sup>

In cases such as these and many others, mining corporations have violated communities' rights to life, health, and livelihood, among other rights, as a direct

<sup>81</sup> Earthworks and Oxfam America (2004). Community voices: Wasa District, Ghana.

<sup>82</sup> World Rainforest Movement (2003).  
<sup>83</sup> Earthworks and Oxfam America (2004). Dirty metals: mining, communities and the environment.



result of their careless and oftentimes illegal environmental practices.

## 2.7 An Examination of Land Rights

As has been alluded to in the above sections, land rights are also extremely important to indigenous peoples. Besides the importance that land bears for any individual or group, land bears a special significance to many indigenous groups in several cultural respects. First, the land is often a direct source of the group's livelihood. In addition, in many cases, the land is an inextricable part of the group's identity. As Downing and his colleagues have pointed out, "indigenous peoples usually call themselves by names in their own language which translate as the 'people of the land' or 'people of a place' or 'people of X', where X refers to some critical natural resource that sustains or symbolically represents them."<sup>84</sup>

This cultural and identity significance goes even deeper however. For most indigenous groups, traditional lands are tied to the group's spiritual beliefs. One indigenous leader summed up the feelings of many indigenous groups, saying, "Land is life and that land is sacred. It is the duty of every indigenous person to defend and protect the land."<sup>85</sup> Downing and his colleagues further described these beliefs, observing that many indigenous peoples "believe that they ARE part of the land... And indigenous land – its mountains, rocks, rivers, and specific places – may hold religious and ceremonial significance – comparable to the significance that the great religions place in their sacred places in Jerusalem or Mecca."<sup>86</sup>

<sup>84</sup> Downing et al. (2002), p. 6.

<sup>85</sup> Dulag Machi-ling of the Philippines, quoted in Downing et al. (2002), p. 5.

<sup>86</sup> Downing et al. (2002), pp. 8-9.

Therefore "the indigenous struggle is not simply to own real estate but also to protect their culturally defined landscape... The loss of land may mean, to them, that their entire culture is threatened."<sup>87</sup> As one indigenous group bluntly stated, "Relocation is genocide."<sup>88</sup>

## 2.8 Land Rights: Mining-Related Incidents and Violations

Failure to respect the land rights of indigenous peoples and others is virtually universal throughout the mining industry. For example, the U.S. government has enacted laws stating that "treaties signed by the Government and Indian tribes... can be abrogated unilaterally by Congress and that the land they possess or use can be taken without compensation by a decision of the Government."<sup>89</sup> It has used this legislation (whose actual legality is dubious at best) to seize lands from the Western Shoshone tribe and has "hand[ed] over huge tracts of Shoshone lands to mining companies."<sup>90</sup> In Suriname, "Maroon and Amerindian organizations had complained of [indigenous people] being chased off their traditional farmlands by mining companies."<sup>91</sup> Similarly, in Colombia, "the traditional lands of indigenous peoples have been reduced or occupied, without their consent, by timber, mining and oil companies."<sup>92</sup> And in

<sup>87</sup> Downing et al. (2002), p. 9.

<sup>88</sup> Black Mesa Indigenous Support.

<sup>89</sup> United Nations, Committee on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (2001).

<sup>90</sup> Earthworks and Oxfam America (2004). Community voices: Western Shoshone Nation, USA.

<sup>91</sup> United Nations, Committee on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (1997).

<sup>92</sup> United Nations, Committee on Economic, Social and Cultural Rights (2001).



Honduras, citizens were pressured by the government to relocate so that gold mines could be established. Lacking legal representation, members of the community of San Andres were relocated essentially against their will.<sup>93</sup>

### 3. THE RIGHTS TO LIFE AND PHYSICAL INTEGRITY

#### 3.1 Introduction

Considering that mining of metals is associated with the myriad of human rights abuses described in the previous chapters, it is understandable that few people want mining to take place close to their homes. At the very least, communities want to be consulted on the issue, to receive honest and understandable information about the environmental and health effects mining might cause in their areas, to be able to make informed decisions, to enjoy the right to refuse to move off their lands, and if they do decide to move, to be fairly and adequately compensated. Unfortunately, as discussed in the previous chapter, these rights are rarely respected. At times this lack of respect for human rights has gone so far as to take the form of physical attacks on individuals who get in the way of mining by refusing to give up their land, protesting against mining operations, or competing with large mining corporations. Incidents of assaults, torture and even murder of such individuals have all been documented. As researchers have pointed out, "Usually, force is exercised [on behalf of mining companies]

<sup>93</sup> *Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Colombia.* Center for Economic and Social Rights (2001).

by a surrogate – a contracting private security firm or through the government in response to what are announced as "illegal actions" by the indigenous peoples [or other protesters].<sup>94</sup> Yet despite the use of these surrogates, many of these incidents have been directly linked to the mining corporations themselves.

#### 3.2 The Right to Life and Physical Integrity: Mining-Related Incidents and Violations

As mentioned above, individuals living in mineral-rich areas are one of the groups whose members have been victims of mining-related murder. In some cases, the individuals who are killed are indigenous people who have opposed mining or prospecting on their traditional lands. This was the case regarding the Yupca and Yanomami indigenous peoples in Venezuela. According to the U.N. Committee on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (CERD Committee), there have been repeated mining-related attacks and murders of members of these groups. These attacks have been carried out by mining companies themselves as well as by government security forces.<sup>95</sup> Similar incidents have occurred in Brazil, where indigenous people have been subject to "intimidation, extortion, and acts of violence,"<sup>96</sup> and the Philippines, where the military used force against the Igorot

<sup>94</sup> Downing et al. (2002), p. 24.

<sup>95</sup> United Nations, Committee on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (1996). *Summary record of the 1169<sup>th</sup> meeting: Namibia, Venezuela.*

<sup>96</sup> United Nations, Committee on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (1996). *Summary record of the 1157<sup>th</sup> meeting: Bolivia, Brazil.*



indigenous people in response to their peaceful anti-mining protests.<sup>97</sup>

Members of local mining communities have also been attacked in Ghana. In December of 1999 it was reported that police and soldiers entered a community and proceeded to shoot randomly, injuring nine people. Others, including women and the elderly, were severely beaten. This attack was believed to be in retaliation for a demonstration held earlier against Gold Fields Ghana Limited.<sup>98</sup> Just two months previous, security guards working for Abosso Goldfields Limited allegedly attacked locals in Tarkwa, Ghana who were protesting the company's construction of a dam that would block a local waterway. In this incident it was reported that security forces beat the protesters and burned some of them with hot irons.<sup>99</sup>

Indonesia is another country in which those who have protested mining in their local environments have been murdered. Human Rights Watch reports that there exists in that country "a long-standing pattern of abuses by members of the Indonesian military"<sup>100</sup> in conjunction with mining, including disappearances and "summary killings of civilians."<sup>101</sup> Human Rights Watch has also stated that members of local indigenous groups were tortured by Indonesian militias "on property and using facilities and equipment owned by a U.S. mining company, Freeport McMoran."<sup>102</sup> These incidents have been further documented in detail by Chatterjee, who reports that on one occasion several local

leaders were held in captivity and tortured for two weeks before being released.<sup>103</sup> Others were reportedly transported in a Freeport McMoran bus to a location where they were stabbed and beaten with sticks and stones until several individuals died.<sup>104</sup> These abuses are generally understood to be measures of retaliation against indigenous groups who have resisted the presence of the mining company.<sup>105</sup>

The country that is perhaps more infamous than any other for attacks on mining protestors is Papua New Guinea. Conflict between mining interests and local inhabitants there had its origins in the 1960s and continued into the 1980s, when some members of the mining-affected community known as Bougainville began carrying out acts of sabotage against the mining company Rio Tinto. According to one member of the CERD Committee, this led to the following:

*"Violence...escalated and resulted in what might be called an internal conflict between the inhabitants of Bougainville, on the one hand, and the Government of Papua New Guinea on the other... [T]he conflict had been the scene of atrocities (killings, summary executions, disappearances, torture, etc.)... especially by the Papua New Guinea armed forces and police. It was also quite obvious that the...conflict was partly due to...foreign intervention - especially Australian - in mining activities."<sup>106</sup>*

<sup>97</sup> Downing et al. (2002).

<sup>98</sup> Lassey (2000).

<sup>99</sup> Global Mining Campaign. Ghana case studies.

<sup>100</sup> Human Rights Watch (1996).

<sup>101</sup> Human Rights Watch (1996).

<sup>102</sup> Human Rights Watch (1996).

<sup>103</sup> Chatterjee (2003).

<sup>104</sup> Chatterjee (2003).

<sup>105</sup> Chatterjee (2003).

<sup>106</sup> United Nations, Committee on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (1996). Summary record of the 1060<sup>th</sup>



Such human rights issues continue in Papua New Guinea to the present day.

Small-scale or artisanal miners are another group whose right to life has been violated, presumably because the large mining companies see them as a threat or as an unwelcome source of competition. In Ghana, Oxfam reports that "security personnel [employed by the Ashanti Goldfields mining company], acting in conjunction with the police and the military, killed three artisanal [small-scale] miners."<sup>107</sup> Ashanti Gold guards have also beaten and severely injured small-scale miners on other occasions.<sup>108</sup>

Security personnel were also reportedly responsible for the deaths of several individuals in Brazil, where a Rio Tinto security guard told Australian journalists that "the company's head of security had urged him and his colleagues to use violence and torture to discourage the [competing] miners."<sup>109</sup> These guards allegedly shot and killed local residents who were not professional miners but who were scavenging for tiny pieces of gold in the area surrounding the mine.<sup>110</sup>

In yet another case, Australian mining company Aurora Gold (also partially owned by Rio Tinto) has been implicated in the shooting deaths of two small-scale miners in Indonesia.<sup>111</sup>

A final category of victims of mining-related assaults is workers for the mining corporations themselves. In Ghana, former

workers for the mining company Ashanti Goldfields were kicked and shot at when they held a peaceful protest demanding several years of back pay.<sup>112</sup> In Colombia there have been numerous cases in which mining workers attempting to organize and form labor unions have been murdered.

## 4. LABOR-RELATED RIGHTS

### 4.1 Introduction

Across all industries, management has generally been resistant to the unionization of workers. The mining industry has been no exception. Like many other types of companies, mining corporations have at times broken domestic and international labor laws regarding union organizing, worker benefits, and other labor issues. However, unlike most other industries, the mining industry has also been the scene of extreme labor violations such as the use of child labor and forced labor (slavery). In addition, the mining industry accounts for more worker injuries and deaths per capita than any other industry.<sup>113</sup> These are issues that deserve careful consideration.

### 4.2 Child Labor: Mining-Related Incidents and Violations

Child labor is a problem that is associated with mining in many parts of the world. While child labor is always an issue of grave concern to the international human rights community, it takes on an additional dimension in the case of the mining industry because of the extreme risks and physical

meeting: Afghanistan, Chad, Papua New Guinea.

<sup>107</sup> Earthworks and Oxfam America (2004).

<sup>108</sup> Community voices: Sansu, Ghana.

Earthworks and Oxfam America (2004).

<sup>109</sup> Community voices: Sansu, Ghana.

<sup>110</sup> US Steelworkers Association (2002).

<sup>111</sup> US Steelworkers Association (2002).

Down to Earth (2001).

<sup>112</sup> Lassey (2000).

<sup>113</sup> Sampat (2003).



danger associated with working in this sector.

The human rights treaty bodies have documented incidents of children working in mines in Colombia, Guyana, and Zimbabwe. With regard to Colombia, the government reported to the Committee on the Rights of the Child (CRC) in January of 1995 on a number of steps it had taken to discourage child labor in the mines, including the provision of food subsidies and the implementation of educational programs.<sup>114</sup> However, in December of that same year the Committee on Economic, Social and Cultural Rights stated that "the high rate of child labour, particularly in arduous and unhealthy occupations (such as... mining)"<sup>115</sup> was still a "principal subject of concern."<sup>116</sup>

The Guyanese government reported to the CRC in 1995 that it was aware that the problem of child did exist in the mining industry in that country, but that "[t]he conditions of work, payment and hours worked by children were difficult to verify as neither the children, their employers nor their families were willing to disclose information which would lead to an end of the practice of child labor."<sup>117</sup> The government also stated that due to a lack of sufficient inspectors it was difficult to

effectively monitor the situation of child labor.<sup>118</sup>

In Zimbabwe the problem of child labor in the mining industry appears to have arisen in recent decades due to the decline of family-owned farms as a result of drought. It was reported in 1997 that the Zimbabwean government was taking steps to address the problem and to facilitate families' return to agriculture.<sup>119</sup> (As we have seen, this has brought its own set of problems for Zimbabwe). However, it appears that the demand for young children in the mining industry in Zimbabwe may continue since as one representative noted, "small boys were [considered] useful on account of their size."<sup>120</sup>

The Committee on the Rights of the Child has also expressed concern over possible child labor in mines in Nicaragua and Tanzania but has not definitively confirmed that such practice is taking place.

### 4.3 Forced Labor: Mining-Related Incidents and Violations

The mining industry has a history of using forced labor. One of the earliest associations of mining and slavery was in the 1970s<sup>121</sup>, when an investigatory body of the U.N. found that uranium extracted by Rio Tinto in Namibia was "mined by virtual slave labour under brutal and unsafe conditions."<sup>122</sup> Recently, the Peruvian government has stated that "a form of semi-

<sup>114</sup> United Nations, Committee on the Rights of the Child (1995).

<sup>115</sup> United Nations, Committee on Economic, Social and Cultural Rights (1995). *Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Colombia*.

<sup>116</sup> United Nations, Committee on Economic, Social and Cultural Rights (1995). *Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Colombia*.

<sup>117</sup> United Nations, Committee on Economic, Social and Cultural Rights (1995). *Initial report: Guyana*.

<sup>118</sup> United Nations, Committee on Economic, Social and Cultural Rights (1995). *Initial report: Guyana*.

<sup>119</sup> United Nations, Committee on Economic, Social and Cultural Rights (1997).

<sup>120</sup> United Nations, Committee on Economic, Social and Cultural Rights (1997).

<sup>121</sup> US Steelworkers Association (2002).

<sup>122</sup> Communist Party of Australia (1999).



slavery had been discovered in the country's mining areas<sup>123</sup> in the past, but assured the members of the U.N. Human Rights Committee that this practice no longer takes place.

There are however places in the world where forced labor and slavery are still used in the mining industry. Human Rights Watch has documented debt bondage, a contemporary form of slavery, taking place in mines in Pakistan. According to the NGO,

*"bonded labor is...prevalent in the mining industry of Baluchistan [a region of Pakistan]. Laborers from remote areas of Baluchistan and Swat are enticed by contractors with promises of employment. While contractors initially house and support such laborers, they are eventually taken to mines in Baluchistan where they are sold to local employers. Laborers are confined to work sites at the mines until arbitrarily established debts are deemed settled."*<sup>124</sup>

Pakistan is not the only country in which virtual slaves are used in the mining industry. According to one investigator, this practice is currently widespread in Burma.<sup>125</sup> Because of this and numerous other human rights violations on the part of the Burmese government, many companies have refused to do business in this country.

#### 4.4 Worker Safety: Mining-Related Incidents and Violations

Worker safety is a major issue in the mining industry due to the inherent risks that come with working in the mines. Unfortunately, some mining companies do not meet minimum safety standards/requirements, thereby putting workers' lives in jeopardy. In addition, some states do not fulfill their obligations to monitor worker safety in the mines.

One example of this is found in Ukraine. In 2001, the CESCR Committee commented, "The Committee notes with deep concern the high number of accidents owing to inadequate health and safety standards in the workplace and obsolete industrial equipment, particularly in the mining sector, as well as the insufficient efforts of the State party to enforce the existing standards."<sup>126</sup>

In the case of Honduras the CESCR Committee expressed similar concern regarding this issue, asking what steps the government had taken to ensure the health of miners. The government however did not provide a response.<sup>127</sup>

A particularly gruesome account of a violation of the right to safe working conditions comes from Tanzania, where it was reported that over 50 miners were buried alive in an accident at the Bulyan Hulu gold mine, currently owned by Barrick Gold, a Canadian company. This claim has not been fully investigated but is supported by

<sup>123</sup> United Nations, Human Rights Committee (1996).

<sup>124</sup> Human Rights Watch (1995).

<sup>125</sup> Moodey (1999).

<sup>126</sup> United Nations, Committee on Economic, Social and Cultural Rights (2001). *Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Ukraine.*

<sup>127</sup> United Nations, Committee on Economic, Social and Cultural Rights (2001). *Summary record of the 8<sup>th</sup> meeting: Honduras.*



eyewitness testimony and video evidence.<sup>128</sup>

## 5. WHAT CAN BE DONE TO REMEDY INJUSTICES RELATED TO METALS MINING?

### 5.1 Introduction

As demonstrated throughout this essay, a wide variety of injustices and human rights abuses have been caused by globalization in general and by the metals mining industry in particular. In this final chapter I will examine what can be and is being done to remedy human rights violations associated with mining. I will examine current practices as well as proposals for future improvements and will discuss their strengths and weaknesses in addressing the underlying issues.

A variety of different groups have interests in eliminating the human rights abuses associated with mining. Affected communities clearly have the most at stake. They and their allies are becoming more and more sophisticated and have had a great deal of success in publicizing their concerns. Governments are hearing the demands of their people, who in many cases have suffered severe consequences as a result of mining. Mining companies, increasingly finding themselves placed in the spotlight and not wanting to be known as human rights violators, are seeking to improve at least the most egregious and visible of their practices. Even international financial institutions are beginning to acknowledge that they must examine the results of their decisions down the line where they affect the lives of thousands of ordinary people. However, despite their agreement

that something must be done to protect individuals and communities affected by mining, what these groups have not always agreed on is the best way to proceed.

One obvious way to reduce the human rights abuses associated with metals mining would be to reduce the practice of mining itself. This option has been explored by both engineers and conservation experts. They have found that "[t]hrough improved design of cities, transport, homes and products, societies can find ways to...use smaller amounts of materials overall – dramatically reducing the need to mine underground ores."<sup>129</sup> Large amounts of metal would still be needed, but much of this could be obtained from recycling the materials contained in discarded cars, computers, and literally tons of other consumer products.<sup>130</sup> Yet even if recycling of metals were to increase dramatically, mining could not be eliminated completely. This is true not only because mining is a powerful and entrenched industry and because there is a great deal of money to be made through this endeavor. In addition (despite the evidence to the contrary), many state governments and others still feel that the development of the mining industry is essential to the development of poor countries.<sup>131</sup> And most importantly, recycling simply cannot possibly produce enough metal as is needed each year.

<sup>128</sup> Project Underground (2001).

<sup>129</sup> Sampat (2003), p. 111.

<sup>130</sup> "About half of the world's lead comes from recycled supplies, as does a third of aluminum, steel and gold. But for some metals, the recycling rate is far lower and appears to be falling: for instance, just 13 percent of copper is from recycled sources, down from 20 percent in 1980. Merely 4 percent of the world's zinc is obtained from recycled sources" (Sampat, 2003, p. 114).

<sup>131</sup> Weizner (2002), p. 8.



It becomes clear then that new initiatives must be taken in order to protect individuals and communities from the human rights violations associated mining. As this paper has demonstrated, mining companies (particularly multinationals), governments and international financial institutions all share the blame for mining-related injustices. Therefore initiatives intended to remedy these injustices must come from and examine problems within all three sectors in order to affect meaningful change.

## 5.2 Regulation of Multinational Mining Corporations

As illustrated throughout this paper, disregarding human rights seems to be the rule rather than the exception for mining companies. It seems clear therefore that one way or another, these companies and their multinational corporate parents must be regulated. However, opinions vary greatly on exactly how they should be regulated and by whom.

*"Over the last few years, [the mining] industry has been pushing for voluntary measures as the main mechanism for guiding corporate social responsibility. There has been a proliferation of various codes of conduct which feature in recommendations by current industry initiatives such as the Minerals Mining and Sustainable Development (MMSD) projects and the Global Mining Initiative (GMI)."*<sup>132</sup>

The notions that companies depend on the trust and goodwill of society at large

in order to function (often referred to as the "social license to operate") and that acting in a socially responsible manner ultimately improves a corporation's bottom line have been put forward by several mining executives as an explanation for their sudden interest in human rights and a reason why these voluntary codes of conduct can be successful in improving corporate practice.<sup>133</sup>

However, many human rights advocates have expressed doubt as to the sincerity of these executives and the usefulness of these voluntary mechanisms. As one observer stated, "while some corporate officials would argue that they need to be accountable to society in order to gain public approval and a 'social license to operate', corporations are ultimately [only] accountable to their shareholders – and this does not ultimately guarantee that they will act in a socially or environmentally responsible way."<sup>134</sup>

In addition, it is not certain whether company reputation is really of such importance with regard to the metals mining industry – and corporate executives know this. Unlike products such as clothing, which are purchased by individual consumers likely to be concerned with company practices, metals are most often bought by other companies to be utilized in construction, manufacturing, and other industrial uses. Metals such as gold which are bought by individuals pass through many hands – smelters, processors, jewelry-makers, dealers – so that by the time they reach the consumer the name of the company which originally mined the metal has been lost.

<sup>132</sup> Weizner (2002), p. 14.

<sup>133</sup> Carter (2003); Evans (2001).

<sup>134</sup> Weizner (2002), p. 14.



Finally and perhaps most importantly, "[t]he problem with these [voluntary] measures is that there are no mechanisms for enforcing their implementation in practice, or for the independent monitoring and verification of self-reporting."<sup>135</sup>

For all of these reasons,

*"there is a clear need for a movement away from reliance on self-regulation and voluntary corporate initiatives toward government regulatory frameworks and oversight. Governments have a critical role in fulfilling their fiduciary obligations to [their] people, and this responsibility cannot be left in the hands of corporations."*<sup>136</sup>

### 5.3 State Governments

Mary Robinson, the former U.N. High Commissioner on Human Rights, recently expressed a concern that is on the minds of many human rights advocates, asking,

*"is the traditional state-based framework of human rights obligations adequate in a world in which the fulfillment of rights in developing countries often depends on the political and economic institutions of developed states, multinational corporations, and the structure of international institutions?"*<sup>137</sup>

She concluded that while the current system is flawed and would best be

supplemented by mechanisms for holding other entities responsible for human rights violations, states do bear the primary responsibility for ensuring human rights. Most human rights organizations appear to agree with this assessment.

The Committee on Economic, Social and Cultural Rights held a workshop in May of 2000 during which it considered the responsibilities of states in regulating corporate activities within their territories (among other issues). The Committee pointed out that it is a basic principle of international human rights law that governments are considered responsible not only for human rights violations that occur as a result of their own actions, but also for violations committed in their territories by private entities when the governments fail to take appropriate steps to prevent, investigate, and/or punish these actions. Therefore in order to achieve the realization of human rights and to comply with their international obligations, it is necessary for states parties to regulate the actions of multinational corporations (and others) within their borders. States which permit multinational corporations operating within their borders to violate human rights are themselves in violation of their international legal obligations and can be denounced as such.

The CESCR seems to believe that putting pressure on state governments to regulate corporations may actually help governments which want to meet their human rights obligations but find it difficult to withstand the economic pressure placed on them by multinationals (the so-called "race to the bottom" in which developing countries compete for foreign investment by loosening regulations on business practice, including those related to human

<sup>135</sup> Weizner (2002), p. 14.

<sup>136</sup> Weizner (2002), p. 14.

<sup>137</sup> Robinson (2003), p. 3.



rights). The Committee suggests that if developing states are genuinely called to task for decreasing their legal restrictions on abusive business practices in order to please foreign investors, the states will have an excuse to stop the race to the bottom, a phenomenon that in fact they wish to stop but that they currently cannot avoid due to economic pressures. The hope is that if most or all developing countries begin citing human rights obligations as a reason why they cannot lower their standards in order to attract foreign investment, multinationals will be forced to conduct business in ways that do not violate human rights.

But others question whether the solution to the problem of MNCs and human rights is as simple as placing the responsibility on the governments of developing countries. This may not be realistic, given the enormous pressures these governments face and their paucity of options for generating income. As discussed earlier in this paper, poor states are essentially forced to adopt policies that serve the interests of others, including multinationals and international financial institutions. This fact is recognized by Robinson, who advocates strengthening "the capacities of national governments in developing countries to represent the interests of their people at the international level."<sup>138</sup>

In addition, this situation could potentially be addressed by increasing the pressure on governments of developed countries rather than on the governments of developing countries. Powerful countries such as the United States are home to most of the multinationals which conduct business in developing countries and could be held

accountable on that level. For example, they should be castigated for pushing the interests of mining corporations headquartered in their own countries which violate human rights in other countries. Wealthy states also play a role in the perpetration of human rights abuses through supporting corrupt governments and providing weapons and training to militaries whose work protecting the interests of extractive industries includes killing protestors.<sup>139</sup> In addition, these powerful countries determine the policies of the international financial institutions to which weaker states are forced to capitulate. Clearly then these states are at least partly responsible for the resulting human rights violations.

The CESCR did acknowledge this. It stated, "States international policies (or policies they contribute to formulating at multilateral forums and institutions) must respect the full realisation of people's economic, social and cultural rights."<sup>140</sup> This clearly has a great deal of significance, as it demonstrates that a much wider range of activities than usually considered relevant could bring international liability on states for failing to protect economic, social and cultural rights. As stated during the CESCR workshop, this interpretation of obligations will have broad "implications for trade, investment, finance, debt and structural adjustment policies."<sup>141</sup> For example, as one expert pointed out, the CESCR "could hold governments to account for their actions or inaction in international economic policy forums... Appropriate commentary by the

<sup>138</sup> Robinson (2003), p. 3.

<sup>139</sup> US Steelworkers Association (2002).

<sup>140</sup> United Nations, Committee on Economic, Social and Cultural Rights (2000).

<sup>141</sup> United Nations, Committee on Economic, Social and Cultural Rights (2000).



Committee might help to turn the tide of restrictive interpretations of existing economic law, e.g. in the WTO."<sup>142</sup>

In addition, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights requires states parties to "recognise the essential role of international cooperation...and to affirm their commitment to take joint and separate action."<sup>143</sup> As one expert on economic, social and cultural rights stated, "This is all the more critical as it is clear that states acting alone can no longer meet all their human rights obligations – that international cooperation, in all its dimensions, is essential for solving the current reality of rampant human rights violations, particularly in the field of ESC [economic, social and cultural] rights."<sup>144</sup> A progressive interpretation of this treaty provision would imply that wealthy industrialized states parties could be held responsible for failing to provide significant aid and technical assistance to poorer states, and possibly even for failing to prosecute multinational based within their borders for violations they commit in other, often poorer, countries.

In addition to seeking assistance from wealthier nations, the Center for Economic and Social Rights has suggested that "[g]overnments [of developing countries] should seek assistance from appropriate organizations in implementing...measures to protect their people and ensuring that they are meeting their international legal obligations."<sup>145</sup> One way that this can be

done is through permitting NGOs to monitor the human rights conditions within a country and implementing their recommendations. U.N. agencies such as UNDP, FAO, UNESCO, WHO, UNICEF, UNIFEM, etc. may also be able to provide assistance to state governments striving to comply with their human rights obligations.

National Councils for Sustainable Development (NCSDs) provide another model of potential partnerships between government and civil society. NCSDs, designed as a mechanism of following up on agreements reached at 1992 Earth Summit, are collaborative organizations made up of representatives from government, NGOs, labor, industry, and other concerned groups.<sup>146</sup> Their mission is to create a space for dialogue between these groups in order to help reach agreements on sustainability that meet the interests of all parties. It is hoped that through these meetings, members of NCSDs will create concrete plans for working towards sustainability and put these plans into action.

As their name suggests, National Councils for Sustainable Development are primarily concerned with environmental issues. However, as discussed earlier, there is a significant overlap between conserving the environment, ensuring that development is sustainable, and protecting human rights. The NCSD Network affirms this interaction between environmental issues and economic and social rights and explains why NCSDs can assist in the achievement of human rights:

*"National Councils for Sustainable Development have a unique role as an integrating mechanism. In practice*

<sup>142</sup> United Nations, Committee on Economic, Social and Cultural Rights (2000).

<sup>143</sup> International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.

<sup>144</sup> United Nations, Committee on Economic, Social and Cultural Rights (2000).

<sup>145</sup> Center for Economic and Social Rights (2001).

<sup>146</sup> NCSD Network.



*this means they will support integration of economic, social and ecological aspects of sustainability... Non-political and non-partisan, [an NCSD's] guiding principle is the common good... A NCSD is a publicly appointed watchdog body, guarding the common interest and monitoring national progress.*"<sup>147</sup> (emphasis added)

In addition to providing representatives who act as members of NCSDs, state governments have several other roles and responsibilities with regard to these Councils. First, the state should play a part in establishing the Council and clarifying its mandate. This helps establish the legitimacy of the Council and gives it a legal status.<sup>148</sup> Secondly, state governments must take seriously the ecological, social and economic recommendations of the NCSD and ensure that they "are integrated in all policy decisions."<sup>149</sup> Finally, NCSDs can act as an intermediary between international legal bodies and national government by "interpret[ing] the provisions of international agreements to apply to national circumstances."<sup>150</sup> State governments should use this interpretive assistance in ensuring that legislation and state practice conform with these agreements.

#### 5.4 Local Government

While local governments do not have the capacity to play as great a role as state governments in curbing the "presently free-

wheeling financial activities of multinational corporations,"<sup>151</sup> there are some measures they can take to ensure that local people are protected.

First, local governments can help educate communities about relevant laws, including relevant domestic and international human rights laws, environmental laws, corporate laws, mining laws, etc. This can be done through media campaigns using local radio or television stations and through publishing and distributing informational pamphlets that simplify and clarify individuals' and communities' rights. Local governments should also collaborate with church groups, schools and civil society to spread this essential information.

In addition, local governments can take direct action to protect people from unforeseen consequences of mining such as housing shortages. In this case, they could provide low-cost housing in the event that locals become unable to afford housing "due to increased housing costs in towns close to mines."<sup>152</sup>

NCSDs should cooperate with local government in ensuring the protection of environmental, economic and social rights. One way they can do so is by helping to ensure the "devolution of responsibility [for economic decision-making] to the local level."<sup>153</sup> Local governments are often more in touch with the needs of their constituents and more responsive to local issues. Where local issues arise with regard to mining, "special sub-committees can be set up by NCSDs to solicit public input and coordinate work with government."<sup>154</sup>

<sup>147</sup> NCSD Network.  
<sup>148</sup> NCSD Network.  
<sup>149</sup> NCSD Network.  
<sup>150</sup> NCSD Network.

<sup>151</sup> Schwab and Pollis (2000), p. 219.  
<sup>152</sup> Center for Economic and Social Rights (2001). Introduction.  
<sup>153</sup> NCSD Network.  
<sup>154</sup> NCSD Network.



Finally, the following recommendations issued by the World Council of Indigenous Peoples can be applied with regard to both indigenous and non-indigenous groups and can help local government officials to ensure that their decisions respect the needs of their constituents:

- *"all development should respect the traditions and customs of Indigenous Peoples [and others]*
- *analyze the impacts of a project on the potentially affected community and involve the people in the assessment and decision making*
- *use appropriate means of communication to inform Indigenous Peoples [and others] about projects in their area*
- *it is essential for Indigenous Peoples that "wise elders," women and the interest of youth and children be taken into account during decision making*
- *...local ministries must help to protect the rights of the Indigenous Peoples in their jurisdiction. This is essential to the continued survival of Indigenous Peoples."*<sup>155</sup>

## 5.5 International Organizations

The U.N. and other international organizations have the capacity to play a significant role in protecting individuals and communities from the human rights violations associated with mining. The CESCR is one U.N. body that has explored

<sup>155</sup> Vallente, C.J. (2004). *Indigenous peoples and global governance: Special report for Rio+5 process.*

this possibility. During its workshop on globalization and human rights in May of 2000, experts made a number of suggestions to the CESCR on ways it can contribute to solving the human rights problems caused by economic globalization and the growing role of multinational corporations in the developing world:

- "(i) The Committee needs to become more rigorous in its questioning of States parties as to their obligations, national and international, in relation to the rights contained in the Covenant;*
- (ii) Forge a closer working relationship with the Sub-Commission;*
- (iii) Pursue more work along the lines of its statement to the WTO...;*
- (iv) Revise its General Comment no. 2 to bring it in line with current challenges brought up by EG [economic globalization]."*<sup>156</sup>

The first of these suggestions refers to the state reports required by states parties to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. These reports describe in detail the state of human rights within the reporting country. The CESCR reviews the reports and questions the reporting state on anything that is unclear or that appears to constitute a human rights violation. The Committee then makes recommendations to the state party as to how it can improve. This practice provides an excellent opportunity for the Committee to influence states' practices with regard to business-related human rights violations. The CESCR has taken

<sup>156</sup> United Nations, Committee on Economic, Social and Cultural Rights (2000).



advantage of this opportunity in the past and should continue to do so.

The second suggestion listed above refers to the U.N. Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities. The Sub-Commission is composed of 26 independent experts who examine human rights issues and make recommendations to its parent organ, the U.N. Commission on Human Rights. The unique aspect of the Commission and Sub-Commission is that unlike the treaty bodies, they can examine the situation of human rights in any country in the world, regardless of whether or not that country has ratified a particular human rights treaty. By working together with the Commission and Sub-Commission, the CESCR could use its expertise to help influence economic, social and cultural human rights even in states which do not fall under its mandate.

The third recommendation refers to a 1999 statement in which the CESCR "urg[ed] the World Trade Organization to undertake a review of the full range of international trade and investment policies and rules to ensure that they were consistent with existing treaties, legislation and policies designed to protect and promote human rights."<sup>157</sup> The CESCR can address similar statements to other international financial institutions. More importantly, it should make sure to follow up on such statements by taking additional measures to create opportunities for collaboration with these organizations and to work with them on developing frameworks for including human rights issues in their decision-making processes.

Finally, the fourth recommendation made to the CESCR refers to its practice of issuing General Comments applicable to all

states on a variety of issues related to economic, social and cultural rights. General Comment Number 2, issued in 1990, deals with "International Technical Assistance Matters." In it, the Committee discusses the responsibilities of states and international organizations in providing various forms of assistance to poor countries. The expert issuing the above recommendation seemed to believe that the Committee could go further in its exhortations. Indeed, the Committee has become more progressive and innovative over the years; it is not unlikely therefore that a newer General Comment replacing this one (which was adopted when the Committee was still very young) would indeed be stronger.

Overall, experts recommended that the CESCR do all that is within its power to increase respect for the Covenant, to promote the inclusion of the provisions of the Covenant as a primary factor in economic decision-making, and to work to increase adherence to other human rights principles such as transparency and accountability on the part of private entities.<sup>158</sup>

The CESCR has also made a series of recommendations to all U.N. organs regarding development and human rights. It urged that all U.N. organs and agencies involved in development projects (such as the Commission on Social Development, the UNDP, the FAO, UNESCO, the WHO, UNICEF, etc.) follow a series of guidelines in order to ensure that development and respect for human rights are realized in conjunction.<sup>159</sup> Among its suggestions was the preparation of "human rights impact

<sup>157</sup> United Nations (1999).

<sup>158</sup> United Nations, Committee on Economic, Social and Cultural Rights (2000).

<sup>159</sup> United Nations, Committee on Economic, Social and Cultural Rights (1990).



statements<sup>160</sup> prior to conducting major development initiatives. The Committee also advised that "[t]he training or briefing given to project and other personnel employed by United Nations agencies should include a component dealing with human rights standards and principles."<sup>161</sup>

In addition to the work of individual U.N. treaty bodies such as the CESCR, the creation of the U.N. Global Compact has been another way in which the U.N. has attempted to play a role in protecting human rights from the negative consequences of economic globalization. The Global Compact is an initiative that

*"bring[s] companies together with UN agencies, labour and civil society to support nine principles in the areas of human rights, labour and the environment... the Global Compact seeks to advance responsible corporate citizenship so that business can be part of the solution to the challenges of globalisation."*<sup>162</sup>

Unfortunately, the Global Compact is subject to many of the same limitations that prevent corporate initiatives such as codes of conduct from being effective. The Compact is of course voluntary and as such is not likely to attract the worst human rights violators. Its goals are vague and non-enforceable; as is stated on the United Nations website,

*"The Global Compact is not a regulatory instrument – it does not 'police', enforce or measure the behavior or actions of companies. Rather, the Global Compact relies on...the enlightened self-interest of companies...to initiate and share substantive action in pursuing the principles upon which the Global Compact is based."*<sup>163</sup>

As illustrated throughout this essay, such "enlightened self-interest" can be a very shaky foundation on which to build human rights protections.

Finally, apart from U.N. initiatives, National Councils for Sustainable Development (discussed in the previous section) can also play a role in influencing government on the international level. As explained by the NCSD Network,

*"National Councils for Sustainable Development have a unique role as an integrating mechanism... Councils can support national sustainability through regional coalitions of NCSDs which develop joint approaches to transnational issues such as trade, investments, culture, migration, technology sharing, environmental commons and information."*<sup>164</sup>

## 5.6 International Financial Institutions

International financial institutions such as the World Bank and IMF are among the key actors that influence economic globalization. As such, in order for human

<sup>160</sup> United Nations, Committee on Economic, Social and Cultural Rights (1990).

<sup>161</sup> United Nations, Committee on Economic, Social and Cultural Rights (1990).

<sup>162</sup> United Nations. What is the global compact?

<sup>163</sup> United Nations. What is the global compact?

<sup>164</sup> NCSD Network.



rights to be more widely achieved, attitudes must be changed within these institutions to reflect the primacy or at least the importance of human rights.

In the past, the mining industry has been touted as a means of development for poor countries. "[I]nternational financial institutions, such as the World Bank Group and official development agencies, consistently justify their support for mining projects in terms of poverty reduction and as a means of attracting northern countries to work in developing countries."<sup>165</sup>

However, as human rights advocates have noted,

*"Whether mining should be considered a mechanism for poverty reduction has been the subject of much controversy and has resurfaced in light of a recent study showing that developing countries with large mining sectors tend to have less resilient and diversified economies and are generally economically worse off than countries without large mining sectors (Ross 2001)... This has led a coalition of NGOs to call for a halt to public monies being used to support mining projects."*<sup>166</sup>

NGOs and others have demanded that proposals for mining projects should be closely scrutinized by international financial institutions and only projects which include social, economic and environmental assessment studies as well as mechanisms for resolving potential problems in ways that meet the needs of local communities should

<sup>165</sup> Weizner (2002), p. 9.

<sup>166</sup> Weizner (2002), p. 9.

be funded. "The World Bank, international donors and governments should fund participatory research involving [mining-affected communities] to fill the research gaps...in order to better target policy and practice appropriately."<sup>167</sup>

In response to such concerns, in early 2004 the World Bank adopted a set of guidelines known as the Extractive Industries Review. This document includes recommendations that the World Bank:

- *"refuse to support extractive industry investments in situations characterized by conflict, oppression, or systematic corruption;*
- *develop a human rights unit and adopt a rights based approach to development...*
- *obtain the free prior and informed consent of indigenous peoples and local communities before initiating an investment."*<sup>168</sup>

The adoption of these guidelines has been widely applauded by human rights activists and could represent an extremely significant step forward for human rights in relation to mining. However, the effectiveness of the Extractive Industries Review has yet to be demonstrated.

## 5.7 Civil Society: Focus on NGOs and Labor Unions

### 5.7.1 Non Gubermental Organizations

As Downing and his colleagues have described, indigenous peoples and others affected by mining

<sup>167</sup> Weizner (2002), p. 15.

<sup>168</sup> Nobel Laureates for Peace (2004).



*"have found sympathetic ears among NGOs, especially when there are no other avenues to air grievances. Scores of non-governmental organizations (NGOs) are focused on the issue of mining and local communities... Be they local or global, many NGOs sharing concerns for social and environmental justice for communities who are 'in the way' of mining routinely form mutually supportive alliances."*<sup>169</sup>

These researchers go on to explain the wide variety of strategies utilized by NGOs in assisting mining-affected communities:

*"NGOs show great diversity of objectives and organizational capacities... These include national and international lobbying, civil disobedience, serving as information clearinghouses, coalition building, community outreach, referrals to other support groups and resources, meetings with the institutional financiers of mining, hosting meetings and conferences, organizing resistance campaigns, and subcontracting to assist in indigenous development or cross-cultural brokerage to interested stakeholders."*<sup>170</sup>

While all of the above approaches are extremely useful, one of the most important purposes NGOs can serve is facilitating interactions between different communities affected by mining and

<sup>169</sup> Downing et al. (2002), p. 26.  
<sup>170</sup> Downing et al. (2002), p. 26.

providing practical training on how these peoples can empower themselves and take ownership of what is going on in their communities. For example, a recent conference on human rights and the environment provided activists from all over the Americas with a valuable opportunity to inform each other about issues in their communities, learn about common interests, and share strategies.<sup>171</sup> The conference also allowed attendees to explore in depth the connections between North and South on environmental issues and to form coalitions to address these issues.

The usefulness of NGO provision of training and fora for interaction with others in similar situations has been affirmed by mining-affected communities:

*"many [Indigenous Peoples affected by mining] have identified the need to interact with and learn from other Indigenous Peoples who are undergoing these processes, and to receive ongoing training related to national and international Indigenous rights and negotiation tactics. External agents –such as donors and NGOs– should facilitate and enable an environment conducive to Indigenous institutional strengthening through the provision of resources and capacity-building as appropriate."*<sup>172</sup>

In addition to assisting mining-affected communities in communicating with each other, NGOs can also help them to more widely publicize their situations and channel a broader support base. NGOs

<sup>171</sup> Rothschild (2000).  
<sup>172</sup> Welzner (2002), p. 13.



such as Oxfam do this through communicating the situations of mining-affected communities to their international membership via their websites and newsletters. Other NGOs help communities to establish websites of their own. Within each community affected by mining, NGOs can help by offering services such as "fund-raising, on-the-ground research, legal representation, monitoring of environmental and social compliance, training for capacity-building including negotiating skills, organizational management and consulting on risks –including evaluation of health threats."<sup>173</sup>

An example of such localized services would be the conducting of initial environmental impact surveys (EIS) in areas in which mining has been proposed. The Center for Economic and Social Rights has found that the independence of the expert(s) conducting an EIS is essential to receiving a fair and unbiased report that does not gloss over potential hazards or negate the interests of the local community.<sup>174</sup> It recommends, "The body which conducts and reviews EIS should include an independent technical expert nominated by NGOs and a community representative."<sup>175</sup>

NGOs can also offer services on the national and international levels. They can support governments in implementing human rights obligations by identifying indicators of progress in the area of human rights and by providing monitoring and auditing services. They can participate in NCSDs. They can "seek broad public

participation in working groups, actively promote press coverage, hold public hearings and workshops in different parts of the country."<sup>176</sup> And finally, NGOs can send amicus curiae briefs to courts and non-judicial bodies considering mining-related cases. These include local and national courts, the regional human rights courts and commissions, the human rights treaty bodies, the WTO, and others.

There are several problems which NGOs must take care to avoid. With regard to NGOs working with indigenous peoples, Downing and his colleagues have stated: "Problems occasionally arise when NGOs speak out or raise funds on behalf of indigenous peoples without their consent... [Also,] NGO staff, like companies, may carry their own presuppositions about indigenous peoples that may not be ethnographically correct."<sup>177</sup> In addition, development NGOs must be careful to ensure that projects they support do not interfere with human rights and hopefully that they instead help bring them about. The CESCR Committee has noted,

*"development cooperation activities do not automatically contribute to the promotion of respect for economic, social and cultural rights. Many activities undertaken in the name of "development" have subsequently been recognized as ill-conceived and even counter-productive in human rights terms. In order to reduce the incidence of such problems, the whole range of issues dealt with in the Covenant should, wherever possible and appropriate,*

<sup>173</sup> Downing et al. (2002), p. 27.

<sup>174</sup> Center for Economic and Social Rights (2001).

<sup>175</sup> Center for Economic and Social Rights (2001), p. 30.

<sup>176</sup> NCSD Network.

<sup>177</sup> Downing et al. (2002), pp. 26-27.



*be given specific and careful consideration.*"<sup>178</sup>

### 5.7.2 Labor Unions

Labor unions' main purpose is to advocate for and protect the interests of workers. In the case of mining, the Center for Economic and Social Rights (CESR) has recommended several key provisions that unions should insist become part of any mining agreement. According to the CESR, miners' unions must insist that the living conditions of workers be monitored, "including ensuring that they are not living too close to cyanide leach pads as per international standards."<sup>179</sup> The unions themselves can assist in this monitoring. Miners' unions should also lobby governments to "[r]equire that mining companies contribute to workers benefit fund to ensure that they are paid in event of bankruptcy."<sup>180</sup>

In terms of litigation, unions can play a key role by bringing cases against companies which have violated workers' human rights. This may take place domestically or internationally. On the international level, labor unions can bring cases to human rights treaty bodies such as the Human Rights Committee, and to the ILO. Treaties such as ILO Convention #169 on the rights of indigenous peoples may be particularly relevant. Unions may also be able to bring cases against companies which are incorporated in one country for violations committed in another country. For example, the U.S. Alien Tort Claims Act (ACTA) has

been used by the United Steelworkers of America (a labor union based in the U.S.) to file suits against mining giant Drummond for the assassinations of several labor leaders in Colombia.<sup>181</sup> This type of international collaboration between labor organizations is an extremely important step towards the full recognition of workers' rights.

Finally, miners' unions can and should participate as active members in the National Councils on Sustainable Development described in the previous sections of this chapter.

### 5.8 Mining-Affected Communities

It can be extremely difficult for mining-affected communities to garner the resources necessary to mount a campaign of resistance against powerful mining corporations and corrupt governments. On an internal level, it has been noted that many such communities may "need to strengthen their decision-making processes and self-governance structures."<sup>182</sup>

The next step is to organize, forming community-based associations and building coalitions with other organizations. It may be helpful for local groups "to partner with larger national or international NGOs."<sup>183</sup>

Numerous such partnerships have been established. One successful example can be found in the Wassa community of Ghana. This community has created the Wassa Association of Communities Affected by Mining (WACAM) and has established partnerships with organizations such as the Center for Public Interest Law, FIAN International, and Third World Network Africa. In collaboration with these partners,

<sup>178</sup> United Nations, Committee on Economic, Social and Cultural Rights (1990).

<sup>179</sup> Center for Economic and Social Rights (2001). Introduction.

<sup>180</sup> Center for Economic and Social Rights (2001). Introduction.

<sup>181</sup> United Steelworkers of America (2003).

<sup>182</sup> Weizner (2002), p. 6.

<sup>183</sup> Downing et al. (2002), p. 28.



WACAM has been able to provide legal support for communities affected by mining, carry out investigative research on human rights and environmental issues related to mining, and produce a research document on mining and dislocation.<sup>184</sup> In another example, communities in countries as varied as Argentina, Bolivia, Ghana, Peru, Romania, and the United States have partnered with Earthworks and Oxfam America to publicize their plights.

Individuals and communities affected by mining can of course also bring claims to national courts, the Human Rights Committee and some of the other human rights treaty bodies, international human rights courts, and national and international human rights commissions. They may also be able to utilize laws such as ACTA, described above, to hold a corporation accountable for actions committed in countries other than the corporation's country of origin.

### 5.9 Individuals From Developed Countries

There are a number of steps that individuals and groups from non-mining-affected communities can take to help in the struggle to reduce mining-related human rights violations. Citizens of developed countries are in a key position to exert influence through lobbying their governments and mining corporations as well as through other means.

Obviously, individuals can and should write to their representatives demanding that their governments refuse to support the interests of corporations over human rights both at home and abroad and

refrain from doing business with corrupt governments.<sup>185</sup> People can send similar letters to newspapers and to mining companies themselves. It has been suggested that in such cases individuals can make the greatest possible impact/their letters more forceful, strong, effective by using the Universal Declaration on Human Rights or other relevant human rights instruments as a guide and elaborating exactly how company practices have violated specific provisions of these instruments.<sup>186</sup>

Another way of influencing corporations dealing in mining is through leveraging one's position as an investor. At the above-described conference on human rights and the environment, one speaker explained how this can be done:

*"[A] great deal of business investment in [developed countries] comes from the pension funds of salaried [citizens], who have a moral right to know how their pension contributions are being used. He explained how, for a very modest investment in shares, (for instance \$30 worth of shares plus a \$25 brokerage fee) it is possible to attend, and to raise questions at, annual meetings of...companies."*<sup>187</sup>

In addition to the above measures, there are a many NGO campaigns related to metals mining that are open to participation from the general public. Among these are Oxfam America's "No Dirty Gold" campaign, the Indigenous Mining Campaign Project, the International

<sup>184</sup> Wassa Association of Communities Affected by Mining (WACAM).

<sup>185</sup> US Steelworkers Association (2002).

<sup>186</sup> Fellowship of Reconciliation.

<sup>187</sup> Rothschild (2000).



Network on Women and Mining, and many others.

### 5.10 Mining Companies

The problems inherent in allowing mining companies to monitor themselves have been discussed above. However, it must be acknowledged that there are some companies which sincerely wish to improve their practices in order to better protect human rights. The following recommendations apply to such companies.

The North-South Institute conducted a study in which it consulted extensively with indigenous communities in order to ascertain what their priorities are with regard to mining in their areas. It comes as no surprise that the indigenous groups' highest priority was community consultation and the obtaining of genuine and informed consent. According to the researchers,

*"Project participants underscored that mining companies need to adhere to ethical principles –including the right to free, informed and prior consent– when dealing with Indigenous Peoples, and should respect ancestral lands even if these have not been officially recognized. They should look to the final report of the World Commission on Dams (2001) with regard to implementing this process."*<sup>188</sup>

This consultation must be genuine. In the past, risk-assessment studies conducted by outsiders have examined the potential impact of mining operations on indigenous peoples without considering the

<sup>188</sup> Weizner (2002), p. 14.

opinions of the indigenous peoples themselves. Such assessments are not sufficient and do not respect the groups' right to self-determination.<sup>189</sup> Instead, companies should "analyze the impacts of a project on the potentially affected community and involve the people in the assessment and decision making."<sup>190</sup>

### 5.11 Conclusions

It is clear that new initiatives must be taken in order to protect individuals and communities from the human rights violations associated mining. As this paper has demonstrated, mining companies (particularly multinationals), governments and international financial institutions all share the blame for mining-related injustices. Therefore initiatives intended to remedy these injustices must come from and examine problems within all three sectors in order to affect meaningful change. Such initiatives must include the input of various interested groups. They must include indicators that can be used to measure whether human rights standards have been met. And they must be monitored and their results reported and followed up on.

However, on a deeper level, only a fundamental change in society's priorities and ways of thinking can ensure that human rights are consistently respected. This was emphasized at the conference on human rights and the environment alluded to above:

*"There were two recurrent themes heard implicitly and explicitly*

<sup>189</sup> Downing et al. (2002).  
<sup>190</sup> Vallente, C.J. (2004). *Indigenous peoples and global governance: Special report for Rio+5 process.*



throughout the colloque, especially from [attendees from states in the global South]. The first of these concerned the need for a social approach to the whole question of the links between the environment and social justice. Individual efforts towards responsible consumption patterns and recycling are very important. They cannot, however, constitute an adequate response to the fundamental social and political injustices that are the result of the devastating environmental effects of the globalized economic development model. What is needed is not individual self-examination (and the assumption of guilt or virtue) but social analysis and political purpose. The second theme...was the imperative necessity for a fundamental transformation in spiritual and social values. [The keynote speaker] said that we all of us, North and South, live in societies that are suffering from addiction, and the root of that addiction is the love of money."<sup>191</sup>

Issues that need to be re-examined include globalization, human rights, the environment, and the actions we wish to see taken in order to achieve the desired ends in these areas. For example, if society as a whole decides that it values the environment and environmental human rights, it will ensure that resources are used more efficiently. If it decides that human rights are more important than profit, it will make sure that human rights principles are incorporated "as a primary factor in economic

decision-making, and [will] work to increase adherence to other human rights principles such as transparency and accountability on the part of private entities."<sup>192</sup>

In addition, society needs to rethink its attitudes towards indigenous peoples and towards land. Some activists feel that we should all adopt traditional indigenous beliefs towards the land, such as the belief "that human beings are not separate from but are part of the environment; the Earth is our Mother rather than an object of domination and exploitation."<sup>193</sup> Others advocate a less dramatic approach, affirming that respect for indigenous peoples' rights and understanding of their beliefs are the key.<sup>194</sup>

State governments, local governments, international organizations, NGOs, labor unions, individuals, communities, international financial institutions, business, and the media must all play a role in ensuring that "[t]he precepts of globalization...be modified to incorporate human rights."<sup>195</sup> Only then will human rights be consistently respected.

<sup>192</sup> United Nations, Committee on Economic, Social and Cultural Rights (2000).

<sup>193</sup> Rothschild (2000).

<sup>194</sup> "Non-indigenous stakeholders (NIS) are likely to misunderstand indigenous people's attachment to the land. NIS tend to approach the encounter as primarily an economic transaction in which the loss of land and resources is compensated with cash payments of some potential employment, with possibly short term material benefits. In contrast, the indigenous struggle is not simply to own real estate but also to protect their culturally defined landscape... The loss of land may mean, to them, that their entire culture is threatened, including their ways of being and doing, their shared expectations, and shared understandings of the nature of their environments and their pasts, presents, and futures." Downing et al. (2002), p. 9.

<sup>195</sup> Schwab and Pollis (2000), p. 219.

<sup>191</sup> Rothschild (2000).



## REFERENCES

- Akabzaa, T. 2001. Boom and dislocation: the environmental and social impacts of mining in the Wassa West District of Ghana. [Webforumsyd.se/Arkiv/uploaded/SAPRI\\_7\\_mining.pdf](http://webforumsyd.se/Arkiv/uploaded/SAPRI_7_mining.pdf)
- Amnesty International. 2003. Country report: Peru. [web.amnesty.org/report2003/per-summary-eng](http://web.amnesty.org/report2003/per-summary-eng)
- Amnesty International. 2003. [www.amnestyusa.org/justearth/indigenous\\_people/western\\_shoshone.html](http://www.amnestyusa.org/justearth/indigenous_people/western_shoshone.html)
- Anaya, S.J. 1999. Superpower attitudes toward indigenous peoples and group rights. Speech presented at the 93rd Annual Meeting of the American Society of International Law. March 24-27, Washington, D.C.
- Black Mesa Indigenous Support. Relocation is genocide. [www.blackmessais.org/](http://www.blackmessais.org/)
- Brown, L. 2001. *Eco-economy*.
- Busse, S. 2003. Environmental degradation and human rights abuses in Ghana. The Human Rights Database. [www.hri.ca/tribune/viewArticle.asp?ID](http://www.hri.ca/tribune/viewArticle.asp?ID)
- Carmen, A. 1998. Presentation made at the 4th Intersessional Working Group on the Draft Declaration for the Rights of Indigenous Peoples. [www.treatycouncil.org/new\\_page\\_5422.html](http://www.treatycouncil.org/new_page_5422.html)
- Carter, J. 2003. The business case for corporate social responsibility. Speech presented at Prospectors and Developers Association of Canada Meeting, March 11, Toronto. [www.mining.ca/english/publications/carter-pdac.pdf](http://www.mining.ca/english/publications/carter-pdac.pdf)
- Center for Economic and Social Rights. 2001. The price of gold: gold mining and human rights violations in Honduras. [www.cesr.org/PROGRAMS/honduras/Honduras%20Report%20revised.pdf](http://www.cesr.org/PROGRAMS/honduras/Honduras%20Report%20revised.pdf)
- Chatterjee, P. 2003. Human rights- Indonesia: US mining giant implicated in Indonesian atrocities. [www.nativenet.uthcsa.edu](http://www.nativenet.uthcsa.edu)
- Communist Party of Australia. 1999. Rio Tinto: The monster behind the façade. *The Guardian*. Issue 955. [www.cpa.org.au/garchive/955rio.html](http://www.cpa.org.au/garchive/955rio.html)
- Danchin, P. 2004. *Class lecture*. UPAZ.
- Dictionary.com. Definition of "people". <http://dictionary.reference.com/search?q>
- Down to Earth. 2001. Communities and companies. <http://dte.gn.apc.org/50min.html>
- Downing, T.W., Moles, H.J., McIntosh, I., Garcia-Downing, C. 2002. Indigenous peoples and mining: strategies and tactics for encounters. The International Institute for Environment and Development. [www.iied.org/mmsd/mmse\\_pdfs/057\\_downing.pdf](http://www.iied.org/mmsd/mmse_pdfs/057_downing.pdf)
- Earthrights.org. 2004. Recent ACTA cases against corporate defendants. [www.earthrights.org/litigation/recentatccases.html](http://www.earthrights.org/litigation/recentatccases.html)
- Earthworks and Oxfam America. 2004. Community voices: Cajamarca, Peru. Chiquitano Forest, Bolivia. Esquel, Argentina. Rosia Montana, Romania. Sansu, Ghana. Tambogrande, Peru. Wassa District, Ghana. Western Shoshone Nation, USA. [www.nodirtygold.org](http://www.nodirtygold.org)



- Earthworks and Oxfam America. 2004. Community voices: Esquel celebrates one year referendum anniversary. [www.nodirtygold.org/refanninv.cfm](http://www.nodirtygold.org/refanninv.cfm)
- Earthworks and Oxfam America. 2004. Dirty metals mining, communities and the environment. [www.nodirtygold.org/pubs/DirthMetals\\_HR.pdf](http://www.nodirtygold.org/pubs/DirthMetals_HR.pdf)
- Earthworks and Oxfam America. 2004. Mothers affected by gold mining speak out. [www.nodirtygold.org/mothers.cfm](http://www.nodirtygold.org/mothers.cfm)
- Ebeku, K.S.A. 2003. The right to satisfactory environment and the African Commission. *African Human Rights Law Journal*. Centre for Human Rights, University of Pretoria, South Africa.
- EcoPravo-Kiev. 2004. Towards environmental and human rights. [www.ecopravo.kiev.ua/epk/docs/towards\\_her\\_en.html](http://www.ecopravo.kiev.ua/epk/docs/towards_her_en.html)
- Evans, G. 2001. Human rights, environmental justice, mining futures. The Mineral Policy Institute. [www.austlii.edu](http://www.austlii.edu)
- Fellowship of Reconciliation. 2004. Urgent action: copper mine imposed on affected indigenous communities. [www.forusa.org/programs/panama/archives/69urgen.html](http://www.forusa.org/programs/panama/archives/69urgen.html)
- Friends of the Earth. 2002. Treasure of trash: The World Bank's flawed defense of mining as a tool for economic development. [www.wacam.org/docs/FoE\\_miningpaper.pdf](http://www.wacam.org/docs/FoE_miningpaper.pdf)
- Global Mining Campaign. 2004. Ghana case studies. [www.globalminingcampaign.org/themining-news/assets/pdf/ghana.pdf](http://www.globalminingcampaign.org/themining-news/assets/pdf/ghana.pdf)
- Handelsman, S.D. 2003. Report on human rights and the minerals industry. The International Institute for Environment and Development. [www.iiied.org/mmsd/\\_mmsd\\_pdfs/009\\_handelsman\\_pdf](http://www.iiied.org/mmsd/_mmsd_pdfs/009_handelsman_pdf)
- Human Rights Watch. 1998. Prohibited persons: abuse of undocumented migrants, asylum-seekers, and refugees in South Africa. [www.hrw.org/reports98/sareport](http://www.hrw.org/reports98/sareport)
- \_\_\_\_\_. 1996. Indonesia and East Timor. [www.hrw.org/reports/WR96/Asia-05.html](http://www.hrw.org/reports/WR96/Asia-05.html)
- \_\_\_\_\_. 1995. Contemporary forms of slavery in Pakistan. [www.hrw.org/reports/Pakistan.html](http://www.hrw.org/reports/Pakistan.html)
- International Institute for Environment and Development. 2003. Environmental and Human Rights: A new approach to sustainable development. [www.iiied.org/docs/wssd/bp\\_envrights\\_ftxt.pdf](http://www.iiied.org/docs/wssd/bp_envrights_ftxt.pdf)
- International Institute for Sustainable Development. 2002. Learning from the future: alternative scenarios for the North American mining and minerals industry. Published by Mining Minerals and Sustainable Development and the World Business Council for Sustainable Development. [www.iisd.org/pdf](http://www.iisd.org/pdf)
- Johnston, B.R. 2000. Human environmental rights. In: *Human rights, new perspectives, new realities*. Ed. Schwab and Pollis.
- Kinley, D. and Joseph, S. 2002. Multinational corporations and human rights: questions about their relationship. The Castan Centre for Human Rights Law. Monash University, Australia. [www.law.monash.edu.au/castacentre/projects/\\_arc\\_kinley.pdf](http://www.law.monash.edu.au/castacentre/projects/_arc_kinley.pdf)
- LaFranchi, H. 1998. Model of self-rule for Latin American tribes. *The Christian Science Monitor*. <http://search.cs.monitor.com/durable/p1&2html>



- Lassey, A. 2000. A seminar paper on the socio-economic and environmental effects of surface mining. Speech presented to The Environmental Action Group, 28 May. Kumasi, Ghana. [www.rainforestinfo.org.au/gold/lassey.html](http://www.rainforestinfo.org.au/gold/lassey.html)
- Liu, C. 1996. Mining land grab in Panama. Native Net. <http://nativenet.uthscsa.edu>
- Lopez, A. 1997. Panama: Mining concessions and indigenous peoples in Panama. Indigenous and Tribal Peoples Centre. [www.itpcentre.org](http://www.itpcentre.org)
- Mining and Environment Research Network. 2004. Corporate social responsibility and the mining industry. [www.mineralresourcesforum.org](http://www.mineralresourcesforum.org)
- Moodey, R. 1999. Grave diggers: A report on mining in Burma. Canada Asia Pacific Resource Network. [www.miningwatch.ca/documents/Grave\\_Diggers.pdf](http://www.miningwatch.ca/documents/Grave_Diggers.pdf)
- Naidoo, K. and Ravindran, I. 2002. *A rights-based understanding of the anti-globalization movement*. The International Council on Human Rights Policy.
- NCSD Network. 2004. Frequently asked questions about NCSDs. [www.ncsdnetworkj.org](http://www.ncsdnetworkj.org)
- Nicanet.org. Eco-alert: International support needed for Nicaragua's indigenous lands law. [www.nicanet.org](http://www.nicanet.org)
- Nobel Laureates for Peace. 2004. Open letter to James Wolfensohn, President, World Bank Group. <http://eireview.info>
- Notes from nowhere. 2003. We are everywhere: The irresistible rise of global anticapitalism.
- Oxfam America. 2002. Mining communities on the march: Oxfam's partner in Peru pushes government to address mining injustices. [www.oxfamamerica.org](http://www.oxfamamerica.org)
- \_\_\_\_\_. 2003. Mining in Peru. [www.oxfamamerica.org](http://www.oxfamamerica.org)
- \_\_\_\_\_. 2004. Open letter to James Wolfensohn, President, World Bank Group. <http://eireview.info>
- Porter, K. 2004. Globalization: Good or bad? <http://globalization.about.com>
- \_\_\_\_\_. 2004. Globalization: What is it? <http://globalization.about.com>
- Project Underground. 2001. Hotspots: Tanzania. Drillbits and Tellings. [www.moles.org/ProjectUnderground](http://www.moles.org/ProjectUnderground)
- Ravindran, P. 2003. Alien tort legislation in the U.S. Why it should not be tampered with. [www.hindounet.com/bline](http://www.hindounet.com/bline)
- Robinson, M. 2003. Globalization and human rights. Speech presented at the 21st Century Trust Seminar on "Globalization: Rhetoric, reality and international politics". 31 October. Washington, D.C. [www.21centurytrust.org/Robinson.pdf](http://www.21centurytrust.org/Robinson.pdf)
- Roth, K. 2000. Corporate social responsibility. Human Rights Watch. [www.hrw.org/advocacy/corporations/](http://www.hrw.org/advocacy/corporations/)
- Rothschild, K. 2000. Human rights and the environment: People from Central America and Mexico share their knowledge and perspectives at Montreal conference. The Social Justice Committee. [www.s-j-c.net/enviro.doc](http://www.s-j-c.net/enviro.doc)
- Rumbiak, J. 2003. Globalization, rights and poverty. Speech presented at Columbia University's Center for the Study of Human Rights on October 23. 25th Anniversary Conference.



- "Reconceiving rights for the Twenty First Century: A dialogue between scholars and practitioners". [www.minesandcommunities.org/Contry/westpapua2.html](http://www.minesandcommunities.org/Contry/westpapua2.html)
- Sampat, P. 2003. Scrapping mine dependence. In *State of the World 2003*. Worldwatch Institute.
- Schmidt, R. and Culpeper, R. 2003. *Private foreign investment in the poorest countries*. The North-South Institute.
- Schwab, P. and Pollis, A. 2000. *Globalization's impact on human rights: New Perspectives, New Realities*. Ed. Schwab and Pollis.
- Taillant, J.D. 2003. The human rights dimension of corporate social responsibility in Latin America. *New Academy Review*. [www.cedha.org.ar](http://www.cedha.org.ar)
- Taylor, J.K. 2004. Corporate social responsibility for mining in developing countries. Presented at: *Mining Investment: A Catalyst for Developing Country Relations Conference*. Ottawa, Canada, March 11.
- Tibet Environmental Watch. 2000. Tibet: Environment and developmental issues. [www.tew.org/tibet](http://www.tew.org/tibet)
- United Nations. 1999. *Press release: Committee on Economic, Social and Cultural Rights concludes autumn session*. BR/ESC/99/48.
- \_\_\_\_\_. 2004. The United Nations and human rights. [www.un.org/rights/dpi1774e.html](http://www.un.org/rights/dpi1774e.html)
- \_\_\_\_\_. 2004. What is the global compact? [www.unglobalcompact.org](http://www.unglobalcompact.org)
- \_\_\_\_\_. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. 2003. *Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Brazil*. 23/05/2003.
- \_\_\_\_\_. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. 2001. *Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Colombia*. 30/11/2001.
- \_\_\_\_\_. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. 2001. *Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Ukraine*. 24/09/2001.
- \_\_\_\_\_. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. 2001. *Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Venezuela*. 21/05/2001.
- \_\_\_\_\_. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. 2001. *Summary record of the 3<sup>rd</sup> meeting: Venezuela*. 30/04/2001.
- \_\_\_\_\_. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. 2001. *Summary record of the 8<sup>th</sup> meeting: Honduras*. 30/01/2001.
- \_\_\_\_\_. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. 2000. *Workshop on international trade, investment and finance and economic, social and cultural rights*. 06/05/2000.
- \_\_\_\_\_. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. 1997. *Summary record of the 9<sup>th</sup> meeting: Zimbabwe*. 07/05/1997.
- \_\_\_\_\_. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. 1995. *Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Colombia*. 28/12/95.
- \_\_\_\_\_. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. 1995. *Initial report: Guyana*. 07/08/1995.



- \_\_\_\_\_. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. 1990. International technical assistance measures (Art. 22). CESCR General Comment. [www.unhchr.ch/tbs/docs.nsf](http://www.unhchr.ch/tbs/docs.nsf)
- \_\_\_\_\_. Committee on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination. 2004. *Concluding observations of the Committee on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination: Suriname*. 12/03/2004.
- \_\_\_\_\_. Committee on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination. 2004. *Observations of the Committee on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination: Sweden*. 12/03/2004.
- \_\_\_\_\_. Committee on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination. 2004. *Decision (1)64 on Guyana: Guyana*. 09/03/2004.
- \_\_\_\_\_. Committee on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination. 2003. *Prevention of racial discrimination, including early warning measures and urgent action procedures: Suriname*. 21/03/2003.
- \_\_\_\_\_. Committee on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination. 2001. *Concluding observations of the Committee on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination: United States of America*. 14/08/2001.
- \_\_\_\_\_. Committee on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination. 1999. *Summary record of the 1217<sup>th</sup> meeting: Peru*. 16/03/1999.
- \_\_\_\_\_. Committee on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination. 1997. *Summary record of the first part (public) of the 1237<sup>th</sup> meeting: Burkina Faso, Suriname*. 22/08/1997.
- \_\_\_\_\_. Committee on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination. 1996. *Summary record of the 1169<sup>th</sup> meeting: Namibia, Venezuela*. 06/12/1996.
- \_\_\_\_\_. Committee on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination. 1996. *Summary record of the 1157<sup>th</sup> meeting: Bolivia, Brazil*. 23/10/1996.
- \_\_\_\_\_. Committee on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination. 1996. *Summary record of the 1060<sup>th</sup> meeting: Afghanistan, Chad, Papua New Guinea*. 27/09/1996.
- \_\_\_\_\_. Committee on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination. 1996. *Summary record of the 1172<sup>th</sup> meeting: Venezuela*. 21/08/1996.
- \_\_\_\_\_. Committee on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination. 1996. *Summary record of the 1135<sup>th</sup> meeting: Colombia, Russian Federation*. 05/03/1996.
- \_\_\_\_\_. Committee on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination. 1995. *Nicaragua*. 22/09/1995.
- \_\_\_\_\_. Committee on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination. 1994. *Summary record of the 1059<sup>th</sup> meeting: Australia*. 18/08/1994.
- \_\_\_\_\_. Committee on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination. 1993. *Ninth period reports of state parties due in 1993: Australia*. 23/09/1993.
- \_\_\_\_\_. Committee on the Rights of the Child. 1995. *Summary record of the 189<sup>th</sup> meeting: Colombia*. 20/01/1995.



- \_\_\_\_\_. Human Rights Committee. 2003. *Concluding observations of the Human Rights Committee: Philippines*. 01/12/2003.
- \_\_\_\_\_. Human Rights Committee. 2003. *List of issues: Suriname*. 28/11/2003.
- \_\_\_\_\_. Human Rights Committee. 2002. *Concluding observations: Sweden*. 24/04/2002.
- \_\_\_\_\_. Human Rights Committee. 2001. *Summary record of the 1830<sup>th</sup> meeting: Guyana*. 01/05/2001.
- \_\_\_\_\_. Human Rights Committee. 2000. *Summary record of the 1856<sup>th</sup> meeting: Australia*. 28/07/2000.
- \_\_\_\_\_. Human Rights Committee. 2000. *Concluding observations of the Human Rights Committee: Guyana*. 25/04/2000.
- \_\_\_\_\_. Human Rights Committee. 1996. *Summary record of the 1548<sup>th</sup> meeting: Peru*. 06/11/1996.
- United Steelworkers of America. 2003. USWA strongly urges Colombian president to intervene to save lives of missing trade unionists. [www.uswa.org](http://www.uswa.org)
- \_\_\_\_\_. 2002. Assassinations unpunished: Columbian trade unionist need U.S. help. [www.uswa.org](http://www.uswa.org)
- \_\_\_\_\_. 2002. Showdown in copper country: USWA miners take on Kennecott's global union busting. [www.uswa.org](http://www.uswa.org)
- Valiente, C.J. 2004. Panama: Do indigenous peoples have the right to decide about their own natural resources? Indigenous and Tribal Peoples Centre. [www.itpcentre.org](http://www.itpcentre.org)
- \_\_\_\_\_. 2004. *Indigenous peoples and global governance: Special report for Rio+5 process*. Earth Council and the World Council of Indigenous Peoples.
- Wassa Association of Communities Affected by Mining (WACAM). Who and what is WACAM? [www.wacam.org](http://www.wacam.org)
- Weizner, V. 2002. Cutting-edge policies on indigenous peoples and mining: Key lessons for the World Summit and beyond. The North-South Institute. <http://web.idrc.ca>
- Witness for Peace. 2004. The Highly Indebted Poor Countries initiative: Big on Rhetoric, little on relief. [www.witnessforpeace.org](http://www.witnessforpeace.org)
- \_\_\_\_\_. 2004. Nicaragua at a glance. [www.witnessforpeace.org](http://www.witnessforpeace.org)
- \_\_\_\_\_. 2004. Nicaragua: Condemned to debt. [www.witnessforpeace.org](http://www.witnessforpeace.org)
- World Bank and International Finance Corporation. 2002. Global mining: Treasure or trouble: mining in developing countries. [www.wacam.org](http://www.wacam.org)
- World Rainforest Movement. 2003. Nicaragua: Canadian mining company accused of mining spill. [www.wrm.org.uy](http://www.wrm.org.uy)
- \_\_\_\_\_. 2001. Panama: Mining, forest and indigenous peoples' rights. [www.wrm.org.uy](http://www.wrm.org.uy)
- \_\_\_\_\_. 1999. Nicaragua: Australian gold mining company in the rainforest. [www.wrm.org.uy](http://www.wrm.org.uy)



World Wildlife Fund. 1999. *Metals from the forests: Mining and forest degradation*. The World Conservation Union and the World Wildlife Fund.

Young, J. 1992. *Mining the Earth*. Washington, D.C.: The Worldwatch Institute.



# EL AUTOCONCEPTO DEL COSTARRICENSE COMO UNA PSEUDOCULTURA DE LOS DERECHOS HUMANOS

*Rodolfo Meoño Soto*

## Resumen

La identidad nacional del costarricense descansa en una singular paradoja: negar precisamente su identidad, o la posibilidad misma de una identidad emergente y propia de una rica mezcla étnica y de una latitud y de un devenir únicos. Es la historia de una identidad que se niega a sí misma como identidad en la historia. Es la contradicción de una historia sin sujeto. El costarricense se autodefine como un occidental blanco, nacido en una geografía equivocada. ¿Cuál es, entonces, la identidad de quien no tiene identidad? La respuesta es la concepción formalista de los derechos humanos, propia del proyecto de modernidad aún hoy.

Cost Ricans' national identity rests on a curious paradox: they precisely deny their identity, or the very possibility of an emerging identity -characteristic of a rich ethnic mixture and of a

unique location and history. It is the contradiction existing in a history without subject. The Costarrican self defines him/herself as a white occidental, born on the wrong geography. Which is, therefore, the identity of those that do not have identity? The answer is the formalistic doctrine of human rights, characteristic of the Modern project even today.

## Introducción

En las democracias representativas, lo usual reside en que, los políticos e ideólogos que representan a los sectores hegemónicos elaboren y difundan representaciones míticas de la nación e, independientemente de las tramas sociales, enuncien sin pudor proclamas en torno a las supuestas "virtudes" de la idiosincrasia



de su pueblo. Sin embargo, lo peculiar del caso costarricense es el alto grado de legitimación que tienen dichas representaciones en todos los estratos y sectores sociales.

La intelectualidad orgánica, con los proyectos políticos hegemónicos —en particular, historiadores y filósofos—, ha recurrido a la producción de mitos y redes axiológicas en la construcción de los contenidos de la identidad nacional. El resultado ha sido la creación de representaciones, conceptuales y axiológicas, cuyos fundamentos históricos, antropológicos y sociológicos, se encuentran actualmente cuestionados por la teoría crítica y por las mismas prácticas sociales y culturales de la población costarricense.

En este proceso de construcción simbólica, la intelectualidad orgánica ha recurrido a una concepción formalista, esencialista, de los derechos humanos, lo cual le ha permitido ofrecer una solución de continuidad de la pretendida "identidad nacional" del costarricense en la transición de los proyectos políticos (republicano, liberal, populista o nacionalista, y neoliberal). Dicho recurso posibilita la legitimación social del mencionado conjunto de representaciones del "ser costarricense", al mostrarse como una "naturaleza" perenne e inmutable que se despliega históricamente en sus potencialidades.

Sin embargo, la construcción simbólica aludida no ha conducido a la internalización de una "cultura de los derechos humanos" por parte de la población nacional. Por el contrario, la cultura en cuestión es, simplemente, extrapolada de su contexto de surgimiento y utilizada como medio de legitimación social de una oligarquía, tan inequitativa y arbitraria como cualquier otra clase hegemónica latinoamericana.

La diferencia radica en su argucia ideológica para el logro del consenso so-

cial, mediante la recurrencia a los derechos humanos "positivizados" en la modernidad como expresión "natural" de las potencias del "ser costarricense".

En consecuencia, y a pesar de los resultados investigativos de la teoría crítica, el carácter ingenuo, acrítico, de las formas sociales de la conciencia, permite la continua reproducción institucional, así como la persistente conceptualización por parte del costarricense, de la identidad nacional como una cultura de paz y de respeto a los derechos humanos. De esta manera se muestra en el análisis de encuestas de opinión y en las colaboraciones de la opinión pública en la prensa escrita nacional.

### 1. El espejo ante la alteridad

En el imaginario social, el costarricense se percibe a sí mismo como una especie *sui generis*, en relación con el "otro diferente" y con los "otros análogos". El primero es asumido como el sujeto—colectivo o singular— totalmente diferente a los otros sujetos singulares que constituyen sus iguales, en tanto costarricenses "por encima de toda sospecha", como lo menciona Costa Gavras.

En el caso particular que nos compete, el "otro diferente" está representado por el "centroamericano", abstracción en la que el costarricense no se reconoce incluido y ante la cual se define como alteridad, pues solo accidentalmente comparte un *locus* geográfico. Resulta ilustrativo de esta auto percepción, su reflejo en un "otro diferente"; a saber, el jurista hondureño Mejía Nieto menciona:

*...La verdad es que Costa Rica ha tenido siempre más relación geográfica que histórica con el resto de Centroamérica, mezclado o sí no*



*tallado en sangre aborigen. Pero de esta diferencia psicológica con raíz biológica nada es tan pronunciado que la democracia social costarricense apenas superada en los distintos estados latinoamericanos (citado por: Jiménez, 1973).*

De este modo, incluso un "otro diferente" expresa su interiorización de un mito constituyente de la identidad nacional del costarricense: el territorio virgen, el cual fundamenta la negación de las raíces indígenas y africanas —e, incluso, asiáticas— que "corren en la sangre" del costarricense.

No resulta gratuito entonces que Ethel Bent, relacionista pública del V Festival Flores de la Diáspora Africana, declare a los medios masivos que el sentido de la tarea propuesta es visibilizar la cultura afrodescendiente:

*...este festival nace para romper el silencio sobre la verdad histórica de Africa y sus descendientes (Al Día, 21-08-03, 2).*

Aunque parezca increíble, en un Estado Nación que se precia de su cultura de paz y de respeto a los derechos humanos, hasta mediados del siglo XX la población afrodescendiente estuvo confinada a la región caribeña de Costa Rica, sufriendo regulaciones que en muchos casos impedían su libre tránsito por el territorio nacional.

En forma similar a la situación de exclusión del afrodescendiente, resulta inverosímil en este contexto la invisibilidad —social, económica, política y cultural— en que se encuentran los descendientes de la población autóctona de Costa Rica.

Anecdótico de esta situación de exclusión, similar a la sufrida por la población

afrodescendiente, es lo acontecido a los guaymíes, cuyas tierras ancestrales abarcan tanto un sector de Costa Rica como otro de Panamá: en la medida en que, motivados por sus prácticas culturales, se trasladan estacionalmente de un territorio al otro, hasta el decenio pasado se les niega de manera sistemática el derecho a un documento de identidad; y, con ello, el derecho de elegir y ser electos, la libertad de asociación y de empresa, y la potestad de transitar libremente por todo el territorio de la Nación que los vio nacer.

Por su parte, las "alteridades análogas" son, en primera instancia, el latinoamericano; pero, se trata del criollo o del ladino, o bien, del descendiente de otros inmigrantes europeos, con los cuales se comparte la lengua, el "estilo de vida" y la cultura iberoamericana; y, en segundo término, el estadounidense anglosajón; excluyendo así a otros ciudadanos nativos de ese país, tales como el indígena, el afrodescendiente, el asiático o el "hispano"; con el anglosajón comparte la laboriosidad, la "longevidad democrática" y el espíritu de "modernización".

Luis Felipe González, quien estudia a principios del siglo XX la influencia extranjera en la educación y en la investigación científica en Costa Rica, propone una deuda con los inmigrantes de países latinoamericanos como Chile y Argentina, puesto que es ahí donde ha tenido mayor influencia la cultura europea y estadounidense; y,

*...en la cultura de los pueblos jóvenes, como el nuestro, un factor de suma importancia que ha venido a tener una influencia saludable es el de la inmigración extranjera. Procedentes en general los inmigrantes de una cultura superior, al tomar*



*asiento en nuestro país influyen favorablemente en nuestro medio, contribuyendo a determinar y formar un nuevo ambiente educacional (González, 1976, 40).*

En relación con el "otro" estadounidense, González indica una deuda de mayor talante. Además de la influencia determinante de los Estados Unidos en la economía, el comercio, la educación y la ciencia costarricenses, el autor destaca las influencias ideológicas, políticas e institucionales:

*La influencia institucional política la hemos experimentado en Costa Rica con la Constitución federal centroamericana promulgada el 22 de noviembre de 1824 tomada de la de Estados Unidos del 17 de setiembre de 1787, que ha servido de base a la Constitución de 1825 y a las demás posteriores que desde aquella fecha se han emitido en nuestro país. De allí que las instituciones políticas nuestras lleven en su espíritu el de la organización política americana (Ibid., 187).*

A lo cual agrega que, en el plano cultural,

*...la inmigración de americanos (léase, estadounidenses. N. del A.) y la adquisición que a diario se hace en Costa Rica de los instrumentos culturales de la gran nación americana, han sido los más notorios (Ibid., 188).*

Pero, también se presenta una "alteridad modelo", de naturaleza paradigmática: el europeo occidental, en tanto abstracción que acriticamente condensa en sí

misma todas las supuestas "virtudes" del proyecto de la modernidad: progreso, innovación y bienestar; tradición, arte y cultura; educación, ciencia y tecnología; civilismo, tolerancia y solidaridad; así como democracia, armonía y paz social.

Aunque en el terreno económico y financiero (la producción material), las relaciones de dependencia de Costa Rica se han establecido primero con Inglaterra, y luego con los Estados Unidos de América; en el terreno cultural (la producción simbólica), el horizonte ha sido la Europa continental, en particular, España, Francia, Alemania e Italia. No en vano, Constantino Láscaris, quien siendo español se muestra en la historia de las ideas como el filósofo más influyente en Costa Rica, afirmaba lo siguiente:

*En el caso de Costa Rica, la importancia de la influencia extranjera es, históricamente, mayor que en los países de larga historia. Si Roma dio sus frutos cuando se helenizó, España su Siglo de Oro cuando se italianizó, Francia su clasicismo cuando se hispanizó, Alemania su romanticismo cuando se afrancesó, etc., Costa Rica necesita estar abierta a los cuatro puntos cardinales. Y esto los costarricenses lo han sabido y lo han vivido (Láscaris, 1994, 13).*

Para comprender lo afirmado por Láscaris, debemos ignorar su sentido literal. En el fondo, no se trata de los consabidos norte, sur, este y oeste, sino del sentido metafórico que se revela en los propios ejemplos ofrecidos en la cita. No se trata de unos casos escogidos al azar, sino de los ejemplares mismos en la construcción del sujeto en Costa Rica: como se indica antes,



España, Francia, Alemania e Italia. Entre las anteriores naciones, González hace especial mención, obviamente, de España, como también de Francia. En particular, en el terreno cultural, se destaca, según el autor, este último país:

*Después de España, ninguna nación europea ha ejercido tanto su influencia en la cultura de Costa Rica como la nación francesa. Así como España hizo nuestra conquista material y religiosa, Francia ha hecho la intelectual. El movimiento filosófico francés de L'ILUMINACIÓN que produjo la Enciclopedia, llegó hasta nosotros y las ideas filosóficas de Rousseau, Voltaire, Montesquieu, Diderot, D'Alambert fueron un poderoso estímulo en la cultura de los costarricenses (González, 1976, 235).*

El "otro modelo", el europeo occidental, cuenta con la sanción de la historia, adquiriendo dicho estatuto como resultado de los procesos de "absolutización" y de "universalización" de su propia cultura lagunar de los derechos humanos.

Pero, en el caso costarricense, ese "otro modelo" no es solo un "ingrediente" importado que, en simbiosis con la "sazón" autóctona, provoca un híbrido cultural. El problema no es sopesar la mezcla entre lo local y lo occidental, sino más bien la cuestión radica en que lo local se identifica sin más con lo occidental. Por ende, la identidad nacional del costarricense es una producción cultural que niega su propio objeto de trabajo, asumiéndolo como igual que el "otro modelo", el europeo continental.

Como se evidencia, la pretendida cultura de paz y de respeto a los derechos

humanos del costarricense, no pasa de ser, más bien, un producto paradigmático de la alienación material y cultural de un pueblo, como proceso mediante el cual la persuasión ha logrado convertirse en el instrumento básico para la articulación de toda la población en torno al proyecto político de los sectores hegemónicos.

Lo que hemos mencionado es que la identidad nacional del costarricense consiste precisamente en negar su identidad, o la posibilidad misma de una identidad emergente y propia de una latitud y de una historia únicas. La identidad nacional del costarricense es la historia de una identidad que se niega a sí misma como identidad en la historia. Es la paradoja de una historia sin sujeto. O, mejor dicho, es la historia de la negación del sujeto histórico: el costarricense no lo es tal, es la historia de un occidental más, aunque nacido en una geografía equivocada.

¿Cuál es, entonces, la identidad de quien no tiene identidad? La respuesta es la concepción formalista de los derechos humanos, propia del proyecto de modernidad aún en la Europa continental contemporánea. De esta forma, el costarricense es participe, sin más adjetivos, de la cultura occidental; como lo es el español, el francés, el alemán y el italiano.

Y, ¿en qué consiste esta tradición cultural de la que se es participe? Es cuestión de hacer extensivo al costarricense lo predicado por Victoria Camps, catedrática de Ética en la Universidad Autónoma de Barcelona, al respecto de los españoles:

*... compartimos unos ideales que son fruto del cristianismo y la Ilustración, y de toda una tradición de pensamiento anterior que se remonta a los griegos. Esa tradición conforma la*



*identidad moral, que no puede ser diversa según las culturas, sino que debe asumir unos mínimos sin los cuales ni la moral ni la ética tendrían un significado estable. Si creemos en la ética, debemos creer en la justicia, en la libertad, en la igualdad de oportunidades, en el respeto mutuo, en la solidaridad (Camps, 1996).*

De ese modo, en el mejor sentido hegeliano, el europeo occidental se propone a sí mismo y a su proyecto histórico, como la culminación y el referente obligados de la humanidad; y, en este caso particular, también de Costa Rica.

Un ejemplo de dicha referencia obligada, lo encontramos en el artículo "¿Dónde está el público?", de Pilar Aguilar, colaboradora del periódico *La Nación*. En el artículo en cuestión, Aguilar plantea que, en el ámbito artístico costarricense,

*...se fueron creando centros estudiantiles que prepararon lo que hoy podríamos llamar grandes artistas, pero lo que los políticos no vaticinaron fue la carestía de espectadores educados y sensibles que habría en el futuro (La Nación, 03-12-03, 38A).*

Frente a la situación anteriormente descrita, Aguilar se pregunta dónde está el público, a lo cual responde de la siguiente manera:

*El público está ahí, en su casa, en mi casa; son nuestros hijos, que han carecido del beneficio de políticas culturales en nuestros planes de educación nacional para saber disfrutar, por ejemplo, de una buena*

*ópera o un ballet, como lo han hecho por generaciones, los niños y adolescentes de cualquier país en Europa (Ídem).*

Independientemente de la contrapartida fáctica de dicha atribución, se trata de una concepción "idealizada" de Europa y de sus políticas culturales. Lo significativo es, precisamente, la utilización como referente de una Europa abstracta, que opera a manera de "espejo madre", para modelar la política cultural local.

Por otra parte, detrás del pretendido cosmopolitismo del costarricense, se esconde una ideología racista, o racialista, según Bordieu, la cual resume crudamente Lara Putnam de la siguiente manera:

*El indio salvaje, perezoso y desaseado; el chino vicioso; el nicaragüense pendenciero; el negro bruto y la negra promiscua; todas estas imágenes sirvieron implícita y a veces explícitamente para resaltar la virtud, el empeño, la honradez, el amor al trabajo y la paz del "costarricense" (automáticamente entendido por blanco) (citado por: Sandoval, 2003, 163).*

Lo peculiar de la ideología racista del costarricense reside en que es de manera permanente negada en la "cultura oficial", pero también es negada fervientemente en el imaginario social, en la medida en que el costarricense no se reconoce reflejado en ella. Por el contrario, preconiza su tolerancia y apertura étnica y cultural. Así como tampoco se reconoce como fruto del profundo mestizaje que caracteriza a los pobladores del subcontinente americano al sur del Río Grande. El costarricense



se visualiza a sí mismo como "blanco", descendiente de hidalgo español, sobre la base del mito de la "pureza étnica" colonial.

En este punto, la doctrina liberal de los derechos humanos, adoptada como expresión del "alma" nacional, da un salto mortal. Se trata de una profunda negación óptica, para acceder a un estatuto ontológico: la negación de sus propias raíces en el más candoroso de los mestizajes, para sentirse heredero "legítimo", por derecho de cuna, de la cultura occidental. Como si los cuatro millones de costarricenses fueran todos descendientes de las cincuenta familias españolas y criollas establecidas en Cartago, la cabecera de la Provincia de Costa Rica, al final de la colonia. Como si los pobladores del numeroso "barrio de los pardos" de entonces, se hubiesen desvanecido sin descendencia alguna. ¡Efectivamente se desvanecen, pero solo en el "blanco" imaginario social!

En este aspecto de la "pureza étnica", se retrata el carácter lagunar de la identidad nacional del costarricense. En contraposición con la representación construida en la "historia oficial", la historiografía crítica hoy establece que, a partir de 1750,

*...étnicamente se consolidó el predominio de los mestizos, que representaban más del sesenta por ciento de la población total. En contraste, españoles, indígenas y negros eran grupos minoritarios (Molina, junio del 2003).*

Claro que hay que tomar en cuenta que el Valle Central, donde se concentra entonces y en la actualidad el grueso de la población, se presenta como una región étnicamente más homogénea que la Provincia colonial en su conjunto, en virtud de

una distribución geográfica desigual de la población,

*...proporciones importantes de las poblaciones de origen indígena o africano se concentraban fuera del Valle Central, ya fuese en lo que es hoy la provincia de Guanacaste, en el Caribe o en las actuales áreas fronterizas con Panamá y Nicaragua (Ídem).*

Pero, dicha homogeneidad étnica no es "blanca", como pretende la "historia oficial", sino más bien mestiza. Entonces, el barrio de los pardos no desaparece. Por el contrario, el barrio de los pardos se convierte en el Valle Central *in toto*.

Dicha representación simbólica, la "pureza étnica", provoca también para el proyecto político liberal una contradicción *in re* entre, por una parte, la noción de ciudadanía, el Estado de derecho y la doctrina liberal de los derechos humanos; y, por otra parte, las políticas "blanqueadoras" mediante las cuales se pretende mantener la "pureza étnica". Su importancia es asumida como capital, puesto que se le atribuye a la "pureza étnica" el conjunto de representaciones que conforman la identidad nacional:

*Con el fracaso del ferrocarril nacional y la llegada al país de grupos de trabajadores de "raza y cultura distintas", el proyecto político de blanqueamiento de la población fue reforzado. El Estado liberal opta por un discurso nacionalista de tipo terapéutico, es decir, de apoyo a medidas sanitarias para conservar la raza blanca. Los informes de funcionarios estatales, los pronunciamientos del*



*Ministerio de Gobernación y de la policía, leyes y demás, empiezan a contener en sus márgenes y sus centros advertencias contra la mezcla racial por los males físicos, morales, económicos y políticos que traería (Jiménez, 2002, 195-196).*

Apoyándose en los estudios de la ideología racial en Costa Rica de Lara Putnam, en su obra *El imposible país de los filósofos*, Alexander Jiménez destaca el papel de dicha ideología en la construcción de la identidad nacional:

*Para que el organismo nacional mantuviera su pureza, creciera y produjera, el Estado liberal introdujo un conjunto de políticas de intervención, de protección social y de sanidad... la homogeneidad garantiza la laboriosidad, las buenas costumbres y la ausencia de conflictos. En el imaginario étnico nacionalista costarricense, el mestizaje es conflicto, enfermedad y derrota... Por eso procuraron difundir internacionalmente la imagen de una población blanca y, gracias a ello, sana, robusta, laboriosa, culta, próspera, ordenada, trabajadora y patriótica (ibíd., 196-197).*

De acuerdo con Jiménez, las políticas blanqueadoras siguen dos modelos distintos, ya sea que se trate de la población negra y china o de la indígena. En los primeros casos, se aplica un modelo de higiene social y contención migratoria; mientras que con el indígena, se lleva a cabo un modelo civilizador integrador.

Por otra parte, el costarricense también define su identidad diferenciándose del centroamericano. Un ejemplo de ello lo

encontramos en las palabras de Alejandro Urbina, columnista y director designado del periódico *La Nación*, quien recurre al supuesto de la existencia de un claro contraste entre costarricenses y guatemaltecos, para contextualizar su criterio en relación con las investigaciones de la Asamblea Legislativa de Costa Rica sobre las fuentes de financiamiento de la anterior campaña electoral en el 2002:

*La discusión pública sobre el financiamiento de las campañas ocurre en las democracias maduras. En democracias incipientes, otros problemas acaparan el debate. A pocos guatemaltecos les inquieta hoy cómo se financian las campañas... la preocupación sobre quién aporta cuánto a cuál candidato constituye un síntoma de madurez política (La Nación, 18-08-03, 17A).*

Como cabe esperar, tampoco el hondureño se ve exento de la diferenciación radical que establece el costarricense, con respecto a sus "hermanos" centroamericanos. Refiriéndose a los datos del crecimiento económico contenidos en el "Segundo informe sobre desarrollo humano en Centroamérica", Saúl Weisleder, catedrático universitario, ex parlamentario y político socialdemócrata costarricense, advierte lo siguiente:

*Honduras no creció menos (económicamente, N. del A.) por haberse abierto menos (al mercado mundial, N. del A.) que Costa Rica, sino por carecer de las instituciones que tiene Costa Rica (población más educada, más sana, mayor respeto al estado de derecho, etc.) y una base*



*económica superior de partida, entre otros (La Nación, 18-08-03, 14A).*

Sin embargo, el asunto no acaba ahí. Rodolfo Cerdas, líder estudiantil en los setenta, ex diputado por su propio partido, politólogo, profesor en universidades europeas y político progresista, también se hace eco de la diferenciación del costarricense con respecto al centroamericano. Haciendo referencia a las donaciones extranjeras ilegales en la última campaña política en Costa Rica, recibidas por el partido político en el poder, Cerdas afirma lo siguiente:

*...es a Costa Rica a quien se ha mancillado en su honor y dignidad, equiparándola con una "banana republic", cuyos candidatos se auto-colocan en subasta... Internacionalmente, la imagen que hemos exportado es la de que en Costa Rica, como en Centroamérica, los futuros presidentes bailan el son que les toquen, siempre y cuando les llenen el sombrero de sus finanzas electorales. Nuestra patria, la de Mora y Cañas (protagonistas del mito de la gesta nacional, N. del A.) no se merece un estigma semejante (La Nación, 24-08-03, 17A).*

En otras palabras, Rodolfo Cerdas implícitamente reconoce una paradoja: que lo peor que le puede pasar al costarricense es que lo equiparen con un centroamericano; es decir, que lo identifiquen como habitante de su propia región.

¿Cuál es este modo peculiar de la cultura costarricense que, a diferencia de lo que acontece en los demás países de la región, muestra un supuesto espíritu de-

mocrático ejemplar y una madurez política incomparable?

Por su parte, Ottón Solís, el fundador e indiscutible líder del Partido Acción Ciudadana, el actual partido político que —sin ser radical— propone un programa contestatario frente al sistema del bipartidismo, afirma que la política nacional ha de tomar en cuenta esta peculiaridad de la cultura del costarricense. Refiriéndose al establecimiento de acuerdos entre el gobierno, las cámaras patronales y los sindicatos, dicho político también se evidencia como copartícipe de las representaciones sociales antes mencionadas. En sus palabras:

*La verdad es que tales consensos sólo son posibles en una cultura como la costarricense, identificada con el diálogo, la solidaridad, la negociación pacífica, y enemiga del conflicto (La Nación, 18-06-03, 19A).*

No en vano, el costarricense se siente "campeón mundial" en materia de derechos humanos. Se percibe como tributario y garante de la igualdad y justicia social, de la democracia y del Estado de derecho, así como de los más excelsos valores: la paz, la libertad, la tolerancia y la solidaridad. Lo increíble es que esta condición sea, para muchos, fruto de una especie de "huella genética" o "gen cultural", acuñando el término empleado por Wilson, quien estudia la transmisión hereditaria de patrones de comportamiento. ¡Veamos un caso!

Recientemente, el 7 de noviembre del 2003, el gobierno anuncia, por todos los medios de prensa, una disminución de dos puntos porcentuales en el número de familias costarricenses en estado de pobreza.



Como resultado del anuncio, muchos periodistas y voceros de la sociedad política y civil cuestionan dicha reducción desde distintos puntos de vista. Entre ellos, Ignacio Santos y Pilar Cisneros, los conductores generales del principal noticiero televisivo en el país (Teletica Canal 7). Sin embargo, para sorpresa de tirios y troyanos, el Presidente de la República inmediatamente aparece en la palestra pública desacreditando dichas opiniones con el recurso de una falacia *ad hominem*: ambos periodistas son de origen extranjero, cubano el primero y peruana la segunda.

Según se desprende de las palabras de Abel Pacheco, no importa el tiempo que dichos personajes hayan vivido en el país, ni tampoco tiene relevancia si llegaron siendo niños al país, o si han adquirido la nacionalidad costarricense, o si tienen cónyuge e hijos costarricenses. En la medida en que nacieron en el extranjero, les achaca que "lo que ellos están haciendo (con su crítica) es lo mismo que tiene en problemas a esos otros países", refiriéndose a Cuba y a Perú, sus lugares de nacimiento.

Por ende, resulta ilustrativa la extrapolación de la clásica referencia de Demóstenes sobre los atenienses, que efectuara Julio César Sanguinetti, ex Presidente de la República de Uruguay, en una Cumbre Presidencial celebrada en Costa Rica:

*Donde haya un costarricense, esté donde esté, hay democracia.*

Como es de suponer, el gobierno de Costa Rica inmediatamente instaló una gran valla publicitaria con aquella afortunada expresión, la cual durante varios años engalanó la autopista que conduce del Aeropuerto Internacional a la ciudad capital.

## 2. El espejo hecho estatua

La construcción de la identidad nacional del costarricense tiene como sustento ideológico la idea de un territorio sin población autóctona significativa, el cual fue colonizado por iguales: el labriego sencillo —inmortalizado en el Himno Nacional—, ya se tratara de español, de criollo o de mestizo. El espíritu de equidad social surge de un presunto aislacionismo —geográfico, económico y político— y de una aclamada pobreza endémica que azotaron a la provincia durante la época de la colonia, entonces perteneciente a la Capitanía General de Guatemala.

Junto con la laboriosidad del costarricense, el Estado de derecho se presenta como uno de los logros tempranos de la nueva nación independiente, contando con una larga trayectoria en materia de derecho constitucional y en la construcción de la institucionalidad jurídica. Como resultado del respeto al Estado de derecho, se toma como un supuesto incuestionable la necesaria consolidación de la libertad, de la paz social y de la igualdad de oportunidades.

Por su parte, se presume que la solidaridad del costarricense se concreta históricamente en el sistema de seguridad social y en las garantías laborales, que provienen del supuesto "pacto social" de los años cuarenta, el cual da lugar a las reformas indicadas.

En consecuencia, en el imaginario social del costarricense, él y ella han tenido la dicha de nacer en poco menos que el paraíso: además de reclamar para su territorio la mayor riqueza en biodiversidad del planeta, vive en un país que ya conquistó, con creces y antelación, los derechos humanos de primera y segunda generación —las llamadas libertades individuales y los



derechos económicos y sociales— y se proclama pionero en materia de tolerancia y respeto a las diferencias y en contra de toda discriminación étnica, religiosa, política, de preferencia sexual, o cultural, en general.

No en vano, en el imaginario social, el costarricense se visualiza a sí mismo como un caso paradigmático. Se siente más occidental que mesoamericano o caribeño, al vivir en la llamada "Suiza centroamericana"; sintiéndose portador de una cultura de avanzada en materia de derechos humanos y reclamando el carácter ejemplar de su pequeña nación en el concierto del mundo:

*La democracia pasó a ser una peculiaridad más, inherente a la cultura política de la sociedad en su conjunto. Emanada como condición natural, se consolida y arraiga como una fuente de la cual se nutre de forma espontánea el Estado. Estabilidad, tolerancia, libertad, paz social, neutralidad y antimilitarismo, son los valores que definen la voluntad constructiva de su sistema político. El orden social es el reflejo de los valores y normas que definen racionalmente el pensar de los sujetos que delimitan el cuerpo social constituyente del Estado y la nación. Cualquiera opción política que se manifieste y represente como contraria, que presuponga otra manera de articular a la sociedad, como por ejemplo el socialismo marxista es rechazado por oponerse a la idiosincrasia del costarricense (Roitman, 1989, 324).*

Además de lo anterior, en el imaginario social del costarricense está presente

la tradición decimonónica del país en materia de asilo político; y la selección del país por parte de la Organización de las Naciones Unidas, para albergar las sedes de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y del Instituto homónimo, así como la propia sede de la Universidad para la Paz. Finalmente, también se evoca la "Proclama de Neutralidad Perpetua, Activa y No Armada" del presidente Monge Álvarez (1982-86), emitida en 1983; así como el Premio Nobel de la Paz otorgado a su ex presidente y actual precandidato, Óscar Arias Sánchez, como reconocimiento a su labor en los Acuerdos de Paz en Centroamérica suscritos en 1987.

### 3. Encuestando al espejo

Entre el 26 de agosto y el 3 de setiembre del 2003, la empresa encuestadora UNIMER, con el auspicio del periódico *La Nación*, lleva a cabo una investigación empírica para determinar el universo simbólico que los propios afectados perciben como el "ser" del costarricense; en función de la cual entrevistan personalmente a 1.416 costarricenses mayores de 15 años, para contar con un margen de error del 2.6%. Sin embargo, para comprender en forma adecuada los resultados de dicha encuesta, es necesario romper con el enfoque positivista de la ciencia y su mito de la "inmaculada percepción", tal como nos previenen oficiosamente la epistemología y la pedagogía críticas.

En primera instancia, resulta obvio, aunque no por ello debe pasar inadvertido, que se trata de una encuesta de opinión. Por ende, sus resultados en general no son ostensibles; no indican "realidades palpables", aunque sí apuntan a la explicitación de los símbolos presentes en el imaginario



social del costarricense. Ante esta situación, debemos preguntarnos si las respuestas provienen de sujetos concretos que expresan criterios personales; o si, más bien, nos encontramos ante un sujeto impersonal y anónimo que replica con los contenidos de un "imaginario efectivo", como expresa Castoradis.

La cuestión cardinal es cómo interpretar las respuestas casi unívocas de jóvenes y adultos, hombres y mujeres, que participan de las más variadas "tramas sociales", empleando esta categoría acuñada por Helio Gallardo. Entonces, podemos figurarnos que es el espejo, y no el sujeto concreto, quien nos habla.

¿Qué nos dice el espejo? Para comprender su discurso, es necesario recordar la distinción propuesta en las investigaciones psicológicas sobre el autoconcepto, entre lo que se es, lo que se aspira a ser y lo que se pretende mostrar a los demás. La otra categorización básica a tener en consideración tiene relación con la diferenciación entre las personas que construyen su autoconcepto centradas fundamentalmente en la vida privada, y las otras para quienes la imagen pública tiene un ascendente determinante en la formación del autoconcepto.

En consecuencia, nuestra lectura del discurso del espejo tiene como punto de partida el peso exorbitante de su imagen pública; en este caso, se trata de la imagen internacional del costarricense, que es de cardinal importancia en la articulación interna del universo simbólico presente en el imaginario social. Además, asumimos que dicha orientación por la imagen pública conduce a un discurso comprometido con el engrandecimiento (*self enhancement*) de los supuestos atributos positivos y a la aplicación del sesgo de autocomplacencia

(*self service bias*), mediante el cual niega, soslaya o autojustifica los eventuales atributos negativos.

Veamos los resultados de la encuesta de marras, advirtiendo el alto porcentaje de concurrencia de la población estudiada en torno a las respuestas "políticamente correctas", desde una visión formalista de los derechos humanos:

Primero, examinemos los atributos presentados. Ante una pregunta que ya evidencia el peso de la imagen internacional (¿cómo caracterizaría al costarricense ante la interpelación de un extranjero?), un 91% de los entrevistados concuerda en una atribución altamente positiva: "buena gente", "pura vida", "simpáticos y sociables", "amables", "colaboradores y hospitalarios" y "pacíficos".

Igualmente, resulta de las atribuciones mencionadas, con la opción de respuestas múltiples, como cualidades pertenecientes a las personas con quien más se relaciona: sociables (27%), honradas (27%), activas (otro 27%), humildes (22%), sinceras (22%), amables (17%), solidarias (17%) y "buena gente" (10%). Ante estas respuestas, ¡sobre todo, humildes!

Sin embargo, a pesar de ser simpáticos y sociables, solo un 42% manifiesta tener muchos amigos; mientras que un 36% alega tener pocas amistades y un alarmante 20% pregona solo tener conocidos. Y, aunque advierten ser colaboradores, un 56% de los encuestados no participa del todo en actividades comunales y un 68% nunca habla de política.

Pero, ahí no acaba la autoapología del espejo. Ante la pregunta de qué lo hace feliz, una mayoría (el 51%) expresa que su felicidad radica en "el bienestar de la familia y especialmente de los hijos" y un 23% lo reafirma como su mayor pasión (seguido



por ¡los deportes! —léase fútbol—, en segundo lugar). Y, para reforzar aún más la imagen del "costarricense familiar", ante la interrogante de quién tiene mayor influencia en su vida, un 61% circunscribe dicha persona al ámbito familiar: un 26% la madre, un 22% el padre y un 13% la pareja sentimental.

Sin considerar que otro grupo muy significativo (un 41%) visualiza a sus familiares más bien como la calamidad mayor en sus vidas, la "lectura oficial" de la encuesta propone entonces que los resultados evidencian al costarricense no como el individualista, como planteaba Láscaris justificando la separación de lo público y lo privado (la cual entendemos como la proyección de la cartografía simbólica de la identidad nacional), sino como el "familiarista" (*Radio Universidad de Costa Rica*, 03-10-03).

La propuesta del "costarricense de familia" como expresión de la "naturaleza" profunda de la población de Costa Rica, no toma en cuenta que, en dicho territorio, se instituye el divorcio desde 1871, que más del 40% de los matrimonios están condenados estadísticamente a disolverse, y que en concordancia un número similar de hogares es monoparental, teniendo a la mujer como cabeza única de la familia. Lo paradójico es que un 87% de los encuestados afirma vivir con sus hijos.

Pero, además, el costarricense se siente responsable y consistente. En la pregunta que inquiriere cómo le gustaría ser recordado, un 37% se inclina por haber cumplido con su deber, un 30% por haber salido adelante ante las adversidades, un 30% por entregarse a los demás, y un 9% por haber sido fiel a sus sueños. Sin embargo, contrastantemente con sus aspiraciones de "inmortalidad", solo un 25%

tiene una filosofía de la vida en la que intenta ganar y ser el mejor; mientras que un 36% lo que aspira es simplemente a no quedarse rezagado, y el mayoritario grupo del 38% tiene como filosofía vivir a su propio ritmo.

Llama la atención que un 87% de los encuestados afirme rezar todos los días; y un 80% dice hacerlo siempre antes de acostarse. Este dato podría llevar a la conclusión de estar ante la presencia de una profunda religiosidad o vida mística por parte del costarricense; pero también cabe pensar en la importancia que reviste la mera adscripción religiosa para salvaguardar la imagen pública, puesto que las instituciones religiosas tienen un peso muy significativo en la vida política nacional, aunque este peso se vuelve ínfimo en materia moral y de ética personal.

Un ejemplo del peso en la vida política es la capacidad consuetudinaria de veto que tiene la Iglesia Católica en el nombramiento del Gabinete del Presidente electo o en materia de política educativa; mientras que, por otra parte, no encuentra respuesta alguna por parte de la población civil ante sus reiteradas condenas al divorcio y al empleo de métodos anticonceptivos.

Lo más sorprendente de la encuesta "en cuestión" es la marca mundial que debe tener el costarricense en materia de "autoestima colectiva". Un 79% afirma que absolutamente nada lo hace sentirse inferior a otros; solo un 18% señala haberse sentido discriminado por su condición social, y un 11% por creencias religiosas. Por otra parte, el 72% aspira a ser reconocido como una persona muy inteligente; y un 56% está preocupado por su aspecto físico, practicando ejercicios un 53% de ellos.

Lo anterior explica el "sesgo de autocomplacencia" que muestran los encuestados al hablar de eventuales defectos.



Ante esta pregunta, una mayoría del 51% afirma que ningún defecto se puede generalizar; un 12% que son hipócritas o mentirosos; un 7% borrachos y viciosos; un 6% arrogantes; otro 6% chismosos; igual porcentaje de carácter fuerte; y un 5% irrespetuosos. Y ante la pregunta de cómo caracterizaría al costarricense ante un extranjero, solamente un 9% de los encuestados contestó con atribuciones negativas: egoístas, preocupados y vagos.

Alguien podría argüir que la comprensión de este autoconcepto colectivo reside, más bien, en la respuesta de un grupo minoritario. Por lo tanto, inferir que, en la aseveración que hace el 12% de la población encuestada, atribuyéndole al costarricense la hipocresía o la mentira, se encuentra la clave para la lectura crítica de los resultados en discusión.

Sin embargo, creemos que la explicación no es tan simple. Lo que aquí aparece operando es un mecanismo ideológico de distorsión de la realidad, que escinde las esferas de lo público y lo privado. Dicha escisión permite que el universo simbólico atribuido a la identidad nacional esté constreñido solo a las actuaciones públicas, dejando la vida privada al arbitrio personal.

#### 4. Reflejo público, opacidad privada

El mecanismo ideológico y ético de escindir lo público y lo privado permite comprender la llamada "medianía" del costarricense, la cual se muestra en la encuesta sobre el "ser del costarricense", efectuada bajo el proyecto UNIMER-La Nación, así como en el discurso de los medios de comunicación masiva.

Tal como se plantea anteriormente, la encuesta mencionada indica que existe un alto índice de conformismo en la "filoso-

fía de la vida" del 74% de la población estudiada: un 38% señala vivir a su propio ritmo, y el otro 36% afirma que simplemente trata de no quedarse atrás de los demás. Lo cual se contrapone a solo un 25% de los encuestados, quienes aspiran a ganar y ser los mejores (*La Nación Digital*, 28-09-03).

Por otra parte, encontramos también en la prensa escrita la enunciación de dicha "falta de ambición" atribuida al costarricense. En este caso, se trata de un artículo de Fernando Araya, un joven filósofo colaborador de *La Nación*:

*El hecho de que una persona sea más que las circunstancias que lo rodean y pueda, según su propia variación, superarse a sí misma y evolucionar, se origina en la capacidad de cambiar y trascender, rasgo que le permitió a la especie humana ir más allá de lo instintivo y animal para crear la urdimbre de la historia y de la cultura. Ahora bien, esta peculiaridad inherente a cualquier persona, se debilita cuando el peso de las mediocridades individuales se transforma en un sistema colectivo; es decir, en un engranaje de ideas, costumbres, prácticas, procedimientos y diseños institucionales, donde coexisten, se articulan, se protegen las incompetencias de quienes dormitan bajo su alero protector.*

*Cuando esto ocurre, surge la mediocracia, atmósfera psicológica y social donde se combinan el menor esfuerzo con la deliberada voluntad de no ahondar en nada ni con nadie y dejar todo lo importante en las "manos" de un futuro lejano e indefinido (*La Nación*, 01-11-03, 38).*



Sin embargo, dicha "medianía" del sujeto concreto parece estar en contradicción con las atribuciones del espejo, que refleja la imagen del sujeto abstracto: de acuerdo con el espejo, el costarricense es pretencioso y ha construido un país "superior" dentro del conjunto de países subdesarrollados, estando siempre solo a un paso del "despegue" al mundo desarrollado.

La contradicción se resuelve con el reconocimiento de la "identidad nacional" como una pseudocultura de paz y de respeto a los derechos humanos: la "jurisdiccionalidad" restringida o nula de las redes axiológicas en la esfera de lo privado; en contraposición con su carácter categórico en la esfera de lo público.

Solo en la medida en que el costarricense se desenvuelva en las esferas de la vida pública, debe comportarse absolutamente como el "hombre en estado de naturaleza" de Rousseau: bondadoso, solícito e incorrupto. Aunque, también, se invisibilizan las desviaciones del "tipo ideal" rousseauiano, aun en la esfera pública de acuerdo con los dominios de la acción, que precisan y ajustan permanentemente la "jurisdiccionalidad" de la proyección: el personal, el familiar, el comunal, el nacional y el internacional.

Por otra parte, el dinamismo y la variabilidad de la "jurisdiccionalidad" del "tipo ideal" en los dominios tienen su fuente en la intervención de la escala, en tanto mecanismo complementario en la representación/distorsión de la realidad, natural y social. En el caso costarricense, la gran escala (en el sentido cartográfico) está constituida por el nivel de las relaciones interpersonales; la mediana escala, por el nivel de la actuación institucional; y, la pequeña escala, por el nivel de la exposición mediática.

En tanto menor la escala, así es mayor el grado de coacción social e imposición cultural hacia el cumplimiento del "tipo ideal" rousseauiano. Y, por el contrario, a mayor la escala, las redes axiológicas tienden a tener un carácter únicamente indicativo, mas no vinculante. Además, aun en el caso de la mayor exposición mediática, puede ser vinculante solo en una o en varias de las arenas de interacción social, que adquieren distinción con la escala: la psicosocial, la social, la económica, la política, la ideológica y la estética.

El grado máximo de reflejo fiel del espejo está dado por la confluencia de lo internacional público y la cobertura mediática; aplicándose en este caso a todas las arenas de interacción social.

Por lo tanto, la "esencia" de lo público no reside en la participación en la política nacional o en la vida institucional, siempre y cuando sean solo los coterráneos sus testigos. La vida privada se convierte en absolutamente pública, y debe ser consecuente en absoluto con la imagen del espejo, en el momento en que el comportamiento del costarricense influya en la imagen internacional de su país.

No es en vano, que la encuesta anteriormente analizada de UNIMER-*La Nación* propone diferenciar, por una parte, la opinión del costarricense sobre el propio "ser del costarricense" en sus interrelaciones con un extranjero (léase, turista o visitante, especialmente "occidental"; no inmigrante); y, por otra parte, su criterio en relación con las atribuciones que muestran los "otros" costarricenses con los cuales se relaciona.

Los resultados de la encuesta evidencian la cardinalidad de la imagen internacional en el espejo, en tanto muestran discrepancias entre las respuestas a ambas



preguntas, siendo mayormente positivas las respuestas a la primera; aunque no debemos olvidar que es el espejo quien contesta y no el sujeto concreto, el cual tiene determinaciones de clase, de edad, de género y de etnia.

Pero, mientras el costarricense se mantenga alejado del escrutinio internacional, ya no es más el "hombre en estado de naturaleza" de Rousseau; sino por el contrario, el "hombre lobo del hombre" de Hobbes.

Es decir, lo que opera en dicho caso es una "doble moral" del costarricense, que se expresa en términos de valores, actitudes y patrones de comportamiento diferenciados, ya se trate de la vida pública y privada. La cuestión a observar son las fronteras móviles entre lo público y lo privado, en un continuo que tiene de antípodas la relación internacional (sea ésta interpersonal, o bien, institucional o mediática), en el extremo de lo público, y la relación en el núcleo familiar, en el extremo de lo privado.

Lo "privado" tiende a convertirse en "público", en la medida en que un evento rebasa del ámbito familiar al comunal, y del comunal al nacional, para llegar a su culminación con la repercusión en el ámbito internacional.

Un ejemplo claro de la transición de lo privado a lo público, al alcanzar la dimensión institucional o mediática (o, dicho de otra manera, de la permanencia en la esfera privada mientras se mantenga en la dimensión interpersonal), está presente en el evento de la desaparición y posterior hallazgo del cuerpo de una niña, Ana Isabel Chamorro, violada y asesinada en una pequeña comunidad rural, Río Cuarto de Grecia, en la zona norte del país.

El día 7 de noviembre del 2003, la prensa informa de la desaparición de la niña, durante el trayecto de dos kilómetros que

toma el regreso a su casa después de la escuela primaria (*La Nación*, 07-11-03, 14). Se organizan grupos de búsqueda, cuyo resultado es el hallazgo del cadáver de la niña, quien había sido previamente violada (*La Nación*, 08-11-03, 10 y *Al Día*, 08-11-03, 2-3).

Lo particular del caso reside en que, ese mismo día, la prensa entrevista a los pobladores de la pequeña comunidad, quienes se encuentran consternados y dicen no encontrar respuesta al suceso, puesto que en el pueblo todos se conocen y nunca ha habido una situación similar; por lo tanto, aducen que debe tratarse de un victimario ajeno completamente a la comunidad.

Sin embargo, al día siguiente, la policía logra dar con indicios materiales que incriminan a un joven vecino, Rónald Gerardo Artavia, quien se niega a declarar pero presenta rasgos físicos de la defensa de la niña, y es sometido a pruebas serológicas después de ser detenido e interrogado (*La Nación*, 09-11-03, 14).

Lo sorprendente es que, solo entonces, los miembros de la comunidad comienzan a relatar que este joven ya había cometido varios abusos a otros menores en casas vecinas, y aun en su ámbito familiar. Estos actos nunca habían sido denunciados a las autoridades policíacas o judiciales. Por el contrario, sus vecinos habían aceptado la situación de una manera "natural", simplemente tratando de proteger a las víctimas potenciales cuando se encontraban en una posición de riesgo extremo por la presencia del joven criminal (*La Nación*, 10-11-03, 12).

Resulta patético el caso de una mujer, en el ámbito de su familia extensa, que conociendo de sus actos le permitía dormir en su casa, con sus nietos en el cuarto adyacente. La mujer se limitaba a



tratar de escuchar atentamente durante la noche, y a ahuyentarlo cuando oía sus pasos acercándose al cuarto de los niños (*Idem*). Lo sorprendente reside en que, antes de la captura y el examen ocular y forense del violador y homicida, ninguno de los miembros de la comunidad haya advertido de los antecedentes del joven en cuestión.

También puede observarse el claro escalamiento del nivel de lo público, cuando trasvasa el plano institucional al mediático, en particular cuando se trata de lo mediático internacional. Un ejemplo de este caso resulta notorio con las declaraciones del Presidente de Costa Rica en ejercicio, Abel Pacheco, ofrecidas a los medios de la prensa internacional, especialmente a los mexicanos, el 26 de octubre del 2003 (*La Nación*, 27-10-03, 2). Ese día, el doctor Pacheco se dirigió a Vica Andrade, una modelo costarricense radicada en México D.F., para desearle parabienes ante su nominación para abandonar la casa del "Big Brother" mexicano. El Presidente dijo que ella representaba un motivo de orgullo para Costa Rica y que todos la acompañaban en su suerte.

Anteriormente, muchos presidentes en ejercicio habían recibido en la Casa de Gobierno a infinidad de reinas de belleza, modelos y artistas del espectáculo. Esto acontecía sin pena ni gloria para los gobernantes, pero con las declaraciones a los medios de la prensa internacional, la situación adquiere nuevos ribetes. Inmediatamente, aparece una fuerte reacción en contra de las declaraciones ofrecidas, las cuales son tildadas de bochornosas para el país (*La Nación*, 28-10-03, 21 y 29-10-03, 18 y *Al Día*, 29-10-03, 24).

La siguiente cita es una carta enviada al periódico *La Nación* suscrita por treinta

y tres estudiantes de Derecho de la Universidad de Costa Rica, que cuenta con la Escuela de Derecho más prestigiosa del país:

*Una vez más, la actitud del presidente Abel Pacheco resulta vergonzosa. Meses atrás se empeñó en no postular a la jurista Elizabeth Odio para la Corte Penal Internacional; sin embargo, con gran júbilo, la noche del 26 de octubre cayó en el ridículo de pedir apoyo para Vica Andrade en el programa Big Brother. Señor Presidente: ¿Es más importante para el Estado costarricense un programa superficial que la defensa de los derechos humanos y el orgullo que significa para un país tener representación en un ente como la Corte Penal Internacional? (*La Nación*, 02-11-03, 27).*

Como puede apreciarse, el concepto de "orgullo nacional" es un bien sumamente apreciado. Creemos que la airada reacción no obedece al hecho en sí mismo, sino a la exposición internacional que suponía, puesto que el apoyo que el Presidente pedía estaba dirigido al público mexicano, y no a sus propios coterráneos que hubieran podido soslayar la situación con un poco de buen humor.

De manera similar, acontece cuando se trata de una situación aparentemente negativa que atraviesa un organismo internacional, en especial vinculado con la cultura de los derechos humanos, que opere en el país. En este caso, la prensa nacional muestra toda la opacidad de la que es capaz. Lo anterior puede ser ejemplificado con el reciente conflicto ente la Universidad para la Paz (Upaz), de las Naciones Unidas,



y la Fundación para la Paz, el cual se presenta cuando la Upaz decide unilateralmente terminar con el convenio suscrito años atrás con dicha fundación para la operación de la "Radio para la Paz" en su campus académico, situado en la Finca El Rodeo.

Ante la ruptura unilateral del convenio y el desalojo inminente de la Radio mencionada, su director decide parapetarse en sus instalaciones; mientras que la Upaz opta por cercarlo en su totalidad con alambre de púas para evitar el escalamiento de la protesta en curso. Independientemente del conflicto suscitado y de su resolución, lo sorprendente del caso es que ningún medio de comunicación local (léase bien, ninguno: ni escrito, ni televisivo, ni radial) informa nada de lo sucedido, con la salvedad del periódico *The Tico Times*, escrito en lengua inglesa y orientado a la colonia estadounidense residente en Costa Rica (*The Tico Times*, 07-11-03, 1 y 14-11-03, 1 y 3).

En la situación antes mencionada, los medios de comunicación locales se muestran totalmente refractarios ante la noticia, la cual no es percibida ni por la opinión pública nacional, ni por la sociedad política, y mucho menos por las agencias internacionales de noticias. O, al menos, eso es lo que puede inferirse del total silencio mediático.

La dicotomía privado-público y la doble moral imperante se evidencian también en los casos del ejercicio en la función estatal y en la empresa privada. En el primer ámbito, se trata del "hombre en estado de naturaleza"; mientras que, en el segundo, no se espera otro que el "hombre lobo del hombre".

De lo anterior, resultan ilustrativos varios editoriales de *La Nación*, en relación

con los resultados de concesiones privadas de obras públicas (*La Nación*, 12-10-03, 17 y 28-10-03, 15). En dichos editoriales, ante los resultados desastrosos de proyectos de carreteras y edificios públicos construidos bajo el régimen de concesión de obra pública, se arremete contra la incapacidad del gobierno de cumplir con su función de control y supervisión.

Sin embargo, lo curioso es que, en ningún momento, se comenta el papel de las empresas desarrollistas privadas. Pareciera que dichas empresas, por su naturaleza lucrativa, están exentas de cualquier código ético o de compromiso alguno con la ciudadanía. Si bien, obviamente el gobierno incumplió su deber de fiscalización, lo cierto es que los resultados desastrosos obedecen al incumplimiento en los materiales y los parámetros constructivos empleados por dichas empresas.

Como puede apreciarse, se trata de una "doble moral" bajo la cual las instituciones estatales deben ser impolutas; mientras que las empresas privadas no solo pueden, sino que deben actuar en la búsqueda de los mayores rendimientos de su inversión, aún a costa de la seguridad ciudadana y de la estafa flagrante a las arcas públicas.

En términos generales, los atributos que muestre el costarricense en sus relaciones interpersonales entre connacionales pueden ser cualesquiera; siempre y cuando, en las actuaciones institucionales y mediáticas, haga honor creciente al impoluto reflejo del espejo. De esta manera, se establecen los niveles escalares en la "jurisdicción" del "tipo ideal" rousseauiano en la cartografía simbólica de la identidad nacional.

Dicha aplicación creciente del "tipo ideal" alcanza su epítome cuando la acción,



individual o colectiva, se desenvuelve en el dominio de lo internacional y tiene amplia cobertura mediática.

En consecuencia, la identidad nacional del costarricense se muestra como un "imaginario efectivo", al decir de Bourdieu, en la medida en que encontramos un alto grado de reconocimiento en la colectividad aludida; pero, también es efectivo, desde la perspectiva de su influencia en el comportamiento individual y social, siempre y cuando se tomen en consideración las "reglas de juego" éticas impuestas por la proyección y la escala.

## 5. El espejo en la pasarela internacional

Las investigaciones psicológicas del autoconcepto (González y Tourón) muestran una diferenciación entre aquellas personas centradas en su vida privada, y aquellas otras para quienes se vuelve crucial el efectivo desenvolvimiento en la esfera pública. Sin menoscabar la importancia que tiene también para el primer grupo, en el caso del segundo grupo, el criterio de los demás resulta esencial en la autoconceptualización. De ahí que, en la extrapolación de esta distinción a nuestro objeto de estudio, nos encontramos con la importancia que le atribuye el costarricense a la imagen internacional de su territorio "paradisiaco".

Por otra parte, la "naturalización" de la identidad del costarricense y de su cultura lagunar de los derechos humanos permite su abstracción de la realidad vivida y vigente, por lo que no cabe plantear contradicciones entre las prácticas sociales —que tienen concreciones en la vida social y en la interacción con el ambiente— y los constructos "universales" contenidos en el conjunto de representaciones que conforma la identidad nacional. *In adjecto*, dichas

contradicciones no pueden ser más que contingentes, pero no estructurales. Por lo tanto, deben debatirse solo "en casa", sin afectar negativamente la imagen del país, entendida como reproducción ampliada de dicho conjunto de representaciones en el ámbito internacional.

La mencionada reticencia del costarricense a "lavar la ropa sucia en público" explica la indignación del entonces presidente Miguel Ángel Rodríguez y de la sociedad política en general, cuando Casa Alianza—ONG dedicada a la protección de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes en riesgo social— llevó a cabo en el año 2000 una serie de reportajes y de denuncias internacionales con Antena 3, fuerte consorcio de la televisión española, evidenciando el alto grado de prostitución infantil en el país y su mercadeo en el exterior como destino para el turismo sexual.

El 18 de noviembre del 2003, el nuevo presidente en ejercicio para el período 2002-2006, Abel Pacheco, psiquiatra de profesión, se refiere al reconocimiento del país como destino para el turismo sexual, atribuyendo dicha fama a una óptica estrecha de algunos extranjeros, obviando que tenga relación con nuestra propia condición nacional:

*Este país produce gente muy agradable. Para nadie es un secreto la belleza que caracteriza a los y las costarricenses. Pero, hay personas malignas que solo ven la parte carnal. De ahí que Costa Rica siempre ha sido mencionada para eso... La belleza de nuestra gente y el subdesarrollo de nuestro país nos hace vulnerables como destino de turismo sexual (Teletica Canal 7, 28-11-03 y La Nación, 01-12-03).*



Una situación similar ocurre con las denuncias por secuestro infantil, discriminación de género, violencia doméstica o inseguridad ciudadana: son el "pan de cada día" en el noticiero local; pero, en el momento en que éstas provienen del extranjero o que trascienden las fronteras nacionales, se argumenta su "sobredimensionamiento" o ser producto de un instigamiento al país, generado por algún foráneo "malagradecido" o por un mal costarricense "traidor". Es impensable que alguien "concedor" del país, local o extranjero, no reconozca la justeza del conjunto de representaciones sociales que presuntamente expresan la identidad del costarricense y su aprecio singular por los derechos humanos.

A manera de ejemplo, tomemos el comentario reciente del conocido periodista Julio Rodríguez, publicado en su columna del diario más prestigioso de Costa Rica. A raíz de la divulgación internacional del índice de desarrollo democrático latinoamericano elaborado por la Fundación Konrad Adenauer y Polilat.com, en el cual la calificación de la democracia costarricense bajó de 8.5 a 7.8, en la escala de 0 a 10, para el período 2002-2003, el periodista apunta que la nota obtenida por el país

*...es menos que Panamá que, ahora, nos supera (8) y nos aventaja también en algunos indicadores educativos, que fueron siempre nuestro timbre de honor. En los cuatro parámetros utilizados para este estudio —condiciones básicas de la democracia, respeto a los derechos políticos y libertades civiles, calidad institucional y eficiencia política y ejercicio del poder efectivo para gobernar— Costa Rica bajó (La Nación, 20-08-03, 19A).*

Pero, ante el hecho de tratarse de una nota proveniente de las agencias noticiosas internacionales, y apareciendo el país por debajo de la calificación obtenida por Panamá, el periodista inmediatamente prevé la reacción airada de la opinión pública:

*Podemos rechinar y sulfurarnos ante estos datos y, hasta, como en el fútbol, echarles (sic) la culpa a los árbitros, argüir que somos pobres o seres incomprendidos, que jugamos "de tú a tú" con los países más desarrollados democráticamente y que merecemos, por Júpiter, una mejor suerte (Ídem).*

El periodista en cuestión señala que "los resultados están ahí", que no basta con negarlos y que, inclusive, se puede recurrir al último "Informe del Estado de la Región" para corroborarlos. Sin embargo, concluye atribuyendo el oprobio recibido a un elemento fortuito, nunca estructural:

*Costa Rica, nación bloqueada por la pequeñez de sus propios dirigentes. Un deshonor (Ídem).*

Resulta evidente, en el comentario anterior, el cierre epistemológico que opera sobre el conjunto de representaciones sociales que constituye la abstracción que hemos llamado "identidad del costarricense": en la opinión del periodista, se trata de una situación absolutamente coyuntural, en la cual los gobernantes y los grupos de presión no están a la "altura moral" del costarricense. De ahí que sean estos dirigentes, y no el modelo actual de desarrollo, quienes han provocado el "deshonor" de Costa Rica ante la civilización occidental *in toto*:



*...no faltarán los paladines de la antiglobalización, del antiliberalismo, y de la soberanía nacional para proclamar que todo es culpa de estas ideas demoníacas por cuanto desde que éstas se asomaron, se asentó la corrupción en Costa Rica, se impuso la ineficiencia gubernamental, se debilitaron los partidos políticos y se deshumanizó el país (idem).*

Como se desprende de la anterior descalificación al movimiento de antiglobalización, y en forma coherente con el cierre epistemológico previamente mencionado, por definición el modelo de desarrollo no puede incidir en la identidad del costarricense ni en su cultura de los derechos humanos. De ahí que el "deshonor" invocado, se haga proceder de las distorsiones que provoca la injerencia humana en la gestión y la administración del modelo de desarrollo.

Otra colaboradora del periódico *La Nación*, Cecilia Valverde Barrenechea, ensaya una explicación diferente a los "... viejos e importantes problemas públicos de Costa Rica", los cuales "...no se han resuelto a través de muchos años ni hay indicios de que vayan a resolverse ahora ni pronto" (*La Nación*, 22-08-03, 17A). Oponiéndose a que se trate de "la incapacidad de nuestros dirigentes", la autora del artículo "Usurpación de la soberanía" esgrime una explicación diferente, la cual tampoco cuestiona las estructuras existentes sino que, por el contrario, conduciría a su conservación:

*...en el pasado los gobernantes actuaban como líderes (buenos y malos) dentro de los límites y la forma que corresponde al concepto de*

*democracia representativa y acción delegada. Creo que el cambio conducente a la ingobernabilidad comenzó a partir del momento en que fue introduciéndose un concepto distinto de democracia, definido en términos muy atractivos, que parecen indicar democracia perfeccionada. Me refiero no a lo plausible de la participación ciudadana, sino a la manera como se ha ido interpretando por acá la llamada democracia participativa cuyo sentido, proclamado como más justo y eficiente, ha ido calando al margen de la Constitución Política que continúa ordenando la democracia representativa... En síntesis, la soberanía, que se supone debe residir en la nación mediante el sistema representativo, se ha reemplazado por un concepto de soberanía muy particular que reside en los grupos organizados que, usurpando para ellos el nombre de "sociedad civil", imponen a los gobernantes sus propios criterios interesados... (idem).*

No es el momento de referirnos al mito de la soberanía popular en la democracia representativa, ni tampoco a la función histórica que ha jugado el régimen democrático en el resguardo de intereses de grupos particulares de la sociedad. Lo que cabe resaltar es el cierre epistemológico e histórico, que opera en el imaginario social, en torno a la siempre proclamada democracia ejemplar costarricense.

## **6. Conclusión**

El recurso a la concepción formalista de los derechos humanos logra dar



continuidad a las representaciones del "ser costarricense", a lo largo de las rupturas ideológicas y sociales que subyacen a los cambios en los proyectos políticos hegemónicos. De esta forma, hasta la fecha, nos encontramos con la continuidad y la ampliación de las bases empleadas en la producción conceptual generada por el proyecto político liberal. Se da la permanencia de los mitos contruidos por la generación del 89, coherentes con una "cultura de los derechos civiles y políticos", a los cuales se suman, bajo la forma de una adaptación incompleta, en las décadas de los sesenta y setenta, nuevos mitos históricos y culturales que permiten incorporar acriticamente la "cultura de los derechos económicos, sociales y culturales".

Un fenómeno similar ocurre con la emergencia y el reconocimiento internacional de los llamados "derechos de integración", los cuales generan nuevos mitos y sus correspondientes valores, como el caso del mito de la conciencia ecológica.

La cultura lagunar de los derechos humanos no admite confrontación con la realidad histórica y con la vida cotidiana del costarricense. Pero, paradójicamente, incorpora de manera acritica cualquier "virtud" inédita que se presente en la actualidad como "políticamente correcta", desde la óptica de una concepción formalista de los derechos humanos; como si el nuevo elemento fuera *per se* compatible con la articulación precedente de representaciones sociales.

Un ejemplo reciente de la pseudoadaptación mencionada se presenta con el caso de la conciencia ecológica, en tanto su incorporación a la identidad nacional produce una operación de asimilación de nuevos contenidos sin la subsecuente acomodación de los contenidos anteriormente

existentes. Como resultado de los primeros foros internacionales, en los años setenta del siglo XX, en torno al tema ambiental, en Costa Rica la conciencia ecológica se incorpora en forma "natural" al conjunto anterior de representaciones sociales, como elemento instituyente y constituyente de la identidad nacional.

El *factum* ideológico antes indicado —la incorporación de la protección del entorno natural a la identidad nacional del costarricense— muestra una apertura en la conceptualización de dicha identidad nacional, en la medida en que es capaz de incorporar nuevos elementos. En este caso, se trata de agregar un aspecto que se presenta como el elemento de cierre de los derechos de tercera generación en la supuesta cultura de los derechos humanos del costarricense. Sin embargo, la apertura opera como una "válvula de paso" unidireccional: lo nuevo ingresa, pero nada viejo sale de ahí. Extrapolando a Piaget, se trata de una apertura sesgada, puesto que la adaptación, en el sentido operatorio, es incompleta: la asimilación de nuevos contenidos no conduce a la acomodación requerida de los contenidos previamente existentes.

Como indicador clave de dicha incorporación acritica de la conciencia ecológica en el conjunto de representaciones que expresan la identidad nacional, podemos considerar la siguiente paradoja. En Costa Rica nadie cuestiona la idoneidad del país —ni las organizaciones no gubernamentales del ramo, ni los movimientos sociales y ambientalistas, ni los partidos políticos de oposición— para recibir un premio del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA).

Dicho reconocimiento, entregado el 12 de agosto del 2003 al actual Presidente



de la República, Abel Pacheco, distingue a Costa Rica por la innovación institucional, tecnológica y financiera en el manejo de los recursos naturales. Ese día, el vocero del PNUMA, Henry González, le confirió también un carácter paradigmático a la cultura costarricense desde la perspectiva de la cuestión ecológica:

*...es uno de los pocos ejemplos en el mundo que revirtió las tasas de deforestación de los años 80 (La Nación, 13-08-03, 10A).*

Sin embargo, en su momento y ante el anuncio oficial de la reversión en las tasas de deforestación de los ochenta, las organizaciones ambientalistas costarricenses debatieron los criterios de medición empleados, al considerarse como bosque los terrenos dedicados a plantaciones agrícolas extensivas. ¿Qué explica, entonces, su silencio ante el reconocimiento internacional otorgado por el PNUMA?

Como resulta evidente, la ausencia generalizada de un cuestionamiento público, al otorgamiento de dicho reconocimiento internacional, no descansa en la ausencia de posiciones críticas frente a la metodología con que se producen los datos de cobertura boscosa en el país. ¿Cómo entender, entonces, esta omisión de los sectores y movimientos ambientalistas que operan en forma activa en el país? La respuesta se encuentra precisamente en el recurso ideológico a la concepción formalista, esencialista, de los derechos humanos.

Finalmente, hemos de afirmar que los estudios realizados sobre el imaginario social del costarricense, permiten evidenciar la ausencia real de un asidero histórico para la sustentación de los valores de equidad, pacifismo y tolerancia, los cuales

constituyen el *hard core* de la red axiológica que subyace en la pretendida "identidad nacional" de un costarricense "imaginado". En su lugar, surge la desobediencia civil, el antiimperialismo y el secularismo, como componentes omitidos de una óptica y una deóntica alternativas al "discurso oficial". Estos rasgos propios del sujeto histórico dan lugar a una visión radicalmente distinta a las representaciones clásicas de la intelectualidad orgánica con los proyectos políticos hegemónicos, y abren la posibilidad de proponer una reconceptualización crítica y emancipadora de la identidad del costarricense, en tanto propuesta de un "imaginario radical" que permita la construcción de una nueva sociedad, efectivamente, más pacífica, justa y equitativa.



## Bibliografía

### Libros y monografías

- Barahona, Luis (1953). *El gran incógnito. Visión interna del campesino costarricense*. San José, Editorial Universitaria.
- Bourdieu, Pierre (2001). *Poder, derecho y clases sociales*. Segunda edición. Bilbao, Editorial Desclée de Brouwer.
- Camps, Victoria (1996). *El malestar de la vida pública*. Barcelona, Editorial Grijalbo.
- Castoriadis, Cornelius (1999). *Figuras de lo pensable*. Segunda edición. Madrid, Ediciones Frónesis Cátedra.
- Cersósimo, Gaetano (1978). *Los estereotipos del costarricense*. San José, Editorial Universidad de Costa Rica.
- Cordero Solano, José Abdulio (1980). *El ser de la nacionalidad costarricense*. San José, EUNED.
- De Sousa Santos, Boaventura (2003). *Crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia*. Bilbao, Editorial Desclée de Brouwer.
- González, Jaime (1996). *La patria del tico*. México, Editorial Antares.
- González, Luis Felipe (1976). *Historia de la influencia extranjera en el desarrollo educativo y científico de Costa Rica*. San José, Editorial Costa Rica.
- González y Tourón (1992). *Autoconcepto y rendimiento escolar*. Barcelona, Universidad de Barcelona.
- Habermas, Jürgen (1997). *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social*. Segunda edición. Madrid, Editorial Tecnos.
- Herrera Flores, Joaquín (ed.) (2000). *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao, Editorial Desclée de Brouwer.
- Hinkelammert, Franz J. (2002). *Crítica de la razón utópica*. Bilbao, Editorial Desclée de Brouwer.
- Humphrey, John (1986). *Declaración universal de los derechos humanos: su historia, su impacto y su carácter jurídico*. San José, Imprenta Nacional.
- Ignatieff, Michael (2003). *Los derechos humanos como política e idolatría*. Segunda edición. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica.
- Jiménez Hernández, Jorge (1999). *De cómo s'excrite filosofía*. San José, Editorial Arlekin.
- Jiménez Matarrita, Alexander (2002). *El imposible país de los filósofos*. Segunda edición. San José, Ediciones Perro Azul.
- Láscaris, Constantino (1994). *El costarricense*. Octava edición. San José, EDUCA.
- Mora, Arnoldo (2001). *La filosofía de la identidad nacional en Costa Rica*. San José, EUNED.
- Murillo Chaverri, Carmen (ed.) (1996). *Antropología e identidades en Centroamérica*. San José, Colección Libros del Laboratorio de Etnología, UCR.
- Oreamuno, Yolanda (1999). *El ambiente tico y los mitos tropicales*. Heredia, EFUNA.
- Roitman, Marcos (1989). *La formación del estado nacional en Costa Rica*. México, D.F., Siglo XXI.
- Romero, Ramón (1999). "Filosofía de la identidad nacional en Honduras" En: España Calderón, Olmedo (ed.). *Pensamiento filosófico contemporáneo de la América Central: Ensayos*. Guatemala, Editorial Óscar de León Palacios.
- Sandoval García, Carlos (2003). *Otros amenazantes. Los nicaragüenses y la formación de identidades nacionales en Costa Rica*. San José, Editorial de la Universidad de Costa Rica.



**Artículos de revistas especializadas y mimeografiados**

Alvarenga V., Patricia. "Nación y etnicidad en el siglo XX". En: *Revista de Historia*, N° 40, Julio-Diciembre, 1999. Pp. 5-17.

Delgado Rojas, Jaime. "Identidades regionales y multiculturales en el discurso oficial centroamericano". En: *Tópicos del Humanismo*, N° 96, Julio, 2003. S.n.p.

Derrida, Jacques. "La estructura, el signo y el juego en el discurso de las ciencias humanas", 1989. Mimeografiado.

Molina Jiménez, Iván. "Culturas e identidades en la Costa Rica colonial. Algunas notas preliminares". En: *Tópicos del Humanismo*, N° 95, Junio, 2003. S.n.p.

Murillo Chaverri, Carmen. "La identidad costarricense ante la diversidad cultural ¿Un reto posible?" En: *Revista de Historia*, N° 40, Julio-Diciembre, 1999. Pp. 159-177.

Quesada, Gabriel. "Hoy garantías ecológicas, ayer garantías sociales". En: *Ensayos Pedagógicos*, N° 2, 2003. Pp. 95-103.

Sandoval García, Carlos. "Notas sobre la formación histórica del "otro" nicaragüense en la nacionalidad costarricense". En: *Revista de Historia*, N° 40, Julio-Diciembre, 1999. Pp. 107-127.

Solórzano, Norman. "Derecho moderno e inversión ideológica: una mirada desde los derechos humanos", 2003. Mimeografiado. Pp. 112-131.

**Periódicos y medios audiovisuales**

*La Nación Digital*. 28-09-03, San José, Costa Rica.

Periódico *Al Día*. 21-08-03, 28-08-03, 29-10-03, San José, Costa Rica.

Periódico *La Nación*. 15-05-03, 05-06-03, 18-06-03, 22-06-03, 13-08-03, 18-08-03, 20-08-03, 22-08-03, 24-08-03, 12-10-03, 27-10-03, 28-10-03, 29-10-03, 01-11-03, 02-11-03, 07-11-03, 08-11-03, 09-11-03, 10-11-03, 17-11-03, 01-12-03, San José, Costa Rica.

Periódico *La República*. 28-08-03, San José, Costa Rica.

Radio *Universidad de Costa Rica*. "Desayunos con Radio Universidad", 03-10-03.

Semanario *The Tico Times*. 12-09-03, 07-11-03, 14-11-03, San José, Costa Rica.

Televisora *Teletica Canal 7*, Noticiero, 28-11-03.



# OTROS ARTÍCULOS

---



# DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: MEDIDAS CAUTELARES EN EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL, COMUNITARIO E INTERNACIONAL

*Enrique Ulate Chacón*

## Resumen

Este estudio versa sobre la importancia de la Tutela Judicial Efectiva, en tiempos donde reina la frustración en la forma de acceso a la justicia; la falta de actuación oportuna de los órganos jurisdiccionales, a su vez, va generando una situación de desconfianza, por la lentitud y poca eficacia de los procesos judiciales. El estudio parte del marco judicial costarricense, sus características e implicaciones. Luego hace un esbozo de la importancia del principio de la Tutela Judicial Efectiva en los marcos jurídicos, comunitarios desde la Comunidad Europea, Centroamericana, el Tribunal Andino y el Mercosur, así como de la Corte Internacional de Justicia, y la protección cautelar en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

This study is about the relevance of the effective judiciary tutelage (EJT), in times when frustration prevails regarding the ways to access justice. The lack of timely action by the jurisdictional entities, in turn generates distrust, due to the slow pace and little effectiveness of judiciary procedures. The study begins with the Costarrican judiciary framework, its characteristics and implications. Then I discuss the relevance of the principle of EJT in communal frameworks, including the European Community, the Central American Court of Justice, the Andean and MERCOSUR tribunals, as well as the International Court of Justice, and the CAUTELAR protection in the International Law of Human Rights.



## 1. La Tutela Judicial Efectiva y su protección constitucional

La protección jurisdiccional, como actividad humana, tiene como fin último el cumplimiento de la justicia. El proceso, como instrumento para alcanzar la efectiva protección de los derechos humanos, sean éstos individuales, sociales, económicos, colectivos, de grupo, o sean derivados de la solidaridad, tales como la seguridad alimentaria, la protección del ambiente y la salud humana, requiere para su actuación, un tiempo fisiológicamente necesario.

En efecto, la labor del Juez, que culmina con la sentencia de fondo, y la intervención de las partes, que requiere de ciertas garantías procesales (contradictorio, debido proceso, igualdad), implican necesariamente que esa actividad jurisdiccional se desarrolle por etapas.

Sin embargo, en el interin procesal, o incluso antes de que se inicie, pueden ocurrir circunstancias de diversa índole, generalmente derivada de actuaciones materiales de una de las partes, del Estado, o de algún órgano o ente, público o privado, que pueda poner en riesgo, en peligro, la tutela del derecho que jurídicamente se pretende tutelar.

Así, en el marco de horas, días o meses, podrían provocarse daños severos, que pueden ser irreparables, de difícil o imposible reparación. Si esto ocurre, el fin del proceso jurisdiccional, cual es impartir justicia, tutelando los derechos o intereses jurídicamente protegidos por el ordenamiento, se vería frustrado en su totalidad.

La frustración en la forma de acceso a la justicia, y en la falta de actuación oportuna de los órganos jurisdiccionales, a su vez, va generando una situación de desconfianza, por la lentitud y poca eficacia

de los procesos judiciales. Efectivamente, hoy se acusa la lentitud de la justicia a través de la mora judicial, y la carencia de mecanismos idóneos para proteger los derechos de los ciudadanos.

En razón de lo anterior, hoy cobra vigencia la importancia y valor del principio constitucional llamado: TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, y que está contenido especialmente en el artículo 41 de nuestra Carta Magna, en cuyo texto se indica: "Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse *justicia pronta, cumplida, sin denegación* y en estricta conformidad con las leyes".

Esa disposición debe complementarse con el artículo 39, que establece el principio del debido proceso y garantía del contradictorio.

Lo anterior significa que el legislador está en el deber de crear los mecanismos procesales que faciliten y garanticen el acceso a la justicia y, sobre todo, que haya una protección rápida de los derechos y libertades fundamentales. Justamente, uno de esos instrumentos jurídicos de gran actualidad son las *medidas cautelares*.

Prescindiremos, por ahora, de la discusión semántica sobre la naturaleza de tales medidas, pues interesa poco, si se le llama proceso, procedimiento o instrumento cautelar. Para los fines que interesan a esta disertación, cual es evidenciar su importancia actual, importa más su utilidad práctica.

## 2. Presupuestos y características de las medidas cautelares

La doctrina nacional ha profundizado bastante, desde hace ya varios años,



sobre este tema. Ha sido una preocupación constante de los juristas nacionales ir desarrollando en forma dogmático-sistemática, una teoría general de las medidas cautelares, en las diferentes especialidades.

En el análisis de los presupuestos y características, y en su clasificación básica, existe una coincidencia común. Efectivamente, en principio, se han distinguido, las medidas cautelares típicas, de las atípicas. También se habla de tutela anticipada, y hasta hace pocos años de medidas auto-satisfactivas.

La trascendencia del tema ha significado que en los proyectos de reformas procesales que se han elaborado, se han incluido disposiciones más amplias sobre las medidas cautelares, a través de disposiciones generales, pero también mediante normas específicas que incluyen la tutela de los fines del derecho sustantivo que se pretende proteger.

El artículo 242 del Código Procesal Civil al disponer: "Además de los procedimientos cautelares específicos, el juez podrá determinar *las medidas precautorias que considere adecuadas*, cuando hubiere fundado temor de que una parte, antes de la sentencia, le cause al derecho de la otra parte *una lesión grave y de difícil reparación*. Para evitar el daño, el juez podrá *autorizar o prohibir la práctica de determinados actos*, ordenar el depósito de bienes o imponer el otorgamiento de una caución"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> En la explicación del contenido de dicho artículo, los redactores del Código señalaban: "Se trata del denominado **poder cautelar general del juez autorizando a éste a utilizar medidas no especificadas o innominadas, no previstas expresamente**. El presupuesto para ello es el fundado temor de que una parte pueda causar al derecho de la otra, una lesión grave y

Por su parte, la doctrina procesal civil ha conceptualizado la tutela cautelar atípica como: "aquellas medidas de aseguramiento o conservación ordenadas por el juez ordinario, a solicitud de parte, antes o después de iniciado el proceso, con la finalidad de evitar que desde el inicio del proceso y al dictado de la sentencia, el derecho reclamado se pueda tomar incierto o se dañe gravemente, por un acto u omisión del demandado o de un tercero, que implique, entre otras cosas, un perjuicio irreparable o irreversible, el dictado de una sentencia inocua o ineficaz, un peligro inminente, o actos u omisiones similares, o reducir la eficacia práctica de la futura sentencia e incluso alterar lo pretendido"<sup>2</sup>.

También se ha señalado como presupuestos o condiciones de estas medidas la apariencia de buen derecho y el peligro de demora. Para otros debe exigirse además una caución o fianza, como paliativo del riesgo propio de la subarrenda y urgencia de la medida<sup>3</sup>.

*de difícil reparación. Desde luego que ello debe ocurrir, para que se tome la medida cautelar, antes del dictado de la sentencia, porque si ocurre después, el procedimiento a observar será el de ejecución de sentencia. Obsérvese que tratándose de "determinados actos", sin especificación alguna, se usan las palabras autorizar o prohibir, en cambio, para el depósito de bienes se usa el vocablo ordenar, y para las cauciones el vocablo imponer. El criterio de que la medida cautelar debe tomarse en el proceso de conocimiento, es discutido por algunos al afirmar que bien puede acordarse una medida cautelar durante la ejecución".*

<sup>2</sup> ARTAVIA BARRANTES, Sergio. *Derecho Procesal Civil*, Tomo II, San José, Dupas, 1996, pp. 307 ss.

<sup>3</sup> Entre muchas otras obras, consúltense: JINESTA LOBO, Ernesto. *La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso-administrativo*, San José, Colegio de Abogados, 1995, pp. 127 y ss.; CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *Las*



La *aparición de buen derecho*, en el sentido de que la pretensión de la demanda principal, o del derecho o bien público que se quiera asegurar, tenga probabilidad de ser tutelable en el ordenamiento jurídico, sea, en la sentencia de fondo. Ello no significa entrar a descubrir el fondo del asunto, sino lograr la sencillez procesal, pues de lo contrario, si se incurre en audiencias, en pruebas desmedidas, se estaría desnaturalizando el fin para el cual fueron concebidas.

Significa que la medida cautelar debe fundarse en un juicio de probabilidad o verosimilitud, fundado en pruebas obtenidas *prima facie*, de que la pretensión de la demanda es fundada o seria. Tal verificación del fundamento serio de la pretensión deducida debe realizarla el Juez antes de concederse la medida, sin que ello prejuzgue el fondo del asunto dada la cognición sumaria.

El *peligro de demora*, por la urgencia de tomar la medida y evitar daños irreparables a alguna de las partes, o al interés de la colectividad, antes de que se falle el asunto. Así lo establece el artículo 242 del Código Procesal Civil al indicar que la medida cautelar debe tomarse para evitar que se cause una lesión grave, previa al dictado de la sentencia.

Se deriva de la imposibilidad práctica de acelerar la producción de la sentencia definitiva y de la inevitable duración del proceso. Por eso se basa en el fundado

*medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 40 y ss.; ANGELES JOVE, María. *Medidas cautelares innominadas en el proceso civil*, Barcelona, Bosch, 1995, pp. 13 y ss.; GAROFOLI, Roberto y PROTTO, Mariano. *Tutela Cautelare, monitoria e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 143 y ss.

temor de que "...la situación jurídica subjetiva resulte dañada o perjudicada grave o irreparablemente durante el transcurso del tiempo necesario para dictarse la sentencia principal"<sup>4</sup>.

Dos elementos configuran, en consecuencia, el presupuesto del peligro de demora. Por un lado, la demora en la obtención de una sentencia definitiva, por otro, el daño marginal que se produce, justamente, a causa de ese retraso, entre los cuales existe una indudable relación causal.

La *residualidad*, es necesario constatar que el derecho que se busca tutelar judicialmente está en serio amenazado, sin posibilidad de protegerse mediante una medida cautelar típica, y de ahí la urgencia de tomar la medida. Es fundamental para ello practicar un reconocimiento judicial, o bien, hacerse acompañar de un perito con el fin de valorar el verdadero peligro o riesgo inminente. Esto es fundamental por cuanto quien solicita la medida podría utilizar el trámite para atrasar el procedimiento o sin ningún sentido práctico. Lógicamente, tales medidas cautelares, por no tener una tipicidad en la ley, deben tomarse con parámetros valorativos ciertos y verificables por el juzgador, no siendo suficiente la simple manifestación de una de las partes para ordenar la medida.

Por ello coincidimos con la opinión que expresa: "...es mejor cautelar ese derecho, es decir, asegurarlo para que la futura sentencia no vaya a ser inoperante, inútil o inocua. La demora en la sentencia es un vicio que se da en todos los países, por lo que tal peligro no debe demostrarse, bastará entonces con manifestar el daño que tal demora va a producir, para ordenar la medida; pues es una presunción humana

<sup>4</sup> JINESTA LOBO, Ernesto. *Op. cit.*, pp. 127-128.



que el retraso en la decisión es, por sí mismo productor de una lesión en los derechos de la parte, suficiente para dudar de la efectividad de la sentencia<sup>5</sup>.

- 2.1 **Igualmente, se citan como características las de instrumentalidad, provisionalidad, mutabilidad, homogeneidad con las medidas ejecutivas y la ejecución inmediata. También se señalan como características estructurales la Urgencia y la Summaria cognitio.**

La Sala Constitucional ha indicado que "Las medidas cautelares son ejecutivas y ejecutorias, sin perjuicio de la apelación u otro recurso que se interponga y a reserva de lo que resuelva el superior. Así, si el amparado se encontraba en mora con el pago de la cuota alimentaria, por lo que el apremio corporal es procedente y debe ejecutarse de inmediato aunque sea recurrido".

3. **La finalidad diversa de las medidas cautelares en cada disciplina jurídica**

### 3.1 **Materia agraria y ambiental**

Los temas agrario y ambiental son medidas fundamentalmente de carácter conservativo o asegurativo, porque están en función directa de la protección de la producción agraria y de los recursos naturales renovables<sup>6</sup>. Una medida cautelar,

concedida en forma rápida, puede satisfacer en una forma efectiva la tutela de la producción, el medio ambiente o cualquier otro tipo de bienes agrarios que se puedan ver afectados con la duración del proceso, y con el riesgo biológico propio de la actividad productiva<sup>7</sup>.

En los procesos ambientales hay un interés colectivo que proteger, y un derecho de solidaridad, cual es el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que contiene una protección expresa en el artículo 50 de la Constitución Política.

### 3.2 **Materia familiar**

Se pretende proteger el interés superior del niño, y del núcleo familiar, lo cual está también consagrado expresamente en la Constitución. Un claro ejemplo se encuentra en los convenios internacionales sobre la protección de los derechos del niño (Ley N° 7183 del 18 de julio de 1990) y en la Ley Orgánica del PANI (N° 7648 del 9 de diciembre de 1996), o bien, en casos de violencia doméstica (artículo 12 de la Ley)<sup>8</sup>. Un ejemplo de ello es la orden provisional de abandono de domicilio conyugal en caso de un divorcio, con lo cual se pretende proteger a la familia como elemento natural y fundamento de la sociedad, estableciendo una protección a favor de la madre y de los hijos (artículo 51 del Código de

<sup>5</sup> ARTAVIA BARRANTES, Sergio. *Op. cit.*, p. 234.

<sup>6</sup> Para un estudio detallado del tema en esta disciplina, véase mi obra ULATE CHACÓN, Enrique. *Tratado de Derecho Procesal Agrario*, Vol. I, San José, Guayacán, 1999, pp. 429 y ss.

<sup>7</sup> El Tribunal Agrario ha desarrollado ampliamente el tema, entre otras, en las sentencias N° 117 de las 15:00 horas del 7 de febrero de 1996, N° 635 de las 9:30 horas del 8 de octubre de 1997, N° 767 de las 11:10 horas del 26 de noviembre de 1997.

<sup>8</sup> Sobre la tutela cautelar que brinda el Patronato Nacional de la Infancia, véase: Sala Constitucional, N° 7538 de las 10:41 horas del 30 de julio del 2002, N° 11180 de las 12:07 horas del 22 de noviembre del 2002.



Familia)<sup>9</sup>. O bien, la que fija un régimen provisional de visitas<sup>10</sup>. La Ley contra la Violencia Doméstica establece un elenco de medidas cautelares, con el fin de evitar el maltrato físico y moral en el núcleo familiar<sup>11</sup>.

### 3.3 En procesos civiles

Normalmente se tutelan intereses individuales, derechos económicos, tales como la propiedad, las libertades contractuales, la responsabilidad patrimonial o el patrimonio del acreedor, etcétera. Se ha reintegrado que las medidas cautelares deben estar sujetas a criterios de proporcionalidad y razonabilidad para no romper el equilibrio entre las partes<sup>12</sup>. La jurisprudencia civil y la misma Sala Constitucional han restringido los recursos a los casos que el proceso civil les concede expresamente apelación<sup>13</sup>.

También se otorga la tutela cautelar, en la legislación especial de protección y defensa del consumidor<sup>14</sup>, y en materia de propiedad intelectual.

<sup>9</sup> Al respecto, consúltense, Tribunal de Familia, N° 1009 de las 9:10 horas del 24 de julio del 2002, N° 431 de las 10:00 horas del 26 de marzo del 2003. Sala Constitucional, N° 2448 de las 10:12 horas del 8 de julio de 1994 y N° 2001 de las 16:00 horas del 8 de octubre de 1991.

<sup>10</sup> Tribunal de Familia, N° 720 de las 8:15 horas del 28 de mayo del 2003.

<sup>11</sup> Sala Constitucional, N° 6810 de las 14:48 horas del 10 de julio del 2002.

<sup>12</sup> Tribunal II Civil, Sec. I, N° 214 de las 10:05 horas del 30 de mayo del 2001.

<sup>13</sup> Entre otros, véanse: Tribunal II Civil, Sec. II, N° 461 de las 9:10 horas del 16 de noviembre del 2001, N° 285 de las 9:01 horas del 20 de julio del 2001. Sala Constitucional, N° 6856 de las 16:24 horas del 24 de setiembre de 1998 y N° 8213 de las 15:45 horas del 18 de noviembre de 1998.

<sup>14</sup> Sala Constitucional, N° 11726 de las 9:38 horas del 16 de noviembre del 2001,

### 3.4 En materia laboral

Se busca la máxima protección a los derechos de los trabajadores y asalariados. Esta es la finalidad contenida en el artículo 74 de la Constitución Política, como un derecho a la seguridad social y la solidaridad nacional, y que también encuentra una concreción en el Código de Trabajo y en la Ley de Protección al Trabajador. De esa forma, por ejemplo, se ha indicado que la suspensión temporal del trabajador debe ser por un tiempo razonable, y no puede de ningún modo dejarse de pagar el salario<sup>15</sup>. Cualquier medida en ese sentido debe ser motivada y razonada, para no dejar en indefensión al trabajador<sup>16</sup>.

### 3.5 En procesos contenciosos administrativos

El tema ha sido desarrollado ampliamente por la doctrina y la jurisprudencia administrativista<sup>17</sup>. Las medidas cautelares han superado la limitación a la simple suspensión del acto administrativo<sup>18</sup> y se han extendido en otros ámbitos, de la

Tribunal I Civil, N° 1049 de las 8:25 horas del 26 de setiembre del 2003.

<sup>15</sup> Sala Segunda de Casación, N° 576 de las 9:30 horas del 13 de noviembre del 2002.

<sup>16</sup> Sala Constitucional, N° 7278 de las 11:15 horas del 24 de julio del 2002.

<sup>17</sup> Para un desarrollo amplio del tema, consúltense, entre otras, Tribunal Contencioso Administrativo, Sec. II, N° 167 de las 11:10 horas del 31 de mayo del 2002 y N° 308 de las 11:15 horas del 1 de junio del 2003.

<sup>18</sup> El incidente de suspensión está contemplado en el artículo 91 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y está relacionado con el artículo 242 del Código Procesal Civil. TSCA, Sec. I, N° 326 de las 13:35 horas del 4 de octubre del 2002.



actividad de la administración, con el fin de evitar daños y perjuicios irreparables para los administrados<sup>19</sup>.

#### 4. La protección cautelar y experiencia constitucional

De los juristas nacionales, quien más ha profundizado este tema, debe reconocerse, es el magistrado JINESTA LOBO, quien en su libro ya citado: *La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso-administrativo*, dedica un capítulo al fundamento constitucional de la tutela cautelar (pp. 81 y siguientes)<sup>20</sup>.

Siguiendo el aporte de CHIOVENDA, quien afirma que "la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón, no debe convertirse en daño de quien tiene la razón". Es CALAMANDREI quien liga la tutela cautelar al principio de tutela judicial efectiva, de donde se deriva un poder general de cautela.

El artículo 41, en consecuencia, debe aplicarse por cualquier juez ordinario, mediante un estudio sistemático de las normas de la legislación procesal ordinaria, que dan pie a la tutela judicial específica. Ello es así, porque forman parte del núcleo esencial del principio de justicia pronta y cumplida. Pero además, lo relaciona el autor citado con el principio de igualdad material, contenido en el artículo 33 de la

Constitución Política, lo que permite proteger con criterios desiguales situaciones desiguales.

En consecuencia, el principio de tutela judicial efectiva es un derecho, de quien solicita la tutela, pero también un deber, del llamado a cumplirla, cuando así lo determine el órgano jurisdiccional.

La Sala ha declarado la constitucionalidad de tales medidas desde una jurisprudencia de 1994, donde señaló cuales son los presupuestos necesarios para la tutela: "...resulta imprescindible destacar que las medidas cautelares en sí mismas no son inconstitucionales y que éstas resultan jurídicamente viables, en la medida que cumplan con los presupuestos de fondo necesarios para su adopción, a saber: el interés actual de la petición; la posibilidad de acogimiento de la pretensión principal; el carácter grave, irreparable o difícil de reparar del daño que se pretende evitar; una posición favorable del interés público; control judicial y medios de impugnación; y la temporalidad de la medida..."<sup>21</sup>.

Además, refiriéndose propiamente a la Tutela Judicial Efectiva, señala cuales son sus características fundamentales: "Las medidas asegurativas o cautelares, según la más calificada doctrina, surgen en el proceso como una necesidad que permita garantizar una tutela jurisdiccional efectiva y por ello se pueden conceptualizar como 'un conjunto de potestades procesales —sea justicia jurisdiccional o administrativa— para resolver antes del fallo, con el específico fin de conservar las condiciones reales indispensables para la emisión y ejecución del acto final'. La doctrina entiende que la instrumentalidad y la provisionalidad son dos características fundamentales de las

<sup>19</sup> Entre otras, véanse las resoluciones del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III, N° 41 de las 9:45 horas del 21 de febrero del 2003, N° 982 de las 12:15 horas del 23 de noviembre del 2001.

<sup>20</sup> Ver, además, JINESTA LOBO, Ernesto. "La tutela sumaria cautelar". En: *La gran reforma procesal*, San José, Guayacán, 2000, pp. 237-348, y *La dimensión constitucional de la jurisdicción contencioso-administrativa*, San José, Guayacán, 1999.

<sup>21</sup> Voto N° 7194-94.



medidas cautelares y que sus principales elementos configurativos, exigen que deban ser: a) lícitas y jurídicamente posibles; b) provisionales, puesto que se extinguen con el dictado del acto final; c) fundamentadas, es decir, tener sustento fáctico real con relación al caso particular; d) modificables, en el sentido que son susceptibles de aumentarse o disminuirse para adaptarlas a nuevas necesidades; e) accesorias, puesto que se justifican dentro de un proceso principal; f) de naturaleza preventiva, ya que tienen como objeto evitar inconveniencias a los intereses y derechos representados en el proceso principal; g) de efectos asegurativos, al pretender mantener un estado de hecho o de derecho durante el desarrollo del proceso previniendo situaciones que puedan perjudicar la efectividad de la sentencia o acto final; h) ser homogéneas y no responder a características de identidad respecto del derecho sustantivo tutelado, con el fin de que sean medidas preventivas efectivas y no actos anticipados de ejecución<sup>22</sup>.

En dicha resolución, además, la Sala consideró que el órgano que la adopta tiene la potestad de hacerlo de oficio, y ella puede revisar si las circunstancias varían. Frente a una suspensión de un funcionario judicial, consideró que la misma debe darse respetando el pago del salario, y debe notificarse oportunamente de la medida motivada. De lo contrario resulta ilegal<sup>23</sup>.

La Sala Constitucional, en muchas sentencias, se ha referido a este tema, exigiendo, que la medida cautelar atípica, sea debidamente fundamentada por el Juez o Tribunal que la dicta, bajo principios de

razonabilidad y proporcionalidad, pues de lo contrario, estaría violando la norma constitucional y el debido proceso<sup>24</sup>.

El Tribunal ha legitimado la competencia de órganos administrativos, tales como la Comisión Nacional de Protección al Consumidor, para dictar las medidas cautelares que autoriza la Ley, y para modificar las condiciones en las cuales se ordenan dichas medidas (artículo 58 de la Ley de Protección y Defensa Efectiva del Consumidor), siempre y cuando se respeten los principios citados de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad<sup>25</sup>.

Igual orientación ha tenido la Sala respecto a las medidas cautelares ordenadas por el Patronato Nacional de la Infancia, para proteger a los menores de edad cuando están en situaciones de peligro o riesgo<sup>26</sup>.

## 5. Los tribunales comunitarios y protección cautelar

### 5.1 Derecho Comunitario y sus principios

El Derecho Comunitario nace de un ordenamiento jurídico autónomo, distinto del Derecho Internacional y del Derecho Interno, capaz de generar normas jurídicas por sí mismo, mediante los órganos

<sup>22</sup> Ver Votos N° 7194-94 y 7278 de las 11:15 horas del 24 de julio del 2002.

<sup>23</sup> En ese sentido, Sala Constitucional, N° 576, de las 9:30 horas del 13 de noviembre del 2002.

<sup>24</sup> Sala Constitucional, N° 0124 de las 15:10 horas del 15 de enero del 2003. Acogió un recurso de amparo, contra un Tribunal Penal, que luego de ordenar la libertad del imputado, impuso otras medidas cautelares, sin motivación alguna. Esto significa, que las medidas cautelares no pueden ordenarse antojadiza o arbitrariamente, sino que deben ser fundamentadas y razonadas, bajo principios de proporcionalidad.

<sup>25</sup> Sala Constitucional, N° 11726 de las 9:38 horas del 16 de noviembre del 2001.

<sup>26</sup> Sala Constitucional, N° 8142 de las 14:30 horas del 14 de agosto del 2001.



comunitarios. Tales normas se incorporan o pasan a formar parte de los ordenamientos jurídicos de cada Estado miembro. Dichas relaciones entre el Derecho Comunitario y los Derechos Nacionales se basan en una serie de principios fundamentales reconocidos, primero por la jurisprudencia, luego por la doctrina y desarrollados por el legislador comunitario.

No es necesario insistir sobre la naturaleza jurídica de las comunidades de Estados, como organizaciones internacionales *sui generis*, o de la autonomía de su ordenamiento. Sin embargo, resulta esencial antes de hacer un estudio del Derecho Comunitario en la práctica jurisdiccional, fijar la atención en el análisis de los principios del Derecho Comunitario (Europeo y Centroamericano), que han sido producto de una construcción jurisprudencial, casi desde el origen de las Comunidades Europeas y, luego, del Sistema de la Integración Centroamericana.

Los principios medulares de la construcción comunitaria son: el principio de la *eficacia directa*; el principio de la *aplicabilidad inmediata*; el principio de *primacía* del Derecho Comunitario; el principio de *responsabilidad* del Estado por incumplimiento; el principio de *tutela judicial efectiva* y, en fin, el principio de *respeto* de los derechos humanos.

Tales principios han sido recabados por la Corte de Justicia en casos concretos que se caracterizan por un denominador común: la presencia de un sujeto privado (persona física o jurídica), lesionado en sus propios derechos o expectativas por comportamientos (de hacer o no hacer) o actuaciones de órganos administrativos, sean comunitarios o nacionales<sup>27</sup>.

<sup>27</sup> TORIELLO, Fabio. *I principi generali del Diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 98.

Para el establecimiento de dichos principios, la Corte de Justicia ha recurrido, en la generalidad de los casos<sup>28</sup>, a la aplicación del método comparativo (pues muchos se originaron en experiencias jurídicas nacionales), sistemático y teleológico<sup>29</sup>, reelaborando muchos principios del ordenamiento interno para insertarlos dentro del sistema comunitario.

El principio de la *eficacia directa* de las normas comunitarias "...significa que éstas pueden desplegar por sí mismas plenitud de efectos de manera uniforme en todos los Estados miembros a partir de su entrada en vigor y durante toda la duración de su validez. En consecuencia crean derechos y obligaciones para todos aquellos que pueden verse afectados por su ámbito de aplicación pudiendo ser invocadas ante las autoridades públicas (administrativas y judiciales), las cuales tienen la obligación de salvaguardar esos derechos y obligaciones"<sup>30</sup>. Este principio fue desarrollado por primera vez en el caso conocido como *Van Gend en Loos*<sup>31</sup>, originado por el hecho de que esta empresa, que compraba productos químicos a otra empresa alemana, constató que los derechos aduaneros que pagaba por las mercaderías a su ingreso a Holanda fueron aumentados. El Tratado de la Comunidad Europea establecía en su artículo 12 (actual artículo 25) lo siguiente: "Los Estados miembros se abstendrán de establecer entre sí nuevos derechos de aduana de importación y exportación o exacciones de efecto equivalente y de

<sup>28</sup> SOMMA, Alessandro. *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 193-255.

<sup>29</sup> TORIELLO, Fabio. *Op. cit.*, pp. 119-140.

<sup>30</sup> MANGAS MARTÍN. *Instituciones...*, *Op. cit.*, p. 198.

<sup>31</sup> TJCE. Sentencia del 5 febrero de 1963 (*Van Gend en Loos*).



incrementar los que ya estén aplicando en sus relaciones comerciales recíprocas".

La *primacía* del Derecho Comunitario deriva de la propia naturaleza de las Comunidades Europeas, producto de un ordenamiento jurídico nuevo y autónomo, que otorga competencias a favor de las instituciones comunitarias, tanto de carácter normativo, ejecutivo y jurisdiccional.

Entre el ordenamiento jurídico comunitario y los ordenamientos jurídicos internos<sup>32</sup> debe encontrarse una relación de complementariedad funcional, lo que significa que el comunitario debe ser conciliado con los principios y valores constitucionales fundamentales de cada Estado miembro. Las relaciones entre el Derecho Comunitario y el Derecho Interno deben conducir a lograr la verdadera integración de los Pueblos y Estados y, por tanto, se impone la necesidad de una interpretación sistemática y teleológica de las normas.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha sostenido la *primacía* del Derecho Comunitario sobre el Derecho Interno a partir de la conocida Sentencia *Costa c. ENEL*, originada en una Ley italiana que nacionalizaba la energía eléctrica en violación de algunas normas del Tratado de Roma<sup>33</sup>.

Las consecuencias más importantes de este principio son: a) la inaplicabilidad de la norma interna anterior, incompatible con el Derecho Comunitario; b) la invalidez de la norma interna posterior, contraria o incompatible con la norma comuni-

taria; c) el juez nacional debe desaplicar la norma interna incompatible con el derecho comunitario, sin necesidad de esperar que sea derogada o declarada inconstitucional; y d) el juez debe aplicar la norma comunitaria con primacía sobre la norma interna<sup>34</sup>.

Esta exigencia ha llevado al Tribunal de Justicia a elevar el nivel de protección de los derechos fundamentales, y también ha implicado la necesidad de promover una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que sean garantizados y respetados por las instituciones comunitarias<sup>35</sup>. Efectivamente, el actual artículo 6 del Tratado de la Unión Europea establece en modo expreso el respeto, por parte de las instituciones comunitarias, de los derechos fundamentales. En igual sentido, los trabajos actuales de la Convención para la Reforma de los Tratados pretende incorporar como uno de los capítulos de la reforma, la Carta de los Derechos Fundamentales.

El principio de *responsabilidad* del Estado<sup>36</sup>. Este principio ha sido afirmado por la Corte de Justicia de la Comunidad Europea desde 1991, admitiendo la *responsabilidad* del Estado por los daños

<sup>32</sup> HAGUENAU, Catherine. *L'application effective du Droit Communautaire en Droit interne. Analyse comparative des problèmes rencontrés en Droit français, anglais et allemand*, Bruselas, Bruylant, Ed. de la Université de Bruxelles, 1995.

<sup>33</sup> Sentencia del 15 de julio de 1965 (*Costa c. ENEL*, c. 6/64).

<sup>34</sup> Estas consecuencias del principio de primacía son extraídas del famoso caso *Simmmenthal*, TJCE, sentencia del 9 de marzo de 1978, en el cual un Juez italiano realizó una consulta prejudicial al Tribunal de Justicia, con el fin de que indicara si ante una ley posterior, contraria a la normativa comunitaria, el Juez nacional podía considerarla inaplicable de pleno derecho, sin esperar su abrogación por el legislador o el órgano competente para declararla inconstitucional.

<sup>35</sup> GAMBINO, Silvio. "Il diritto costituzionale europeo: principi strutturali e diritti fondamentali". In: *Costituzione italiana o Diritto Comunitario*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 1-65.

<sup>36</sup> FUMAGALLI, Luigi. *La responsabilità degli Stati membri per la violazione del Diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2000.



causados a los particulares, ante el incumplimiento de la normativa comunitaria<sup>37</sup>, y su corolario de *responsabilidad de las Instituciones comunitarias*<sup>38</sup>. Igualmente, ha sido admitido en fallos recientes dictados por la Corte Centroamericana de Justicia, que ha seguido en líneas generales la jurisprudencia europea.

En la Sentencia *Francovich y Bonifaci* de 1991<sup>39</sup>, la Corte estableció la responsabilidad patrimonial del Estado italiano, al no trasponer en su Derecho Interno una directiva (que no era lo suficientemente precisa o incondicional como para producir efectos directos e inmediatos) que otorgaba beneficios de protección a los trabajado-

res asalariados en casos de insolvencia de las empresas. El derecho a la indemnización surge cuando exista una norma que tenga por objeto el conferimiento de un derecho, que la violación esté claramente identificada<sup>40</sup>, y que exista una relación de causa-efecto entre la violación y el daño sufrido por la persona perjudicada.

## 5.2 El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

El principio de Tutela Judicial Efectiva. Uno de los principios más importantes para la ejecución y cumplimiento efectivo, así como la garantía de respeto e interpretación del Derecho Comunitario, es la existencia del control jurisdiccional a nivel comunitario<sup>41</sup>. La creación de las Comunidades Europeas y también de la Comunidad Centroamericana ha implicado la necesidad de institucionalizar Tribunales de Justicia, que velaran por la interpretación y el respeto en la aplicación de las normas

<sup>37</sup> "La principale acquisizione degli ultimi anni, che ha rappresentato una svolta decisiva, e fonte di enormi implicazioni sul piano dei rapporti verticali tra gli ordinamenti, nella giurisprudenza della Corte è stata l'affermazione di un principio generale di responsabilità per violazione del diritto comunitario da parte delle istituzioni, unita alla precisazione che del principio sono "corollari" la regola di responsabilità delle istituzioni comunitarie di cui all'art. 215/2 Trattato e quella relativa alla responsabilità dello Stato, peraltro non sancita espressamente in alcuna disposizione del Trattato. Il diritto comunitario impone il principio secondo cui gli Stati membri sono tenuti a risarcire i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario ad essi imputabili..." (TORIELLO, Fabio, *Op. cit.*, p. 282).

<sup>38</sup> El artículo 288 del Tratado de la Comunidad Europea dispone: "La responsabilidad contractual de la Comunidad se regirá por la ley aplicable al contrato de que se trate. En materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros..."

<sup>39</sup> Sentencia del 19 de noviembre de 1991 (*Francovich y Bonifaci, causas 6/90 y 9/90*).

<sup>40</sup> Para calificar la violación como suficientemente caracterizada, el criterio decisivo es el de la inobservancia manifiesta y grave de los límites impuestos a su facultad de apreciación. Los jueces nacionales deben tomar en consideración la relación de causalidad entre la infracción y el daño, para precisar el daño resarcible, y fijar la cuantía, tomando en cuenta las normas nacionales y los criterios jurisprudenciales (no pueden ser menos favorables de los aplicados en el derecho interno, la reparación del daño debe ser proporcional al perjuicio sufrido, deben incluirse los intereses) (MANGAS MARTÍN, *Op. cit.*, p. 223).

<sup>41</sup> Véanse, entre otros autores, BIAVATI, Paolo y CARPI, Federico. *Diritto Processuale comunitario*, Milano, Giuffrè, 2000; BOSKOVITS, Kosmas. *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses Etats membres*, Bruselas, Athènes, 1999.



originarias y demás instrumentos complementarios y derivados<sup>42</sup>.

La obligación de todos los Estados miembros de la Comunidad, en cooperar leal e igualitariamente en la aplicación de la normativa comunitaria, implica también que en el ámbito jurisdiccional los sujetos procesales van a encontrar una protección jurisdiccional, tanto de los tribunales comunitarios, como de los tribunales nacionales, que tienen la obligación de aplicar (conforme a los principios anteriormente enunciados) el Derecho Comunitario, en cada caso concreto, ejerciendo cada uno su propia autonomía institucional y procesal.

La justicia comunitaria tiene carácter exclusivo y excluyente de otras jurisdicciones, conforme a las normas de los tratados. Goza de doble instancia (el Tribunal de primer grado y la Corte de Justicia) y presenta como particularidad su distribución descentralizada, pues la competencia de los órganos jurisdiccionales comunitarios coexiste con aquella de los órganos nacionales. Los jueces nacionales, en efecto, tienen la condición de jueces comunitarios, pues están sujetos a la aplicación del ordenamiento jurídico comunitario, el cual tienen que aplicar con preferencia al ordenamiento nacional<sup>43</sup>.

Para MANGAS MARTÍN, la tutela judicial nacional efectiva de los derechos consagrados por el Derecho Comunitario no puede tener ningún obstáculo en el Derecho Nacional, con base en los siguientes criterios, extraídos de la propia jurisprudencia

comunitaria y de los principios de los tratados: a) es competencia de los jueces nacionales proteger los derechos reconocidos por las normas comunitarias: es un derecho universal al juez nacional, b) todas las vías procesales internas son susceptibles de servir para hacer efectivos los derechos fundados en normas comunitarias, c) el acceso a las vías nacionales no puede hacerse en condiciones menos favorables de las consagradas para el reclamo de normas internas, o que hagan imposible el ejercicio de los derechos conferidos por el sistema comunitario, d) toda decisión nacional que aplique el Derecho Comunitario debe ser motivada, susceptible de control jurisdiccional efectivo<sup>44</sup>.

#### *El Poder Cautelar del Tribunal de la Comunidad*

Los tratados confieren a la Corte de Justicia una gran cantidad de poderes de intervención, dirigidos a asegurar la tutela de las posiciones subjetivas de las partes, antes de que se decida en forma definitiva el mérito del proceso, o que venga resuelta la controversia presentada en relación con la ejecución de un título.

Tales poderes, también, por razón de competencia funcional en primera instancia, le son atribuidos al Tribunal de primer grado (artículo 4 de la Ley institutiva del 24 de octubre de 1988).

Entre otras facultades, las más importantes de los jueces comunitarios son:

- a) Posibilidad de suspender la ejecución de una decisión de las instituciones comunitarias, cuando está pendiente un recurso jurisdiccional (artículo 242 del TCE).

<sup>42</sup> GERIN, Guido. *La Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, Padova, Cedam, 2000; CHAMORRO MORA, Rafael. *La Corte de Justicia de la Comunidad Centroamericana*, Managua, Corte Centroamericana de Justicia, Imprimatur, 2000.

<sup>43</sup> DÍAZ JIMÉNEZ, María del Carmen. *Principios de Derecho Procesal Comunitario*, Madrid, Ramón Areces S.A., 1996, pp. 142-143.

<sup>44</sup> MANGAS MARTÍN. *Op. cit.*, pp. 224-225.



- b) La facultad de dictar medidas cautelares, provisionales, atípicas (artículo 243 del TCE).
- c) La posibilidad de suspender la ejecución forzosa de un título ejecutivo (artículos 244 y 256 del TCE).

La Corte ha admitido la posibilidad de dictar medidas cautelares en casos de demandas por incumplimiento de los Estados miembros. Algunos de los casos más importantes son el de la Comisión contra Francia, resolución del 4 de marzo de 1982, y el de la Comisión contra Alemania, resolución del 28 de junio de 1990. Medidas que han sido justificadas en las exigencias concretas de proteger las libertades fundamentales garantizadas en los tratados contra graves prejuicios debido al comportamiento de los Estados miembros. Sobre todo, se trata de suspender la aplicación de medidas nacionales ilegítimas, en todo el territorio de la Comunidad<sup>45</sup>.

En cualquier caso, la jurisprudencia ha exigido que se cumplan los requisitos de la instrumentalidad y provisionalidad de las medidas cautelares.

#### *La batalla por las medidas cautelares*

Una de las más famosas obras literarias, que están referidas fundamentalmente al Derecho Comunitario, es la escrita por GARCÍA DE ENTERRIA, *La batalla por las medidas cautelares*, en la cual se explica, con casos concretos, la evolución de la Justicia Comunitaria Europea en este tema<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> BIAVATI, Paolo. *Diritto Processuale comunitario*, Milán, Giuffrè, 2000, pp. 287-288.

<sup>46</sup> GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *La batalla por las medidas cautelares*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1995.

El caso *Factortame*, derivado de un conflicto entre el Gobierno inglés y los pescadores, dio como origen un Auto de suspensión dictado por el Tribunal de Justicia, el 10 de octubre de 1989, respecto de la aplicación de la Ley inglesa (Merchant Shipping Act de 1988), que afectaba a los pescadores con bandera española, que estaban debidamente inscritos en los registros ingleses. Esa sentencia marcó un hito histórico en la protección cautelar, contra normas nacionales contrarias al Derecho Comunitario.

Una particularidad de la mencionada resolución es que el Auto fue dictado únicamente por el Presidente del Tribunal, debido a la urgencia del caso (Caso Comisión c. Reino Unido, 246/1989), por cuanto el artículo 85 del reglamento de procedimientos del Tribunal así lo permite, y deja a la apreciación del Presidente remitirlo al Tribunal en pleno: "...es el primer caso en que el Tribunal de Justicia suspende cautelarmente la aplicación de una Ley formal de un Estado, suceso que, si expresa bien la madurez de la conciencia del principio de supremacía del ordenamiento comunitario, acaso hubiese justificado una mayor solemnidad en su adopción. Pero, a la vez, esta particularidad me parece que puede entenderse que está justificada en la urgencia misma de la adopción de la medida cautelar..."<sup>47</sup>.

El Tribunal justificó, no solo los presupuestos de la apariencia de buen derecho (por el virtual incumplimiento del Gobierno inglés a las normas de la Comunidad) y de la urgencia o irreparabilidad de los perjuicios que la medida buscaba evitar, sino también la defensa de la política pesquera común, que establece igualdad de

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 75.



condiciones de acceso y de explotación a todos los barcos que enarbolan el pabellón de cualquiera de los Estados miembros y estuvieran matriculados en el territorio de la Comunidad.

En la Sentencia *Zuckerfabrik*, del 21 de febrero de 1991, el Tribunal establece la posibilidad de que los jueces y tribunales nacionales que están llevando un proceso donde se discuta la validez o la interpretación del derecho comunitario, puedan adoptar las medidas cautelares siempre y cuando respalden los intereses comunitarios. Este caso se refiere a la impugnación de dos fabricantes alemanes de azúcar, contra la cuota de reabsorción especial comunitaria, aplicada en liquidaciones por la Aduana Alemana. Tales cuotas obedecían a la aplicación de la política agrícola común, y los productores alegaban la invalidez del reglamento comunitario. En la resolución, se subraya la necesidad de que el Juez nacional resguarde la efectividad del Derecho Comunitario, y en casos de dudas sobre un reglamento, debe priorizar el interés de la comunidad, y no de los particulares.

En el Auto del 28 de junio de 1990 (Caso Comisión c. Alemania), el Tribunal dicta una medida cautelar inmediata, *inaudita parte*, y a reserva de seguir el procedimiento cautelar ordinario, contra una Ley Nacional alemana (Ley del 30 de abril de 1990, sobre peajes a pagar por utilización de carreteras federales, por camiones pesados). Debido a los efectos que podría causar, el Tribunal acogió una medida conservatoria, por extrema urgencia, ordenando la suspensión inmediata, a reserva de una ulterior reconsideración de la medida, cuando el Gobierno alemán hubiese tenido posibilidad de defensa.

Como puede observarse, dicha medida también tiende a proteger el mercado común y evitar resoluciones de retorsión por parte de los Estados que afecten la consolidación de las políticas comunes. Se reitera la aplicación del artículo 84.2 del Reglamento de Procedimientos, que permite al Presidente del Tribunal acceder a la solicitud de medidas cautelares, antes de que la otra parte conteste, sin perjuicio de que la misma pueda ser modificada o revocada, incluso de oficio.

### 5.3 La Corte Centroamericana de Justicia

La Corte Centroamericana de Justicia es el órgano jurisdiccional supranacional<sup>48</sup> del Sistema de la Integración Centroamericana, que es el encargado de velar por la interpretación y aplicación del derecho comunitario centroamericano. Representa los más altos valores de la conciencia integracionista de la región.

Tiene sus antecedentes históricos más remotos en la Corte de Justicia Centroamericana<sup>49</sup> o Corte de Cartago<sup>50</sup> de 1907,

<sup>48</sup> Sobre el tema véanse las recientes publicaciones de PEROTTI, Daniel. "Tribunales Supranacionales. La Corte Centroamericana de Justicia". En: *Revista Derecho del Mercosur*, Buenos Aires, Edit. La Ley, Año 3, N° 6, diciembre, 1999, pp. 169-189 (Primera parte) y Año 4, N° 1, febrero, 2000, pp. 125-154 (Segunda parte).

<sup>49</sup> GUTIÉRREZ, Carlos José. *La Corte de Justicia Centroamericana*. Tesis de Grado, publicada por la ODECA, 1957.

<sup>50</sup> HÉRCULES PINEDA, Fabio. "Antecedentes del Tribunal de Justicia Centroamericano". En: *El Tribunal Centroamericano (la Corte Centroamericana de Justicia)*, Managua, Nicaragua, Editorial UNAH, Honduras, 1995, pp. 1-18.



reconocida como el primer Tribunal de Justicia Internacional.

La Corte Centroamericana de Justicia es establecida, de manera expresa en el Protocolo de Tegucigalpa de 1991, como un órgano jurisdiccional permanente, cuyas decisiones son obligatorias y vinculantes para los Estados miembros<sup>51</sup>.

Aunque su Convenio de Estatuto<sup>52</sup>, suscrito en la Cumbre de Presidentes del 10 de diciembre de 1992, solo haya sido ratificado por tres países (Nicaragua, Honduras y El Salvador), está vigente desde el 2 de febrero de 1994, y en proceso de ratificación de los restantes Estados miembros, porque de conformidad con el Protocolo de Tegucigalpa, los Estados tienen el deber de negociarlo y ratificarlo. Costa Rica, cuyo expediente legislativo se encuentra archivado con un dictamen negativo de la Corte Suprema de Justicia, en diversas sentencias de la Sala Constitucional, incluso recientes<sup>53</sup>, ha reconocido la vigencia de la Corte, como órgano oficial de la

integración regional, al cual deben estar sometidos todos los ciudadanos de la región.

La Corte Centroamericana de Justicia tiene una competencia y jurisdicción muy amplia, "...con potestad para juzgar a petición de parte y resolver con autoridad de cosa juzgada, y su doctrina tendrá efectos vinculantes para todos los Estados, órganos y organizaciones que formen parte o participen en el "Sistema de la Integración Centroamericana", y para sujetos de derecho privado"<sup>54</sup>. Por la amplia competencia otorgada a la Corte en el Convenio de Estatuto y otros tratados y convenios regionales, se ha establecido la siguiente clasificación de competencias<sup>55</sup>:

El proceso cautelar o medidas cautelares "atípicas" dentro del contencioso comunitario está contemplado en el artículo 31 del Estatuto, que indica: "La Corte podrá dictar las medidas prejudiciales o cautelares que considere convenientes para resguardar los derechos de cada una de las partes, desde el momento en que se admita alguna reclamación contra uno o más Estados, Órganos u Organismos del Sistema de la Integración Centroamericana, hasta que se falle definitivamente. En ese sentido podrá fijar la situación en que deban permanecer las partes contendientes a solicitud de cualquiera de ellas, a fin de no agravar el mal y de que las cosas se conserven en el mismo estado mientras se pronuncia

<sup>51</sup> Protocolo de Tegucigalpa, art. 12, párrafo 4: "La Corte Centroamericana de Justicia, que garantizará el respeto del derecho, en la interpretación y ejecución del presente Protocolo y sus instrumentos complementarios o actos derivados del mismo. La integración, funcionamiento y atribuciones de la Corte Centroamericana de Justicia deberán regularse en el Estatuto de la misma, el cual deberá ser negociado y suscrito por los Estados Miembros dentro de los noventa días posteriores a la entrada en vigor del presente Protocolo".

<sup>52</sup> CHAMORRO MORA, Rafael. "El Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia". En: *El Tribunal Centroamericano (la Corte Centroamericana de Justicia)*, Managua, Nicaragua, Editorial UNAH, Honduras, 1995, pp. 57-68.

<sup>53</sup> Véanse, entre otras, las sentencias de la Sala Constitucional: N° 4638-96, 4640-96 y 6619-99. En esta última resolución, la Sala hace suya la afirmación de que

"...si Costa Rica aprobó la creación de la Corte Centroamericana de Justicia, es válida toda cláusula de Derecho Regional que se refiera a ella como órgano competente, independientemente de los reparos que se tengan contra su estatuto..." (Considerando III in fine).

<sup>54</sup> Estatuto CCJ, art. 3.

<sup>55</sup> CHAMORRO MORA, Rafael. *La Corte de Justicia de la Comunidad Centroamericana*, Managua, Nicaragua, Imprimatur, 2000, pp. 35 y ss.



la resolución correspondiente". Las medidas que tome la Corte deben ser comunicadas en forma inmediata a las partes, por la vía más rápida, así como a los Estados miembros<sup>56</sup>.

La resolución o auto que la resuelva debe estar fundamentada con consideraciones de hecho y de derecho, y producen efectos vinculantes obligatorios para los Estados, y se pueden ejecutar como si se tratara de una resolución de un tribunal nacional<sup>57</sup>. Si se produce un incumplimiento, la Corte debe comunicarlo a los otros Estados para que aseguren su ejecución<sup>58</sup>.

En el caso, Nicaragua contra Honduras, la Corte, en resolución del 30 de noviembre de 1999, consideró que "... dada la urgencia de la situación planteada, y el peligro en que se coloca el proceso de integración, ... solicitar al Estado de Honduras que suspenda el trámite de ratificación del aludido Tratado" y resolvió "II. A fin de resguardar los derechos de las partes dictase la medida cautelar consistente en que el Estado de Honduras suspenda el procedimiento de ratificación y trámites posteriores para la puesta en vigor del Tratado de Delimitación Marítima... hasta que se pronuncie el fallo definitivo; providencia cautelar que se comunicará inmediatamente por la vía más rápida a las partes interesadas, así como a los demás Estados miembros".

Evidentemente, en este caso la Corte está favoreciendo el interés en la integración regional, y no el interés individual de un Estado, al ordenar semejante medida cautelar, con la cual la parte demandada nunca estuvo de acuerdo y no la ejecutó, no hubo cumplimiento efectivo de dicha medida cau-

telar y, por tanto, no desplegó los efectos jurídicos deseados, pues prácticamente, para esa fecha, ya había sido firmado el instrumento de ratificación y puesto en vigor el Tratado, tal y como consta en la publicación de la *Gaceta Oficial* de Honduras del 1 de diciembre de 1999.

El incumplimiento de la medida cautelar, por parte de Honduras, tuvo como resultado la imposición, mediante la resolución judicial del 17 de enero del 2000, de la sanción prevista en el artículo 39 del Estatuto, es decir, la comunicación a los Estados parte del SICA de dicho incumplimiento de una resolución del más Alto Tribunal jurisdiccional del sistema. El Gobierno de Honduras nunca estuvo de acuerdo con la medida cautelar ni con el incumplimiento, pues alegó violación a las normas fundamentales del debido proceso internacional, al no dársele audiencia previa sobre el proceso cautelar para poder combatir sus presupuestos.

Evidentemente, la Corte estaba facultada en este caso para decretar la medida cautelar solicitada (al no existir vicios sustanciales de procedimiento y al haber determinado su competencia en forma definitiva), máxime que se constataron los presupuestos necesarios para acogerla. El peligro en la demora del proceso, el aparente derecho reclamado por Nicaragua, y las consecuencias de daños irreparables que podía sufrir el Estado reclamante y, en general, la comunidad centroamericana, eran evidentes. Eso se deduce de las propias resoluciones de la Corte.

Cuando se trata de este tipo de presupuestos, no es necesario notificar de manera previa el proceso cautelar a la parte contraria porque, lógicamente, con mayor razón se vería truncada la posibilidad de ejecutar y hacer cumplir la medida.

<sup>56</sup> Estatuto de la Corte, art. 31, Ordenanza de Procedimientos, art. 17.

<sup>57</sup> Estatuto de la Corte, art. 39.

<sup>58</sup> Estatuto de la Corte, art. 39 in fine.



Este caso puede calificarse como de "imposibilidad sobrevinida inminente", derivada de la misma actuación del Estado demandado. De ahí la decisión de la Corte de comunicar su incumplimiento a los demás Estados. Por otra parte, debe indicarse que el proceso contencioso comunitario se rige por la amplitud de las facultades del Tribunal, y en este caso, aún cuando no se hubiere solicitado la medida, la Corte está facultada para decretarla de oficio desde el inicio del proceso, según lo dispone el Estatuto.

#### 5.4 El Tribunal Andino

El Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (modificado por el Protocolo de Cochabamba, el 28 de mayo de 1996) también establece la creación de un órgano jurisdiccional comunitario, con competencia exclusiva y excluyente, y capacidad de adoptar sentencias obligatorias para asegurar el cumplimiento de las normas de la Comunidad Andina.

Este Tribunal está integrado por cinco magistrados, los cuales gozan de plena independencia y cuyos cargos duran 6 años. La legitimación procesal para recurrir es amplia, y se extiende también a los sujetos privados, cuando afecten sus derechos subjetivos e intereses legítimos (artículo 19).

Respecto a la tutela cautelar, el artículo 21 del Tratado dispone: "La interposición de la acción de nulidad no afectará la eficacia o vigencia de la norma o Convenio impugnados. Sin embargo, el Tribunal, a petición de la parte demandante, previo afianzamiento si lo considera necesario, podrá ordenar la suspensión provisional de la ejecución de la Decisión, Resolución o Convenio acusados de nulidad o disponer otras medidas cautelares, si causa o pudie-

re causar al demandante perjuicios irreparables o de difícil reparación, mediante la sentencia definitiva". De ello se desprende la voluntad del legislador comunitario andino, de incorporar medidas cautelares también atípicas, basadas en los presupuestos reconocidos en la doctrina, cuando se interponga una acción de nulidad.

Esa facultad también la confiere el Tratado, al establecer una acción por incumplimiento, en el artículo 28: "El Tribunal antes de dictar sentencia definitiva, a petición de la parte demandante y previo afianzamiento si lo considera necesario, podrá ordenar la suspensión provisional de la medida presuntamente infractora, si ésta causare o pudiere causar al demandante o a la Subregión perjuicios irreparables o de difícil reparación".

Conviene destacar, de esas disposiciones, que se establece como un elemento característico de la medida la contracautela (afianzamiento), en los casos en que se considere necesario, y por otro lado, en la acción de incumplimiento, se puede ordenar la medida cuando se puedan causar perjuicios a la subregión, es decir, a la comunidad.

#### 5.5 El nuevo Tribunal arbitral del Mercosur

En el caso del Mercosur, el Tratado de Asunción, del 26 de marzo de 1991, artículo 3, dispuso la creación de un procedimiento comunitario, para la solución de controversias, por lo cual se dictó el Protocolo de Brasilia.

Se le otorga competencias al Consejo del Mercado Común para resolver las controversias sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones comunitarias. Los particulares también



están legitimados para demandar, con motivo de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal en incumplimiento del Tratado.

Además, se indica como facultad del órgano jurisdiccional, en el artículo 18, lo siguiente: "El Tribunal Arbitral podrá, a solicitud de la parte interesada y en la medida en que existan presunciones fundadas de que el mantenimiento de la situación ocasionaría daños graves e irreparables a una de las partes, dictar las medidas provisionales que considere apropiadas, según las circunstancias y en las condiciones que el propio Tribunal establezca, para prevenir daños. 2. Las partes en la controversia cumplirán, inmediatamente o en el plazo que el Tribunal Arbitral determine, cualquier medida provisional hasta tanto se dicte el laudo...".

Esta disposición es sumamente importante, porque trasciende y rompe el criterio tradicional de los derechos nacionales de negarle la posibilidad a tribunales arbitrales de dictar medidas cautelares, y tratándose de un Tribunal comunitario, si se le concede, por la importancia que ello significa.

Para efectos de solicitar las medidas cautelares, se les exige a los particulares "...aportar elementos que permitan a la referida Sección Nacional determinar la verosimilitud de la violación y la existencia o amenaza de un perjuicio...", presupuestos básicos y esenciales para acoger la solicitud.

## **6. La Corte Internacional de Justicia y potestad cautelar**

El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, más conocida como Corte de

La Haya, establecida en la Carta de las Naciones Unidas, como órgano judicial principal, establece la organización, el funcionamiento y las competencias de la Corte, así como los procesos específicos.

Desde su fundación, en 1946, se han sometido a su conocimiento 76 casos y las organizaciones internacionales han solicitado 22 opiniones consultivas. Aunque la mayor parte de las causas han sido tramitadas por la Corte en pleno, ahora pueden solicitar el conocimiento en las Salas Especiales. Las controversias normalmente se refieren a derechos económicos, no utilización de la fuerza, toma de rehenes, derecho de asilo, conflictos territoriales, aplicación de tratados y nacionalidad.

La Corte está integrada por quince miembros. En los casos que se sometan a ella únicamente los Estados pueden ser parte, lo que lo califica como un Tribunal internacional convencional. Los Estados sometidos a su Estatuto pueden declarar o aceptar como obligatoria la competencia de la Corte, respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación.

Su competencia versa sobre la interpretación de un tratado, sobre derecho internacional, sobre la violación de obligaciones internacionales, o sobre la naturaleza o extensión de la reparación que debe hacerse por el quebrantamiento de obligaciones internacionales (artículo 36 del Estatuto).

De conformidad con el artículo 41: "La Corte tendrá facultad para indicar, si considera que las circunstancias así lo exigen, las medidas provisionales, que deban tomarse para resguardar los derechos de cada una de las partes. 2. Mientras se pronuncia el fallo, se notificarán inmediatamente a las partes y al Consejo de Seguridad las medidas indicadas".



Entre muchos de los casos, ha sido sometido recientemente a su conocimiento la diferencia Territorial y Marítima, entre los estados de Nicaragua y Colombia, en relación con la delimitación marítima del Golfo de Fonseca. Está en cuestionamiento la competencia material de la Corte para conocer de este caso.

Otro caso interesante es el de la Sentencia de la Corte, del 27 de junio de 1986, respecto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, producidas por los Estados Unidos. En ese caso, la Corte optó por los principios de no intervención, y la obligación del Gobierno americano de abstenerse de dictar medidas económicas, políticas o de otra naturaleza que sea para ejercer una coerción sobre otro Estado y obtener de él ventajas. La Corte señala que en el Derecho Internacional Consuetudinario ninguna regla permite la puesta en práctica de la legítima defensa colectiva, sin la solicitud del Estado que se considere víctima de una agresión armada.

La Corte no solo concluyó en la responsabilidad del Estado americano, sino también dispuso su obligación de reparar los perjuicios causados (responsabilidad patrimonial).

El modelo ejemplar, para explicar la aplicación de las medidas cautelares por parte de la Corte Internacional de Justicia, es el referido al caso *Lagrand*<sup>59</sup> (sentencia del 27 de junio del 2001). En él Alemania reclamó, contra Estados Unidos, la violación del artículo 36 de la Convención de Viena (del 24 de abril de 1963 sobre Relaciones Consulares) por los siguientes moti-

vos: a) no informar a dos ciudadanos alemanes acerca de los derechos que les amparaban en virtud de ese texto convencional; b) no permitir el reexamine y la revisión de las sentencias recaídas contra los hermanos Lagrand.

La Corte Internacional de Justicia afirmó, por primera vez, el valor de medidas cautelares provisionales, dictadas en ese caso (resolución del 3 de marzo de 1999), cuyo incumplimiento acarrea la responsabilidad del Estado. Los hermanos Lagrand habían sido arrestados por el homicidio de un director, y no se les informó sobre el derecho de obtener asistencia consular, ni se notificó al Consulado alemán.

Alemania, al plantear su demanda, realizó una solicitud urgente de medidas cautelares. El Tribunal debía resolver muy rápido, porque la ejecución estaba programada para el mismo 3 de marzo. Por ese motivo, el Tribunal adoptó como fundamento el artículo 75.1 del Reglamento, que permite dictar de oficio medidas provisionales siempre y cuando "...las circunstancias del asunto..." así lo exijan, con el fin de evitar las demoras que puede ocasionar la audiencia de las partes.

Este caso resulta interesante porque es la primera vez que se cuestiona el efecto (obligatorio e inmediato) de las medidas cautelares y la responsabilidad del Estado por su incumplimiento. Si el objeto de tomar dichas medidas es salvaguardar los derechos de las partes, es evidente que las circunstancias del caso deben estar debidamente justificadas en el peligro de demora y en la apariencia del derecho reclamado.

El artículo 74 del Reglamento de la Corte establece la prioridad en la substanciación en asuntos de carácter urgente, y en este caso era necesario dictar medidas

<sup>59</sup> TORRECUADRA, Soledad. "La sentencia de la Corte Internacional de Justicia del 27 de junio de 2001", en el caso *Lagrand*. [www.reei.org](http://www.reei.org)



cautelares de urgencia. Si el objeto de la protección era, en este caso, evitar la ejecución, es evidente el carácter y trascendencia de obligatoriedad y ejecución inmediatas de la medida. Su incumplimiento, por parte de Estados Unidos, implicó responsabilidad internacional.

No basta, dijo la Corte, con un mero cumplimiento "formal" de acatar la medida, sino que deben darse los instrumentos necesarios para su ejecución.

Recientemente, también la Corte Internacional de Justicia dictó medidas cautelares, el 5 de febrero del 2003, en el caso Avena y otros nacionales mexicanos, en una demanda interpuesta por México contra Estados Unidos, en el cual solicitó el ejercicio de la protección diplomática de 54 ciudadanos nacionales arrestados, juzgados y condenados a la pena capital, por no aplicar lo dispuesto en la Convención de Viena, artículo 36.

Otro caso, digno de recordar, es el de Bélgica contra España<sup>60</sup>, donde la Corte Internacional de Justicia desarrolla la teoría del levantamiento del velo, sobre el vínculo entre una empresa privada y el Estado, donde se discutió sobre la nacionalidad de empresas y la protección diplomática.

## 7. Protección cautelar en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

### 7.1 La Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Europea de Derechos Humanos, y su homóloga, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), son

<sup>60</sup> Corte Internacional de Justicia, sentencia del 5 de febrero de 1970. Caso Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd.

tribunales internacionales encargados de velar por la protección del Derecho Internacional Humanitario.

El Reglamento de la CIDH, del 24 de noviembre del 2000, establece la posibilidad de intervención individual o plural, o incluso de una comunidad, que se vean afectados por la violación de los derechos humanos.

El mismo Reglamento dispone en su artículo 25, la posibilidad de adopción de medidas provisionales en forma muy amplia:

1. En cualquier estado del procedimiento, siempre que se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y cuando sea necesario para evitar daños irreparables a las personas, la Corte, de oficio o a instancia de parte, podrá ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes, en los términos del artículo 63.2 de la Convención.
2. Si se tratare de asuntos aún no sometidos a su conocimiento, la Corte podrá actuar a solicitud de la Comisión.
3. La solicitud puede ser presentada al Presidente, a cualquiera de los jueces o a la Secretaría, por cualquier medio de comunicación. En todo caso, quien reciba la solicitud pondrá de inmediato en conocimiento al Presidente.
4. Si la Corte no estuviere reunida, el Presidente, en consulta con la Comisión Permanente y, de ser posible, con los demás jueces, requerirá del gobierno respectivo que dicte las providencias urgentes necesarias a fin



de asegurar la eficacia de las medidas provisionales que después pueda tomar la Corte en su próximo período de sesiones.

5. La Corte, o su Presidente si esta no estuviere reunida, podrá convocar a las partes a una *audiencia pública* sobre las medidas provisionales.
6. La Corte incluirá en su Informe Anual a la Asamblea General una relación de las medidas provisionales que haya ordenado en el período del informe y, cuando dichas medidas no hayan sido debidamente ejecutadas, formulará las recomendaciones que estime pertinentes".

En el campo del derecho internacional, el objeto de las medidas provisionales ha sido preservar los derechos reivindicados por las partes, y por ende, la integridad de la decisión de fondo del caso, con el fin de que pueda desplegar toda su eficacia y no se vea frustrado el resultado.

Si se adopta, la medida debe ser razonada, fundamentada en los presupuestos comunes (aparición de buen derecho y peligro de demora), buscándose como propósito mantener un equilibrio entre las partes.

El hecho de la "transposición" normativa de las medidas cautelares, del ordenamiento nacional hacia el internacional, no genera modificaciones sustanciales en cuanto al contenido de tales presupuestos, y en cuanto al objeto perseguido.

Sin embargo, es necesario subrayar, que en materia de Derecho Internacional Humanitario, se tiende a proteger, no solo el derecho de petición individual, sino que tales medidas preventivas protegen en

modo efectivo los derechos fundamentales. En efecto, el artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone: "En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento podrá actuar a solicitud de la Comisión".

Todo lo anterior implica varias consecuencias:

- a) Las medidas cautelares son de base convencional, de lo que se deriva su carácter vinculante.
- b) Las mismas establecen una garantía jurisdiccional efectiva de carácter preventivo.
- c) La CIDH puede determinar el alcance de su propia competencia.
- d) Ellas tienden no solo a la preservación de los derechos de las partes, sino que en el caso del Derecho Internacional Humanitario, buscan salvaguardar de modo efectivo los derechos humanos consagrados en la Convención Americana.
- e) Las medidas cautelares parten de una presunción de la necesidad de tutela cautelar.
- f) Pueden ser ordenadas de oficio, en casos de extrema gravedad y urgencia.
- g) Cualquier particular (persona física o jurídica), grupo o comunidad, puede solicitar la protección.



*Algunos casos concretos de la experiencia judicial internacional de la CIDH*

Se señalan tres casos interesantes del 2001:

- 1) *El caso de Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano*, en República Dominicana, en el cual la Corte adoptó medidas provisionales de protección (resolución del 18 de agosto del 2000), que tuvieron por objeto, *inter alia*, proteger la vida y la integridad personal de cinco individuos, evitar la deportación o expulsión de dos de ellos, y la reunificación familiar de dos de ellos con sus hijos menores, además de la investigación de los hechos. Este caso representa un embrión de un *hábeas corpus* internacional, pues se extiende a la protección de nuevos derechos.
- 2) *El caso de una Comunidad de Paz de San José de Apartadó*, en Colombia, donde se dictan medidas urgentes (resolución del 24 de noviembre del 2000), a favor de todos los miembros de la Comunidad (in-nominados pero identificables), para asegurar las condiciones necesarias para que las personas de la comunidad "...que se hayan visto forzadas a desplazarse a otras zonas del país, regresen a sus hogares...". En el mismo sentido, el caso de la Comunidad Indígena Zenú c. Colombia, en resolución del 19 de junio de 1998.
- 3) *El caso del Periódico La Nación y el Estado de Costa Rica*, que ordenó suspender la ejecución de sentencias de los tribunales penales costarricenses dictadas contra el perio-

disto Mauricio Herrera, por estarse discutiendo la violación de la libertad de expresión (resolución del 6 de abril del 2001 y del 21 de mayo del 2001), en el cual el Estado de Costa Rica resultó finalmente condenado. Esta es una clara muestra de la extensión paulatina de protección de los derechos humanos.

Otros casos más recientes:

- 4) *Protección de grupos de personas en Venezuela*. En resolución del 4 de mayo del 2004, la Corte ordenó medidas provisionales respecto al Gobierno de Venezuela, para la protección de la libertad y seguridad de un grupo de personas. En esta resolución, la Corte indica: "Que las medidas urgentes y provisionales, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, además de su finalidad esencialmente preventiva o cautelar, tienen carácter tutelar dado que protegen efectivamente derechos fundamentales en cuanto buscan evitar daños irreparables a las personas". En la misma resolución, se hace ver el incumplimiento e irrespeto del Estado de Venezuela, y su deber de informar con periodicidad sobre las medidas efectivas tomadas.  
En igual sentido, resolución del 7 de mayo del 2004, del caso Gómez Paquiyauri c. Perú.
- 5) *El caso de la Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni contra Nicaragua*, en el cual la Corte, en resolución del 6 de setiembre del 2002, ante el incumplimiento de la sentencia dictada el 31 de agosto del 2001,



a favor de esa comunidad indígena, ordenó medidas provisionales, tendientes a preservar el derecho de uso y goce de la comunidad sobre sus tierras y recurso; se ordena el cese de acciones de terceros que explotan los recursos causando daños irreparables; se dictan otra serie de medidas específicas, como un doble deber: deber de abstención (inhibitoria) y deber de vigilancia y garantía.

- 6) **Criterios para la tutela judicial efectiva.** La jurisprudencia de la CIDH también ha sentado criterios para hacer efectiva la tutela judicial de los derechos humanos de la tercera generación. Por ejemplo, la protección del derecho humano al desarrollo sostenible.
- a) Caso donde se ha ordenado reabrir una Escuela sita en Guhaba, y dotarla de personal docente y administrativo para que funcione permanentemente, por ser la enseñanza esencial para alcanzar el desarrollo sostenible (caso Aloeboetoe y otros, sentencia del 10 de setiembre de 1993).
  - b) Caso de Paraguay, donde se ordenó modificar el Código Civil, para que la mujer pudiera trabajar sin necesidad de consentimiento de su esposo (caso 11.625 de María Eugenia Morales).
  - c) Caso de la Comunidad Indígena de Paraguay, que obligó al Estado a adquirir un terreno para entregarlo a la comunidad y titularlo a su nombre (caso 11.713, Comunidades Indígenas de Paraguay).

- d) Caso de un grupo de trabajadores y dirigentes sindicales, donde la Corte dispuso el reintegro, la indemnización y resarcimiento de los daños (sentencia del 3 de febrero del 2001).

Todo esto conllevaría, eventualmente, a que la Corte admita demandas contra los Estados, donde existe falta de educación, hay pobreza extrema y ausencia de desarrollo sustentable, en abierta violación de los derechos humanos.

## 8. Conclusiones

Las medidas cautelares son, quizá, el instrumento procesal más efectivo, para garantizar la Tutela Judicial Efectiva, cuyo contenido mínimo está en nuestra Carta Constitucional.

Durante muchas décadas, el instituto cautelar se ha venido desarrollando en la doctrina, la legislación y jurisprudencia nacionales. Pero para el caso de Costa Rica, no es sino después de la promulgación de la reforma al Código Procesal Civil (1990), que comienza a tener mayor vigencia en su aplicación.

En el ámbito de la Jurisdicción Constitucional, la Sala, desde 1993, ha establecido las características, presupuestos y fundamento de las medidas cautelares, sujetando la posibilidad de ordenar dichas medidas, a una resolución que sea motivada, fundamentada, bajo principios de razonabilidad, proporcionalidad y provisionalidad.

En el Derecho Internacional y comunitario, la importancia del instituto ha venido acelerándose en la última década del siglo XX, quizás en mayor medida y mayor eficacia, por los tribunales comunitarios e internacionales.



Efectivamente, los tribunales comunitarios (europeo, andino, centroamericano, Mercosur), iniciándose con el Tribunal de las Comunidades Europeas, han venido dictando una serie de medidas cautelares tendientes a garantizar la eficacia de la sentencia definitiva, cuando se busca el respeto y cumplimiento del Derecho Comunitario. Tales medidas cautelares pueden ser dictadas por el Juez nacional o el comunitario, y resultan obligatorias.

De igual modo, en el ámbito del Derecho Internacional Convencional, no es sino hasta fecha reciente (2001), que la Corte Internacional de Justicia aceptó la importancia de las medidas cautelares y su carácter de obligatoriedad para los Estados miembros de las Naciones Unidas, que violan las disposiciones internacionales (caso *Lagrand* de Estados Unidos).

Finalmente, resulta importante afirmar que el objeto de las medidas cautelares, si bien parte de los mismos presupuestos de base, se modifica dependiendo de la materia o de los intereses (individuales, colectivos, comunitarios, etc.), que se pretendan tutelar. En el Derecho Internacional Humanitario, el objeto de la medida se amplía porque trasciende las esferas de la tutela individual, para ir más allá, en aras de lograr una protección efectiva de los derechos fundamentales, no solo aquellos colectivos (económicos, sociales y culturales), sino también los derechos humanos de solidaridad (desarrollo sostenible, seguridad alimentaria, entre otros).

Debemos fomentar el estudio y la aplicación de las medidas cautelares en todos los ámbitos del quehacer jurídico, en aras de que todos podamos contribuir al fin último del proceso, cual es la justicia humana y democrática.

## Bibliografía

- Ángeles Jove, María. *Medidas cautelares innovadas en el proceso civil*. Barcelona, Bosch, 1995.
- Artavia Barrantes, Sergio. *Derecho Procesal Civil*. Tomo II. San José, Dupas, 1996.
- Biavati, Paolo. *Diritto Processuale comunitario*. Milán, Giuffré, 2000.
- Biavati, Paolo y Carpi, Federico. *Diritto Processuale comunitario*. Milano, Giuffré, 2000.
- Boskovits, Kosmas. *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normales entre la Communauté européenne et ses Etats membres*. Bruselas, Athènes, 1999.
- Calderón Cuadrado, María Pía. *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*. Madrid, Civitas, 1992.
- Chamorro Mora, Rafael. "El Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia". En: *El Tribunal Centroamericano (la Corte Centroamericana de Justicia)*. Managua, Nicaragua, Editorial UNAH, Honduras, 1995.
- Chamorro Mora, Rafael. *La Corte de Justicia de la Comunidad Centroamericana*. Managua, Corte Centroamericana de Justicia, Imprimatur, 2000.
- Díaz Jiménez, María del Carmen. *Principios de Derecho Procesal Comunitario*. Madrid, Ramón Areces S.A., 1996.
- Fumagalli, Luigi. *La responsabilità del Stati membri per la violazione del Diritto comunitario*. Milano, Giuffré, 2000.
- Gambino, Silvio. "Il diritto costituzionale europeo: principi strutturali e diritti fondamentali". In: *Costituzione Italiana e Diritto Comunitario*. Milano, Giuffré, 2002.



- García de Enterría, Eduardo. *La batalla por las medidas cautelares*. 2a. ed. Madrid, Civitas, 1995.
- Garofoli, Roberto y Protto, Mariano. *Tutela Cautelare, monitoria e sommaria nel nuovo processo amministrativo*. Milano, Giuffrè, 2002.
- Gerin, Guido. *La Corte di Giustizia delle Comunità Europee*. Padova, Cedam, 2000.
- Gutiérrez, Carlos José. *La Corte de Justicia Centroamericana*. Tesis de Grado, publicada por la ODECA, 1957.
- Haguenau, Catherine. *L'application effective du Droit Communautaire en Droit interne. Analyse comparative des problèmes rencontrés en Droit français, anglais e allemand*. Bruselas, Bruylant, Ed. de la Université de Bruxelles, 1995.
- Hércules Pineda, Fabio. "Antecedentes del Tribunal de Justicia Centroamericano". En: *El Tribunal Centroamericano (la Corte Centroamericana de Justicia)*. Managua, Nicaragua, Editorial UNAH, Honduras, 1995.
- Jinesta Lobo, Ernesto. *La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso-administrativo*. San José, Colegio de Abogados, 1995.
- Jinesta Lobo, Ernesto. *La dimensión constitucional de la jurisdicción contencioso-administrativa*. San José, Guayacán, 1999.
- Jinesta Lobo, Ernesto. "La tutela sumaria cautelar". En: *La gran reforma procesal*. San José, Guayacán, 2000.
- PEROTTI, Daniel. "Tribunales Supranacionales. La Corte Centroamericana de Justicia". En: *Revista Derecho del Mercosur*, Buenos Aires, Edit. La Ley, Año 3, Nº 6, diciembre, 1999, pp. 169-189 (Primera parte) y Año 4, Nº 1, febrero, 2000, pp. 125-154 (Segunda parte).
- Somma, Alessandro. *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*. Milano, Giuffrè, 2001.
- Toriello, Fabio. *I principi generali del Diritto comunitario*. Milano, Giuffrè, 2000.
- Torrecuadra, Soledad. "La sentencia de la Corte Internacional de Justicia del 27 de junio del 2001", en el caso Lagrand. [www.reei.org](http://www.reei.org)
- Ulate Chacón, Enrique. *Tratado de Derecho Procesal Agrario*. Vol. I. San José, Guayacán, 1999.



# RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

---



---

## Historia, Imágenes y Teoría en las Relaciones Internacionales

*Carlos Murillo Zamora*

---

- *Puchala, Donald. 2003. Theory and History in International Relations. New York; Routledge.*
- *Fry, Greg, and Jacinta O'Hagan (editors). 2000. Contending Images of World Politics. London; Macmillan Press.*

Los últimos tres quinquenios (1990-2005) han sido, para Relaciones Internacionales (R.I.), uno de los periodos de mayor riqueza en la construcción de teorías y en la definición y delimitación del objeto de estudio y de la epistemología de esta disciplina. Durante esta época han aparecido, entre otros, los trabajos de F. Fukuyama acerca del "fin de la historia", de B. Russett respecto a la "paz democrática", de J. Camillieri y J. Falk sobre el "fin de la soberanía" y el sugestivo trabajo de S. Huntington consolidando el pesimismo hobbesiano a través

del "choque de civilizaciones"; en contraste con la idea de un neomedievalismo, un "mundo de tribus" y un regionalismo que confrontan las fuerzas globalizadoras. Ello ha hecho que los especialistas en R.I. se ubiquen entre imágenes que muestran una visión apocalíptica tras el fin de la guerra fría y otras que consideran que la historia es cíclica y por tanto la humanidad está ante un nuevo periodo de transición entre una y otra guerra fría. Esto ha obligado a volver la vista atrás y encontrar en la historia una serie de elementos y respuestas que permiten construir teorías más sólidas y parsimoniosas.

Si bien la teoría es, como señala K. Waltz, reflejo de una realidad (la realidad del teórico que formula su modelo); lo cierto es que sin teoría sólo se lograrían hacer proyecciones a partir de tendencias empíricas, lo cual no facilitaría el aprendizaje y sistematización del conocimiento acerca del objeto de estudio. De ahí la necesidad



no sólo de estudiar las principales teorías de R.I., sino de conocer cómo se construyen los modelos teóricos y las imágenes que les sirven de referente para describir, explicar y entender los eventos y fenómenos que ocurren en el campo de estudio. Por ello, como anota D. Puchala (p. 4), "usar teoría no es lo mismo que teorizar"; lo primero es tarea de los usuarios, lo segundo de los productores de modelos teóricos.

Ahora bien, este autor advierte que en el caso de R.I., la teoría no tiene los mismos atributos y características que en las Ciencias Naturales; pues trata de explicar y entender fenómenos de distinta naturaleza. Por ello, Puchala considera que lo que para los científicos naturales es una debilidad, en el caso de R.I. el carácter no científico (en términos positivistas) de la teoría es un atributo y no una falla. Es necesario tener en cuenta que "la mayoría de la teoría que hoy provee la superestructura intelectual para el estudio y comprensión de las relaciones internacionales no es el resultado de la clase de investigación científica que la mayoría de los científicos aprobarían" (Puchala, p. 5). Por consiguiente, se trata de superar el énfasis cuantitativo que han pretendido asignarle los racionalistas positivistas a la teoría de R.I.

En ese sentido, explicar y entender las relaciones internacionales (R.I.) es en gran medida entender las regularidades y las causas y efectos que contribuyen a los fenómenos objeto de estudio; que para el autor son las consecuencias de las relaciones entre estados y pueblos —lo que Puchala denomina "historia internacional"—. Esto conduce a replantear la relación entre teoría e historia en el estudio de las R.I.; pues se requiere superar la visión tradicional de ver la historia —en realidad debería decir historiografía— como un simple re-

cuento de hechos, por una parte, y a la teoría como un mero modelo para recolectar, ordenar y sistematizar la información empírica obtenida en el campo de trabajo. Tal visión restrictiva impide a los especialistas lograr una apropiada comprensión ontológica y epistemológica del objeto de estudio.

Contar con teorías que reflejen la naturaleza y dinámica de los fenómenos a estudiar es fundamental, pues como concluye Puchala (p. 223), "los académicos en la disciplina de relaciones internacionales buscan identificar y explicar fenómenos que resultan de encuentros entre estados y pueblos y en particular completar el carácter único de tales fenómenos". Por lo tanto, el autor incorpora una metodología teórico-histórica para explicar y entender las R.I.

Cabe señalar, que Puchala concluye (capítulo 11) con una serie de preguntas fundamentales para los estudiosos de las R.I., tales como: ¿Cuál es el objeto de estudio de la disciplina? ¿Qué es central y qué es marginal en R.I.? ¿Por qué estudiamos R.I.? ¿Es R.I. una disciplina, un campo de estudio o una subdisciplina? Las respuestas a estas y otras muchas preguntas son fundamentales en momentos en que se debate acerca de la ontología, epistemología y metodología de R.I.

Como es imposible lograr una visión de la realidad —ya sea que se ubique su punto de partida en 1648 (Tratados de Paz de Westfalia) o 3000 años atrás— que se intenta estudiar, es necesario recurrir a imágenes y metáforas construidas a partir de las experiencias de lo que D. Puchala denomina la "historia internacional". Tales imágenes constituyen, de acuerdo con Fry y O'Hagan (p. 3), la opción para entender las entidades y fuerzas que operan en las R.I. y de la dinámica del objeto de estudio,



pues "representan una visión acerca de si el sistema internacional se está fragmentando o integrando, y sobre los significados que adherimos a cada proceso y respecto de la ubicación de la comunidad, los derechos y las responsabilidades en la comunidad mundial".

Por consiguiente, una imagen es accesible y reconocible "como una idea acerca de cómo el mundo es o debería ser. [Además...] es concisa, evocativa y simplifica una realidad compleja" (Fry y O'Hagan, p. 7). Así, las imágenes metafóricas generan categorías acerca de las relaciones, conductas, fuerzas y tendencias que se observan en las R.I.; lo cual permite tener una visión compartida de un mundo inteligible.

Desde esa perspectiva la imagen es una expresión de lo que se considera relevante para interpretar la realidad, destacando aquellas características que se consideran fundamentales para comprender los fenómenos. El objetivo es simplificar y facilitar la compleja realidad, al mismo tiempo que contribuir a la construcción de teorías y modelos. A las imágenes se agregan las metáforas, que también contribuyen a la creación de teorías; de las cuales hay una considerable cantidad en R.I. (por ejemplo, balance de poder, dilema de seguridad y dilema del prisionero).

G. Fry y J. O'Hagan identifican una serie de imágenes en pugna, que reflejan la dinámica de las R.I. —la cual, en otro trabajo<sup>1</sup>, denomino como el proceso de fragmentación e integración que caracteriza el mundo de

principios del siglo XXI—. Esas imágenes confrontadas son agrupadas en: (i) poder, orden y política interestatal; (ii) globalización y transformación de la comunidad; (iii) fragmentación e identidad cultural; y (iv) conocimiento, poder e inclusión. Esa visión de conjunto permite explicar y entender todos los fenómenos que tienen lugar a inicios del siglo XXI en las R.I., al mismo tiempo comprender los fundamentos ontológicos y epistemológicos de R.I.

Para los especialistas, la búsqueda de significados de los fenómenos a estudiar es fundamental, por eso, el aporte de D. Puchala, al vincular la teoría a la historia internacional para entender las fuerzas que operan en el sistema, es de gran valor para el estudio de las R.I. Mientras que la contribución de G. Fry y J. O'Hagan al identificar las principales imágenes en pugna, permite entender otro aspecto clave del funcionamiento de la realidad mundial. Ello convierte a ambos libros en lectura básica de los estudios de R.I., con el fin de superar la visión maniquea que provoca el enfrentamiento entre el parroquianismo de las teorías reduccionistas y las fuerzas desintegradoras y el holismo de los enfoques globalistas y las fuerzas integradoras. Sólo mediante una visión integral entre historia, imágenes y teoría se puede tratar de explicar y entender los fenómenos mundiales.

<sup>1</sup> Me refiero a un documento inédito intitolado "Un Mundo Transformado. El Estado entre lo local y lo global", en el que hago referencia a los cambios en el sistema mundial entre la desintegración y la integración de los actores y fuerzas internacionales.



---

## Terrorismo global

*Bryan González Hernández*

---

- *Fernando Reinares.*  
**Terrorismo global.** Madrid:  
Santillana Ediciones  
Generales. 2003.

Se trata de una obra de actualidad, escrita para "la búsqueda de conciencia" en torno a un problema que no sólo afecta a un país o a una región, sino, gracias a los procesos globalizadores, a todo el sistema internacional en su conjunto. Un problema que puede encaminar dicho sistema a una guerra permanente y, por consiguiente, a su colapso a todo el globo. Nos referimos al terrorismo. Su autor es Fernando Reinares, catedrático de Ciencias Políticas en la Universidad Rey Juan Carlos, España. Miembro de la relación de expertos del Terrorism Prevention Branch, de las Naciones Unidas, también ejerce como Contributing Editor de la revista académica internacional *Studies in Conflict and Terrorism*.

Reinares inicia su prefacio con la pregunta: ¿cuáles son los principales pro-

blemas que acucian a la humanidad en su conjunto? Según el autor, se trata del hambre y la desnutrición; pandemias; la falta de controles sanitarios; la ausencia de oportunidades vitales que conlleva a la migración masiva de personas de las periferias hacia los centros; la exclusión social y, por último, se refiere a las catástrofes naturales que es el producto del deterioro del medio ambiente.

Sin embargo, el autor afirma que desde los atentados del 11 de septiembre del 2001, debe sumarse el terrorismo a la lista de los problemas que aquejan en especial a los habitantes de países con niveles elevados comparativamente de desarrollo económico y que disfrutaban de sistemas políticos "tolerantes". Actividad que, siguiendo la línea que expone el autor, será practicada por fundamentalistas islámicos, quienes tienen como objetivo amenazar el mantenimiento de la seguridad mundial, el pacífico entendimiento entre civilizaciones y la viabilidad misma de los regímenes democráticos.



El terrorismo es un fenómeno que se encuentra en constante cambio y se caracteriza por su adaptabilidad a las exigencias de un entorno que se encuentra en constante transformación. Hasta el punto en que los terroristas llegan a contar con armas no convencionales, con el fin de poseer y ejercer un poder coactivo igual o superior al del Estado o, en el caso del terrorismo oficial (entiéndase terrorismo de Estado), se ha llegado a establecer todo un sistema legislativo que le permite al gobierno de turno satisfacer sus megalómanas ambiciones (un ejemplo muy claro es el "Acta Patriótica" de la administración Bush hijo).

#### **Terrorismo sin fronteras**

Mientras en la actualidad aún persiste un terrorismo que afecta a autoridades y ciudadanos de un único país, recientemente ha tendido con mayor fuerza a atravesar fronteras hasta el punto de desestabilizar regiones enteras del mundo, pasando de un terrorismo internacional a otro de carácter global.

#### **¿Internacional o global?**

Con el surgimiento de la sociedad de la información, afirma Reinares, la globalización del terrorismo internacional ya no se refiere únicamente al hecho de que dicho fenómeno se manifieste en la actualidad a lo largo y ancho del planeta. Más bien, esa "violencia transnacionalizada" tiende a adoptar una estructura horizontal en redes, con un contingente de activistas cada vez más difuso; una configuración en su totalidad distinta a la conocida en las organizaciones de carácter vertical, rígidamente jerarquizadas.

#### **Aquel 11 de septiembre**

Los atentados ocurridos aquel 11 de septiembre del 2001 en Nueva York y en Washington pueden ser catalogados como actos de megaterrorismo (en el libro no se detalla ni explica el término, pero se podría suponer que hace referencia al nivel de intensidad del acto terrorista) y de terrorismo internacional (pese a que el autor no lo menciona en el libro, cabe destacar que el primer 11 de septiembre, en 1973, en Chile, que significó el derrocamiento del gobierno de izquierda de Allende y la imposición de la dictadura de Pinochet, también puede y debe ser calificado como un acto de terrorismo internacional, promovido por los Estados Unidos y la empresa privada), según la tesis de Reinares, ¿habría sido perpetrado también por radicales islamistas miembros de la red terrorista de Al Qaeda?

#### **Una creciente letalidad**

Los sucesos del 11 de septiembre del 2001 no sólo representan la culminación de toda una era dominada por el idealismo del mercado, y la quimera de la globalización, producto del neoliberalismo transnacionalista, sino, también el fin de una tendencia ascendente en la letalidad del terrorismo internacional, que llevará, junto a otros factores, al colapso del sistema internacional.

#### **De la Yihad al terrorismo**

El terrorismo global que desarrollan los activistas de la red Al Qaeda tiene como objetivo, afirma el autor, destruir la confianza colectiva y el sentido de orden en que descansan las "sociedades abiertas del mundo occidental". Esos terroristas buscan recomponer el escenario internacional de acuerdo con los designios de sus promotores, quienes desarrollan las bases



doctrinales del terrorismo islámico que se remonta a la relación entre una idea rígida del poder y un credo religioso, buscan eliminar al adversario impío opuesto al pueblo de Alá. Sin embargo, ¿no sucede lo mismo con el cristianismo?

### **Tras el terrorismo suicida**

El terrorismo suicida resulta, por lo común, además de muy letal, altamente indiscriminado. Esa es una situación inherente al empleo de esta singular táctica violenta. Reducir al mínimo de una o dos las bajas propias y maximizar las pérdidas infligidas al adversario, implica que en los atentados suicidas perezcan gentes de toda condición, tanto civiles como militares.

### **¿Choque de civilizaciones?**

Reinares apoya la tesis de Samuel Huntington, quien afirma que después de la caída del bloque comunista, la reconfiguración del orden internacional no nos lleva a un entorno internacional más pacífico, sino a una situación que implica conflictos de carácter religioso entre las principales civilizaciones existentes en nuestros días. El argumento va más allá y apunta que la civilización islámica es la más propensa a implicarse en conflictos violentos, mientras que la occidental, la civilización más animosa y prodigiosa, será la víctima del ataque de las demás.

### **Hasta dónde llega Al Qaeda**

Al Qaeda es un entramado terrorista complejo y flexible, único por su alcance transnacional y composición multiétnica. Para Reinares, es la principal promotora del terrorismo global, y su presencia se extiende desde los archipiélagos del sureste asiático hasta las metrópolis estadounidenses,

desde la zona trifenitrica del cono sur latinoamericano hasta los confines transcaucásicos, pasando por las riberas mediterráneas y es solamente superada en cuanto a presencia mundial, por las bases militares estadounidenses que han sido impuestas en todo el globo.

### **¿Bombas del Apocalipsis?**

Al Qaeda ha logrado almacenar y mejorar sus arsenales convencionales y ha empezado a combinarlos con la experimentación de armas químicas y bacteriológicas. Esta situación podría desencadenar una excesiva paranoia por la utilización de estas armas en zonas densamente pobladas.

### **Contra un terror global**

Es preciso fortalecer la colaboración de diferentes agencias judiciales, policiales y de inteligencia, sobre todo, pero no exclusivamente, entre las democracias liberales. Contener el terrorismo transnacional, controlar la financiación que reciben las organizaciones terroristas, evitar que llegue a utilizarse un repertorio que incluya armas de destrucción masiva, o incluso, la eventual desaparición de Al Qaeda como red terrorista global, son objetivos que requieren años de intensa cooperación bilateral y multilateral.

### **Epilogo**

Más que un trabajo que tiene por objetivo la concientización del fenómeno del terrorismo, este libro podría catalogarse como parte del discurso oficial de los Estados Unidos, para justificar su "guerra contra el terrorismo". Un escrito sesgado por el antiislamismo, donde sólo se expone a los islamistas como los bárbaros que incesantemente atentan, contra los magníficos,



bellos y civilizados cristianos. Este discurso, en su mayor parte, sólo hace referencia al terrorismo realizado por los fundamentalistas islámicos. Busca justificar el apoyo que se le debe brindar a los Estados Unidos en su "guerra contra el terrorismo", y esto se puede notar con claridad en los ejemplos que expone el autor, donde la mayoría de casos son atentados terroristas realizados por islamistas contra europeos, principalmente franceses, españoles, alemanes y estadounidenses (cabe destacar que fueron los franceses y los alemanes quienes más se opusieron a la invasión de Iraq por parte de los Estados Unidos, y el pueblo español se opuso rotundamente contra la decisión de su gobierno de apoyar dicha invasión).

Este es un libro que debe ser leído con conocimientos previos del tema, con el propósito de no resultar confundido por el discurso oficialista. Nos expone al Islam como la religión de terroristas por excelencia, que tiene por objetivo acabar con todos los impíos enemigos de los pueblos de Alá. Pero sucede lo mismo con el cristianismo. Esto lo podemos ver reflejado en uno de los principales problemas del cristianismo; todos deben ser cristianos y quien no lo sea, se le debe obligar a serlo, o ser exterminado. Claros ejemplos los podemos encontrar en la guerra santa y en el periodo de la inquisición, donde nuevamente la doctrina oficial de los Estados Unidos es retomada en su nueva estrategia mundial o es una estrategia que busca la imperialización del cristianismo. Según Franz Hinkelammert, "al imperializarse, el fundamentalismo cristiano crea una mística de aniquilamiento total que acompaña a la perfección las ideologías del aniquilamiento... pero el fundamentalismo cristiano de Estados Unidos es mucho más extremo,

porque es total. Lanza a todo el mundo al suicidio colectivo..."<sup>1</sup>.

Además, el autor afirma, que el terrorismo de Estado, es sólo característico de los Estados totalitarios, como lo fueron el nazi y el comunista. Sin embargo, eso no es del todo cierto. Podemos ver un claro ejemplo de terrorismo estatal en los Estados Unidos, donde mediante los medios de comunicación, el gobierno ha logrado manipular a su pueblo, desarrollando en él un elevadísimo estado paranoico, que con tal de librarse de ataques terroristas, justifica cualquier intervención militar. El autor acierta en lo que respecta a la utilización de armas de destrucción masiva por parte de organizaciones terroristas como Al Qaeda. Pero cabe preguntarse, ¿no es igual de peligroso que países como Estados Unidos, sean los mayores productores y poseedores de este tipo de armamentos?

Como conclusión, el libro es bueno si se quiere conocer el discurso oficial y, además, es una fuente importante de información sobre el terrorismo islámico, pero si se quiere conocer realmente todo el espectro del terrorismo, este libro se encuentra limitado.

<sup>1</sup> Hinkelammert, Franz. "Solidaridad o suicidio colectivo". *Ambientico ediciones*. Heredia, 2003, pp. 136-137.



---

## Violación de los derechos humanos en Palestina: Crónicas del Apartheid

*Charleene Cortez Sosa*  
*Francisco Robles Rivera*

---

- *Zamarra, Cthuchi. Violación de los derechos humanos en Palestina: Crónicas del Apartheid. Asociación Paz con Dignidad.*

Es un estudio de ciento ocho páginas, que muestra el lado humano de la cruda realidad palestina. Parte de una denuncia a la "Única democracia del Medio Oriente", con base en la carta de un joven, quien se niega a incorporarse a las Fuerzas de Defensa Israelí (FDI), pues considera a Israel "...una democracia cimentada sobre 3 millones de violaciones a los derechos humanos"; es un estudio que considera el conflicto en una variedad de aspectos que van más allá de un problema territorial y étnico, además brinda pruebas textuales, testimonios y opiniones de ambas partes, recopiladas a partir de entrevistas en diferentes medios de comunicación.

Más allá de ser un libro pro palestino, es un libro pro defensa de los derechos humanos, que acusa no sólo al estado de Israel y sus órganos militares, sino también a la Autoridad Nacional Palestina, quien plagada de corrupción se olvidó de la defensa de su pueblo.

### Más allá de lo étnico-religioso

"La tierra sin pueblo para el pueblo sin tierra", la consigna "herzseliana", para la construcción del estado israelí, olvidó señalar que la Palestina del siglo XIX, no era la tierra sin pueblo que el Movimiento Sionista —nacido en 1897— esperaba. Se nos ofrece una visión distinta a la de un conflicto territorial de carácter étnico, pues como se señala "aunque los palestinos mantienen una homogeneidad étnica, entre los israelíes podemos encontrar hebreos, árabes, europeos, sefardíes, etíopes..."; razón por la cual considerar dicho conflicto como étnico, es una concepción laxa.



## ¿Antisemitismo versus antisionismo?

La amenaza de terroristas suicidas en Israel es latente; los terrorismos (el de Estado y el de los movimientos anti-Israel) están presentes en estas tierras.

Más allá del antisemitismo, se habla de un sentimiento anticolonialista, un sentimiento antisionista, pues al hablar de semitas (término acuñado a finales del siglo XVIII, el cual se utilizaba para denominar a los pueblos citados en la *Biblia* (Gén. 10, 21-32) descendientes de Sem, hijo mayor de Noé), el término hace alusión a los pueblos de lengua semítica, los actuales descendientes de esta lengua son los árabes y los judíos.

Existe un movimiento anticolonialista (antisionista) entre los palestinos y entre la izquierda no sionista israelí, pues no debe olvidarse que además del carácter simbólico de estas tierras, hay una importancia estratégica, los recursos naturales, especialmente el agua, indispensable en esta zona; *"sin importar el término que se utilice el objetivo es ocultar las violaciones a los Derechos Humanos y justificarlas como defensa propia cuando realmente son una parte clara del terrorismo de estado"* (p. 42).

## El Muro del Apartheid

Con la construcción del Muro se crea *"un sistema de apartheid, en el cual una comunidad occidentalizada, con mayores recursos económicos, técnicos y militares, mantiene políticas de segregación sobre otra comunidad étnicamente distinguible que es además la población del territorio en cuestión"*. El problema ha aumentado con el paso del tiempo, *"el Muro aísla a ambos pueblos y los fragmenta"* (p. 8). Los gobiernos deben no sólo proclamar los derechos humanos, sino proteger-

los de un modo material, incluso contra el propio Estado si éste los viola.

La construcción del Muro se ha convertido en una *"reocupación de Cisjordania en las que las ciudades de Jenin y Nablus fueron especialmente castigadas"*. El objetivo del mismo es *"mantener o mejorar una proporción del 72% de población judía, frente al 28% de la población palestina, confinar a la población a pequeñas islas y forzar a la población a abandonar la ciudad dejando terreno libre para los nuevos asentamientos colonos"* (p. 30).

El Muro se agrega a una serie de mecanismos de aislamiento forzoso, como lo son los cierres de territorio ocupados, los puntos de control, los bloqueos de carreteras, los toques de queda y las zonas militares cerradas.

## ¿Y los derechos humanos?

La Asociación Paz con Dignidad presenta una visión clara de qué deben ser los derechos humanos en tiempos de guerra; *un ejemplo es el asesinato de personas desarmadas* (p. 26) *y los asesinatos selectivos* (p. 27), que muchas veces acaban con la vida no sólo de la persona escogida sino de muchas que desafortunadamente viven en los alrededores del lugar elegido para la operación, para lo que no se toman medidas que eviten tal resultado; el bloqueo que se ha dado a la ayuda médica, el uso de las detenciones administrativas, las restricciones al movimiento impuestas por Israel a Palestinos (*cierre de carreteras, construcción del muro, toques de queda, etc.*) entre otras normas de humanitarismo que han desaparecido de la zona en disputa (pp. 31-42), muestran la realidad de los derechos que ya no son humanos sino "Derechos Selectivos" del pueblo israelí.



Algunos datos consideran una similitud de acciones entre lo sucedido entre Israel y Palestina y las graves violaciones a los derechos humanos que se dieron en Guantánamo por parte de Estados Unidos (p. 30), tomando en cuenta que Israel es fuertemente apoyado por Estados Unidos, esta concepción no está muy alejada de la realidad.

### **Excusas del conflicto**

Tanto israelíes como palestinos han cometido graves violaciones a los derechos humanos; los acontecimientos militares en el territorio en disputa acrecientan el resentimiento procedente de la combinación de las presiones populares; la débil economía, la dependencia de Israel y la gran población de refugiados, han dado lugar a que Gaza haya sido durante mucho tiempo el centro del activismo palestino, y que se obligue a Israel a tomar medidas ante las acciones terroristas; la política ojo por ojo ha desencadenado más muertes de las que ambos pueblos son capaces de controlar; nuevas medidas como la discriminación de los palestinos que contraen matrimonio con los israelíes y las normas que se les imponen (que únicamente se aplican en el caso de este tipo de unión y no con otras nacionalidades) (pp. 46-56) no ayudan a solucionar el problema, más bien somete los derechos humanos a los vaivenes políticos de las dos partes.

El pueblo palestino se enfrenta día a día con la inseguridad, el rechazo y el desplazamiento forzado de sus hogares, lo que provoca como respuesta la violencia hacia el pueblo de Israel, alimentada por los grupos Hamas y Yihad Islámica. Este sistema de ruleta en los atentados y de generalización de la culpa por parte del gobierno

de Israel es lamentable, ya que éste representa la "democracia de Medio Oriente".

Este tipo de acciones están acompañadas de la deshumanización de la víctima, la existencia mental del holocausto y los derechos bíblicos sobre la tierra (p. 62). Estos tres factores justifican las constantes violaciones a los derechos humanos en la región, y evitan un posible arreglo a un conflicto que lleva décadas.

Este documento se encuentra disponible de forma gratuita en formato PDF o se puede solicitar por medio del correo electrónico a la dirección [www.pazcondignidad.org](http://www.pazcondignidad.org)



Esta revista se imprimió en el mes de mayo del 2006, en el Programa de Publicaciones e Impresiones de la Universidad Nacional, bajo la dirección de Maximiliano García Villalobos; consta de un tiraje de 600 ejemplares, en papel bond y cartulina barnizable.

E-29-5—P.UNA